

*Arbeitsgruppe
„Demokratie und Rechtsstaat“
der Neuen Helvetischen Gesellschaft
Winterthur*

Studie Nr. 14

Zum Verhältnis von Notrecht und Grundrechten

Die Pandemie hat der Frage gerufen, wie es unter den notrechtlichen Massnahmen des Bundesrates mit den verfassungsmässigen Grundrechten stehe. Das ist ein der Erörterung würdiges Problem. In der Studie Nr. 13 habe wir uns zur Frage geäussert, ob der Notrechts-Artikel 185 der Bundesverfassung (BV) nach dem Überstehen der Corona-Krise revidiert werden sollte. Dieses Thema hat sich daraus ergeben, dass Art. 185 bei genauer Lektüre den Eindruck macht, er sei eigentlich auf sicherheitspolizeiliche und militärische Störungs- und Bedrohungssituationen hin konzipiert. Seine Anrufung zu notrechtlichen ökonomischsozialen Zwecken könnte deshalb über den Rahmen dieser Verfassungsvorschrift hinaus gehen. Für seuchenbedingte Vorkehren könnte sich deshalb, so weit sie nicht schon durch die Bundesgesetzgebung gedeckt sind, eine Erweiterung der notrechtlichen Grundlage empfehlen.

Die in Studie Nr. 13 angestellten Überlegungen betreffen also gewissermassen die *Wirkungsbreite* von Art. 185 BV, mit anderen Worten: den Umfang der von ihm dem Bundesrat für direkt auf die Verfassung gestütztes, eigenes Vorgehen erteilten Kompetenzen. Die Frage nach dem Verhältnis von Notrecht und Grundrechten lotet nun aber gewissermassen die *Tiefe* aus, in welche das Notrecht in die Grundrechte eingreift.

Bei den Grundrechten lassen sich einerseits die Freiheitsrechte unterscheiden. Es sind Rechte des menschlichen Individuums, bis zu einem gewissen Grad und in bestimmter

Beziehung frei von staatlichen Eingriffen handeln zu dürfen. Man spricht deshalb hier auch von „negativen“ Freiheitsrechten, weil sie dem Staat eine Einflussmöglichkeit negieren. Andererseits gibt es die politischen Rechte, also Rechte der Staatsbürger, an der staatlichen Willensbildung teilzuhaben. Das sind Mitwirkungsrechte im politischen Bereich. Beide hier genannten Bereiche können durch notrechtliche Massnahmen tangiert werden. An dritter Stelle wird noch zu klären sein, ob und wie weit ein Anrecht auf positive Leistungen des Staates berührt wird.

Notrechtliche Freiheitsbeschränkungen

Im Zusammenhang mit den vom Bundesrat verordneten Massnahmen zur Überwindung der Virus-Pandemie sind Befürchtungen laut geworden, dadurch würden verfassungsmässige Freiheitsrechte schlechthin aufgehoben. Diese Befürchtungen treffen nicht zu. Diesbezügliche Massnahmen suspendieren Freiheitsrechte lediglich für eine gewisse Zeit und in einem bestimmten Umfang. Es handelt sich um vorübergehende Massnahmen, selbst wenn nicht im vornherein gesagt werden kann, wie lange sie in Kraft bleiben. So weit diese Massnahmen sich unmittelbar auf Art. 185 BV zu stützen suchen, sind sie laut dessen Absatz 3 zu befristen. Ein erheblicher Teil der vom Bundesrat nun erlassenen Verordnungen stützt sich jedoch nicht unmittelbar auf die Bundesverfassung, sondern auf die Epidemiegesetzgebung des Bundes. Diese ist in Nachachtung der in Art. 36 BV umschriebenen Voraussetzungen zum Einschränken der Grundrechte ergangen. In der Regel ist dazu unter anderem ein Bundesgesetz erforderlich (Abs. 1 Satz 1). In Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr sind jedoch Ausnahmen vom ordentlichen Gesetzgebungsweg zulässig (Abs. 1 Satz 2). Mit Einschränkungen, die der Bundesgesetzgeber für den Notfall vorgesehen hat, befassen wir uns hier nicht weiter.

Immerhin spielt Art. 36 BV auch da eine Rolle. Denn in Abs. 3 erklärt er, Einschränkungen von Grundrechten hätten

verhältnismässig zu sein. Und in Abs. 4 hält er fest, dass **der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar** ist. Dies kann nicht nur im Rahmen der vom Bundesgesetzgeber angeordneten Grundrechtsbeschränkungen gelten. Denn im 1. Titel der Bundesverfassung, der deren allgemeine Bestimmungen enthält, nennt Art. 5 BV die „Grundsätze staatlichen Handelns“. Darunter fällt auch das in Abs. 2 genannte Gebot, **staatliches Handeln müsse verhältnismässig sein**. Und der Schutz des Kerngehalts der Grundrechte ist in Art. 36 Abs. 4 BV derart kategorisch und umfassend formuliert, dass er **auch für notrechtliche Grundrechtseinschränkungen gelten** muss. Was der Kerngehalt ist, ist in der Verfassung allerdings nicht festgelegt. Es handelt sich um einen auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff, der je nach dem in Frage stehenden Grundrecht eine eigene Umschreibung finden wird. Generell lässt sich aber sagen, der Kerngehalt sei angetastet, wenn die Reduktion des Grundrechtes so weit geht, dass dieses beginnt, seinen Zweck gar nicht mehr zu erreichen und seinen Sinn zu verlieren.

Darüber hinaus darf angemerkt werden, dass die Grundrechte eines der beiden Hauptkapitel einer freiheitlich demokratischen Staatsverfassung darstellen. Diese ist nämlich einerseits dazu da, den Staat zu organisieren, andererseits aber auch, seinen Bürgern und Bewohnern Garantien zur Entfaltung ihrer Individualität zu verschaffen. Das ist sogar die historische Motivation zum Schaffen geschriebener, d.h. verkündeter Staatsverfassungen gewesen. Unter einer Staatsverfassung versteht man nämlich nicht primär die so benannte Urkunde, sondern den jeweiligen Aufbau des Staates. Die Urkunde verbrieft diesen, überlässt ihn also nicht einer unabsehbar fliessenden Entwicklung. Das Vereinigte Königreich von Grossbritannien ist heute ein Ausnahmefall. Es kommt – wohl dank des verinnerlichten Konservatismus seines Staatsvolkes – ohne geschriebene Verfassung aus, sondern kann sich mit dem Abstellen auf lange Übung und Präzedenzfälle begnügen. Und in

einer Urkunde gewährleistete Verfassungsbestimmungen, wie sie die Schweizerische Eidgenossenschaft kennt, können nur durch ein geregeltes Revisionsverfahren dauerhaft verändert werden. In der Verfassungsurkunde vorgesehene Abweichungen von dem, was diese grundsätzlich garantiert, können deshalb schon rein rechtstheoretisch **nur temporär begrenzt** auftreten. **Denn Verfassungsgarantien sind nicht dazu da, sich selbst sozusagen im Handumdrehen von der Exekutive wieder aufheben zu lassen.** Diesen Gesichtspunkt sollte man bei allfälligen Befürchtungen im Zusammenhang mit der Notrechtsanwendung nicht unbeachtet lassen.

Von Einschränkungen betroffene Freiheitsrechte

Die Anordnungen, welche der Bundesrat im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie getroffen hat, berühren in erster Linie die folgenden Freiheitsrechte:

- Die Bewegungsfreiheit, insofern nebst rigorosen Empfehlungen, zuhause zu bleiben, auch Betretungsverbote für bestimmte Gebiete ausgesprochen worden sind.
- Die Wirtschaftsfreiheit, indem zeitweilige Betriebsschliessungen angeordnet worden sind.
- Die Eigentumsfreiheit, vorab indem die vollständige Nutzung von Vermögenswerten, z.B. von Geschäftsliegenschaften, einstweilig verboten worden ist. Obligationenrechtliche Derivate des Eigentums, nämlich Miet- und Pachtverhältnisse, konnten aus demselben Grunde nicht normal abgewickelt werden. Darüber hinaus haben Unternehmensschliessungen Einkommensverluste verursacht. Dies konnte unter Umständen zum Konkurs führen und den Verlust von Arbeitsplätzen bewirken. Das alles sind Vorgänge von eigentumsrechtlicher Relevanz.

Alle diese Eingriffe müssen von Verfassungs wegen, wie schon gesagt, verhältnismässig bleiben, auch unter Notrechtsanwendung. Das heisst, sie müssen den Verhältnissen

entsprechen, also so weit wie erforderlich, doch nicht weiter als nötig gehen. Der Kerngehalt der Freiheitsrechte ist dabei zu wahren. Ein unwiederbringlicher Verlust der in Frage stehenden Rechte darf nicht eintreten; daher also die zeitliche Begrenzung der Freiheitsreduktion.

Mit dem letztgenannten Satz wird allerdings gerade ein Problem bei den Eingriffen in die Eigentumsfreiheit angesprochen: Betroffen ist dabei auch die Wirtschaftsfreiheit. Die notrechtlichen Einschränkungen des Wirtschaftslebens können nämlich zu endgültigen Einbussen bis zur Vernichtung von Unternehmen, von wirtschaftlichen Existenzen Anlass geben. Die mit der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie kollidierenden Pandemiebekämpfungs-Massnahmen können somit zu **Entschädigungsansprüchen** gegenüber dem anordnenden Staat führen. Zur Linderung evidenter Notlagen und Risiken hat denn auch der Bund aussergewöhnlich hohe Kompensationszahlungen bewilligt. Man wird aber wohl noch abklären müssen, wie weit genau berechnete oder möglichst präzise eingeschätzte **Enteignungsentschädigungen** im strengen Sinne des Expropriationsrechtes in Frage kommen, besonders, wenn bestimmten Milieus **Sonderopfer** abverlangt werden müssten. Man wird nach der Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger Enteignung und situativ bedingten Folgen verschlechterten Geschäftsgangs, die man eben auf sich nehmen muss, zu suchen haben. Da ist noch vieles offen.

Güterabwägungen

Ganz allgemein führen notrechtliche Massnahmen, wie sie nun getroffen wurden, zum Abwägen zwischen verschiedenen, verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern, mithin zu Kollisionen zwischen solchen, die zu bereinigen sind. Man kann sich fragen, wie weit diese Abwägungen sich auf gängige gesellschaftliche Wertvorstellungen stützen sollen und wie weit die Bundesverfassung selber dazu Indikatoren liefert.

Der Zweck der getroffenen bundesrätlichen Massnahmen ist ja **primär, Leben und Gesundheit zu retten** und andernfalls entstehende katastrophale Zustände zu vermeiden. Die zum Erreichen dieser Ziele eingesetzten Massnahmen bedürften ihrerseits einer Dosierung, damit die entsprechenden Einschränkungen nicht auf ihre Weise zu einem Desaster ausarten. Dabei ist man sich bewusst, dass wirtschaftliche Opfer unvermeidlich sind und vom Ausmass her z.B. in eine länger dauernde Wirtschaftskrise mit sozialen Folgen ausmünden dürften. In der Öffentlichkeit ist bereits die Frage aufgetaucht, **wie viel wirtschaftlicher Niedergang zur Erhaltung von Menschenleben tragbar sei.**

Sitte und Anstand sowie ethische Überlegungen sind nicht die einzige Antwort. Auch die Bundesverfassung ergibt Leitlinien, und zwar rechtlichen Charakters. Art. 10 Abs. 1 gibt jedem Menschen das **Recht auf Leben**. Abs. 2 garantiert die persönliche Freiheit, insbesondere die körperliche und die geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit. Ganz an der Spitze der Grundrechtsgarantien steht Art. 7 BV, der Achtung und Schutz der Menschenwürde gewährleistet. Auf ähnliche Bestimmungen der für die Schweiz verbindlichen Europäischen Menschenrechtskonvention soll hier nicht auch noch näher verwiesen werden. Auch andere Freiheitsrechte der Bundesverfassung stehen auf dem Spiel, insbesondere die Versammlungsfreiheit nach Art. 22 BV. Betrachtet man die Aufzählung der Freiheitsrechte im Detail, so fällt auf, dass die auf Person und Individualität bezogenen Freiheiten zuerst genannt werden. Die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit folgen relativ weit hinten (Art. 26 und 27 BV). Das ist kein Zufall.

Es soll hier nicht auf die These eingetreten werden, wonach es Verfassungsgarantien erster und andere nur zweiter Klasse geben könne. Alle Verfassungsgarantien verdienen

gleichen Schutz. Doch es können Situationen eintreten, in denen zwei oder **mehrere Grundrechte mit einander in Konflikt geraten**. Dann kommt man nicht darum herum, die Werte, die sie gewährleisten, und die Interessen, die sie zu schützen suchen, gegen einander abzuwägen. Für einen solchen Fall kann der Bundesverfassung allerdings **eine gewisse Wertehierarchie** entnommen werden, wie hier bereits angedeutet. Dass Leben und Gesundheit prinzipiell mehr Gewicht haben als wirtschaftliche Anliegen, ist ersichtlich. In diesem Sinne wird auch jener Satz in der Präambel der Bundesverfassung zu verstehen sein, demzufolge „die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen“. Zwischen wirtschaftlicher und gesundheitlicher Schwäche gibt dieser Wortlaut zwar keine Präferenz des einen zu erkennen. Doch aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung ergibt sich eine solche. Nicht zu leugnen ist allerdings, dass sich in einer medizinischen Katastrophe **Fragen der Triage** zwischen Patienten mit Chance und solchen ohne ergeben können. Unvermeidlich wird auch die Frage gestellt, wie viele wirtschaftliche Existenzen vernichtet werden sollen und dürfen, um gesundheitliche Vorbeugungsmassnahmen rigoros durchzusetzen. Eine Grenze könnte dort postuliert werden, **wo die Existenz des Staates auf dem Spiele steht**. Im übrigen wäre aber immerhin zu bedenken, dass von jenen, die in wirtschaftliche Not gestürzt werden, in unserem Land keiner verhungern gelassen wird. Das sind dann die **Momente grösster solidarischer Anstrengung, um allen ein Durchkommen in Aussicht zu stellen**.

Positive Leistungspflichten des Staates und der Anspruch darauf

Die Pandemie-Problematik ist, wie sich aus den bisherigen Ausführungen schon ergibt, nicht ohne **vor- und fürsorgetische Leistungen des Staates** zu bewältigen. Die Bundesverfassung zählt Ansprüche auf solche soziale Leistungen nicht zu den Grundrechten, führt sie aber im gleichen 2. Titel wie die Grund-

und Bürgerrechte auf. Die Bundesverfassung spricht allerdings nicht von Sozialrechten (als Grundrechten), sondern nur von „**Sozialzielen**“. Solche sind in grosser Zahl in Art. 41 BV aufgezählt, der zugleich das ganze 3. Kapitel des 2. Titels der BV ausmacht. Es sind Ziele, die der Staat anstreben und möglichst verwirklichen soll. Abs. 4 hält indessen unmissverständlich fest: „Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden.“ Mit anderen Worten: Die dem Staat auferlegten Sozialziele als solche erteilen dem Individuum noch **keine klagbaren Rechtsansprüche**. Wenn schon, müssten solche in Ausführungsgesetzen zu den einzelnen Sozialzielen formuliert sein.,

Was dem Staat also in einer Notsituation wie jener einer Pandemie abverlangt werden kann oder muss, kann nicht auf dem Wege der Justiz abgerufen werden, sondern ist **eine Frage der politischen Willensbildung**. Und diese wird wegen der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit dann vernünftigerweise auf den Weg des Notrechtes verwiesen.

Wenn also die Bundesverfassung klagbare Sozialrechte ausschliesst, so gibt die ausführliche Liste der Sozialziele doch an, was sie auch von notrechtlichen Zielsetzungen erwartet. Werden solche Zielsetzungen in entsprechender Situation notrechtlich umgesetzt, so entsteht dadurch **immerhin noch kein inhaltlicher Widerspruch zwischen Verfassungs- und Notrecht**.

Dass Art. 41 BV nur Sozialziele aufzählt, schliesst allerdings nicht aus, dass die Bundesverfassung an anderer Stelle gelegentlich positive Leistungspflichten des Staates aufstellt, die unter Umständen klagbare Rechte ergeben. So etwa indem Art. 62 BV den Staat dazu anhält, ausreichenden Grundschulunterricht zu vermitteln, diesen für die Bevölkerung obligatorisch erklärt und bei öffentlichen Schulen Unentgeltlichkeit einfordert. Einiges daran dürften Eltern, wenn ihren Kindern solches verweigert

würde, wahrscheinlich über die Verwaltungsgerichtsbarkeit erhältlich machen dürfen.

Die politischen Rechte

Die Bundesverfassung unterscheidet in der Überschrift ihres 2. Titels Grundrechte und Bürgerrechte. In der Überschrift des 2. Kapitels dieses Titels differenziert sie dann zwischen Bürgerrecht und politischen Rechten. In der Tat handeln dort die Art. 37 und 38 von den Bürgerrechten im Sinne der Staatsangehörigkeit und deren Auswirkungen. In Art. 39 und 40 kommen dann die politischen Rechte zur Sprache. Wir halten es für legitim, diese als politische Grundrechte zu bezeichnen. Worum es sich bei diesen politischen Rechten im Einzelnen handelt, geht dann aus den Artikeln 136 bis 142 BV hervor. Diese Bestimmungen stellen klar, dass wir in einem Staat mit sog. halbdirekter Demokratie leben. Das heisst, die Staatsbürgerschaft bzw. diese und die Kantone üben die oberste Entscheidungsgewalt aus, doch nicht ohne Mitwirkung des Parlaments. „Halbdirekt“ meint also eine gewisse Bedingtheit einer direkten Demokratie durch ein Stück Parlamentarismus, ein Stück repräsentativer Demokratie. Im Alltag wird indessen auch für dieses Mischsystem die Bezeichnung „direkte Demokratie“ vorgezogen.

Bei der Anwendung von Notrecht durch die Exekutive wird dieser demokratische Mechanismus zeitweilig ausgeschaltet. Diese Ausschaltung betrifft allerdings nur einzelne notrechtlich behandelte Bereiche und erfolgt nicht generell. Es handelt sich um gezielte Ausschaltungen. Etwas anderes wäre höchstens denkbar, wenn notwendige Organe der halbdirekten Demokratie ausfallen oder handlungsunfähig würden. Bis zu einem gewissen Ausmasse ist dies bei der Corona-Pandemie in dem Sinne geschehen, dass die prophylaktischen Massnahmen den Abbruch einer Parlamentssession nahelegten und die Wiederaufnahme der Sitzungen einige Zeit hinausschoben, bis die gesundheitssichernden Einrichtungen

verfügbar wurden. Selbst das hat aber nicht bedeutet, dass in diesem Moratorium der Parlamentsarbeit das ganze Staatswesen notrechtlich in Gang geblieben wäre. Auch da war die Anrufung von Notrecht nur für vereinzelte Massnahmebereiche erforderlich und am Platz.

Das hat nicht gehindert, dass nach etlichen Wochen eine möglichste Wiederherstellung des Parlamentsbetriebes gefordert wurde. Dies auch in der Meinung, dass Massnahmen zur Pandemie-Bewältigung wieder in die parlamentarische Kompetenz übergehen sollten. Dabei ist wohl auch an **die parlamentarische Kompetenz zum Erlass dringlicher Bundesgesetze** gemäss Art. 165 BV zu denken. Die Bundesversammlung ist jedenfalls durchaus in der Lage, das Heft wieder in ihre Hand zu nehmen. Dies muss angesichts gewisser Ängste, Notrecht der Exekutive könnte andauern, festgehalten werden. Die Behandlung der aus der Pandemie entstehenden Probleme durch die Bundesversammlung verbreitert das darauf einwirkende Meinungsspektrum, gibt aber auch der reinen Interessenpolitik Raum und kann insofern weniger über der Sache stehend ausfallen als dies bei den Beschlüssen des Bundesrates der Fall sein kann.

Zwischen Notrecht und politischen Rechten einer Demokratie besteht somit ein Spannungsverhältnis. Demokratie als Grundsatz bedeutet, dass diese Spannung aufgelöst werden muss, indem eine Rückkehr zu ordentlichen demokratischen Wegen der staatlichen Beschlussfassung so bald als von der Situation her möglich erstrebt werden soll. **Die demokratische Kontrolle ist der Normalzustand, der Griff zum Notrecht eine Ausnahme, die sich nur aus einer Not und während deren Dauer rechtfertigt.**

Die Frage einer z.B. gerichtlichen Kontrolle des Notrechtsregimes

In einem Stadium, da eine allmähliche Lockerung der notrechtlichen Einschränkungen zur Diskussion gelangt ist, hat der Fraktionspräsident der Grünen Partei, Nationalrat Balthasar Glättli, die Diskussion einer bundesgerichtlichen Kontrolle der Notrechtsanwendung durch den Bundesrat angeregt.

Ein Staatsrechtsprofessor hat alsbald Bedenken angemeldet. Diese beruhen auf einer mangelnden Tradition des Bundesgerichtes im Umgang mit einem solchen Anliegen. Unter „Tradition“ dürfte der Professor Erfahrung und Gerichtspraxis verstanden haben, die beide in dieser Hinsicht fehlen. Der Hinweis, dass die Schweiz keine Verfassungsgerichtsbarkeit kennt, ist allerdings zu relativieren. Zwar erklärt Art. 190 BV die Bundesgesetze ungeachtet ihrer Verfassungskonformität für alle rechtsanwendenden Behörden verbindlich, was insofern eine Verfassungsgerichtsbarkeit ausschliesst. Das Bundesgericht ist jedoch **gegenüber kantonalen Erlassen seit 1875 durchaus ein Verfassungsgericht**. Nur hat es als solches kaum eine Praxis gegenüber Notrechtsanwendungen entwickeln können. Stellvertretend für die Verfassungsgerichtsbarkeit in Bundesrechtssachen funktioniert heutzutage allerdings in gewisser Hinsicht die **bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Europäischen Menschenrechtskonvention**. Denn diese enthält Garantien, die auch die Bundesverfassung kennt. Und in dieser Konvention enthaltene Garantien sind Völkerrecht, das laut Art. 190 BV für alle rechtsanwendenden Behörden ebenfalls massgebend ist.

Glättlis Vorschlag wirft nun allerdings eine Reihe von Problemen auf, deren Lösung nicht einfach auf der Hand liegt und die an dieser Stelle auch nicht gefunden werden kann. Hinweise auf zu lösende Fragenkomplexe sind jedoch möglich und an dieser Stelle am Platz. Grundlegend an Glättlis Vorstoss ist das

Bedürfnis, den Bundesrat nicht einfach allein regieren zu lassen, sondern ihm eine von ihm unabhängige Kontrollinstanz beizugeben. Bei der Anwendung von Notrecht ist nämlich gegenwärtig **die verwaltungsinterne Rechtsabteilung des Justiz- und Polizeidepartements** für die rechtlich korrekte Ausgestaltung zuständig. Die Qualität ihrer Arbeit soll hier nicht angezweifelt werden. Bedenken stammen daher, dass ihr eine genügende Unabhängigkeit von der Regierung abgeht.

Soll dem abgeholfen werden, so steht zur Wahl entweder **eine Justizbehörde oder eine parlamentarische Kommission**, welche sich mit einer gewissen Verbindlichkeit zu den bundesrätlichen Massnahmen äussern kann. Die zweite dieser beiden Möglichkeiten hat eine gewisse Tradition und wird von denen vorgezogen, welche die Kontrolle über die Notrechtsanwendung nicht nur rein rechtlich, sondern auch politisch ausgestaltet sehen möchten. Erinnerungen an die Vollmachtenkommission der Bundesversammlung in der Zeit des Vollmachtenregimes im Zweiten Weltkrieg werden wach.

An dieser Stelle ist indessen die ungewohnte andere, **die judiziarische Lösung**, näher zu betrachten, da besonders hier offene Fragen sichtbar werden. In welcher Funktion und mit welcher Kognitionskompetenz soll das Bundesgericht, wenn überhaupt, eingeschaltet werden? Soll es nachträglich oder präventiv prüfen? Soll es gutachtlich und empfehlend oder aber über den Kopf des Bundesrates hinweg, als zweite Instanz, entscheiden? Oder wäre es besser, Bundesrichter einfach in die Expertengruppe einzubinden, die den Bundesrat berät, damit sie dort neben Virologen, Epidemiologen, Ökonomen und anderen Fachleuten ihre Stimme in rechtlicher Beziehung erheben, offenbar dann auch nur konsultativ? Oder sollen sie die Empfehlungen der Experten-, „Task force“ als unabhängige Instanz und abschliessend daraufhin prüfen, ob sie rechtlich zulässig sind oder nicht und damit dem bundesrätlichen Entscheid vorgreifen?

Wesentlich erscheint, dass es sich **nicht um ein normales Gerichtsverfahren** mit dialektischem Ablauf (Klage und Verteidigung) und mit dem üblichen, nicht geringen Zeitaufwand handeln kann. Sonst wird der Sinn des Notrechtes, sofort agieren zu können, verloren gehen.

Damit die Zwecksetzung des Notrechtes nicht dadurch verhindert wird, dass eine langwierige Prüfung von der Exekutive ausgehender Anordnungen durch eine Gerichtsinstanz die Wirksamkeit des Notrechtes verzögert und womöglich auch keine ständige konfliktuelle Auseinandersetzung zwischen zwei Instanzen zum Hemmschuh für Notwendiges wird, wird man auch **eine Beschränkung der Kognitionsbefugnis** dieses Gerichtes in Betracht ziehen müssen. Es geht ja um Massnahmen, die innert Tagen wenn nicht Stunden effektiv werden müssen. In dieser Beziehung wäre zu erwägen, dem Gericht lediglich eine summarische Prüfungsbefugnis zu übertragen. Es erschiene tauglich, diese Befugnis so zu konzipieren, dass das Gericht nur in ganz offensichtlichen oder groben Fällen von Rechtsverstössen eingreift. Das wäre auch keineswegs ganz neu. Bereits jetzt weicht das Bundesgericht „nicht ohne Not“ von kantonalen Volksentscheiden ab. Bei Verstössen gegen Verfassung oder Menschenrechte sucht es vielfach, dem fraglichen kantonalen Erlass eine rechtskonforme Auslegung abzurufen oder selbständig existenzfähige Teile desselben nicht aufzuheben, sondern zu erhalten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist auch zurückhaltend in der Annahme, eine kantonale Sachverhaltsfeststellung sei rechtswidrig erfolgt. Es respektiert die grössere Nähe der kantonalen Instanz zum Streitgegenstand, z.B. seine bessere Ortskenntnis. Zu denken ist auch an die generationenlange Rechtsprechung, mit welcher das Bundesgericht aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der rechtsgleichen Behandlung der Menschen ein Willkürverbot abgeleitet hat. Willkürlich ist nicht alles, was aus der Sicht des Bundesgerichtes rechtlich anders zu beurteilen wäre. Willkür liegt

erst vor, wenn die kantonale Rechtsauffassung überhaupt nicht mehr vertretbar und geradezu stossend ist. Die Prüfung auf Willkür bedeutet nach seiner bewährten Praxis also, dass nur in krassen Fällen unhaltbaren Rechtsverständnisses eingeschritten wird. Eine an solchem anknüpfende Erkenntnisbegrenzung der Notrechtsanordnungen überprüfenden Gerichtsinstanz könnte helfen, einen der Notrechtsanwendung nicht gerecht werdenden, zeitraubenden filigranen Umgang mit Rechtsfragen zu vermeiden. **Der notrechtliche Zugriff müsste lediglich *grosso modo* rechtsgenügend sein.**

Es ist vielleicht nicht überflüssig, im vorliegenden Zusammenhang zu betonen, dass die bundesrätlichen Notverordnungen in hohem Masse **Ermessensentscheide** waren. **Eine gerichtliche Kontrolle müsste sich auf Rechtsfragen beschränken.** Zu diesen gehört die Abklärung, ob ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorliegt. Die gerichtliche Kontrolle sollte sich jedoch nicht darauf erstrecken, das Ermessen des (zum politischen Entscheid nicht befugten) Gerichts an die Stelle des politischen Ermessens der Exekutive zu setzen.

Es gibt indessen noch **weitere Versuche, die bundesrätliche Anwendung von Notrecht unter die Kontrollen von anderer Seite zu bringen.** Zu erwähnen ist ein Vorstoss von Nationalrat Heer. Dieser zielt darauf ab, die Verwendung von Notrecht **von einer Ermächtigung der Bundesversammlung abhängig zu machen.** Dafür wird eine Zweidrittelsmehrheit postuliert. Nationalrat Wermuth hat dem mit Grund entgegengehalten, Notverordnungen, die aus dem Stand in Kraft gesetzt werden müssten, dürften nicht von einer Zeit benötigten Einberufung der Bundesversammlung und einer zeitaufwendigen Debatte derselben abhängig gemacht werden. Bundesrätin Keller-Sutter hat in der Tat darauf aufmerksam gemacht, dass während der Pandemie bisweilen noch um zehn oder elf Uhr nachts neue

Lageberichte eintrafen, auf die am nächsten Morgen mit Entscheiden reagiert werden musste.

Eine weitere, von Professor Bruno S. Frey vertretene Auffassung beruht auf dem Eindruck, dass sich gewisse Stellen zu sehr auf das Einfordern von finanziellen Hilfeleistungen der Bundeskasse beschränkt hätten. Und dass die Organe der Zivilgesellschaft, insbesondere Medien, sich zu sehr als blosser Erfüllungsgehilfen des Bundesrates betätigt hätten. Nötig sei daher eine kreativ agierende Kontrollstelle. Er fordert hiezu **einen kleinen, unabhängigen, vom Volk gewählten Krisenrat**, der sofort tätig würde, wenn der Bundesrat Notrecht anzuwenden begänne. Der Krisenrat hätte zwei Aufgaben: Erstens hätte er Alternativen zu den bundesrätlichen Notverordnungen zu erarbeiten. Diese würden in der Öffentlichkeit Diskussion und Mitsprache auslösen. Zweitens hätte der Krisenrat die Verfassungsmässigkeit der Notverordnungen zu überprüfen sowie sich zu allfälligen Lockerungen oder Aufhebungen derselben zu äussern. **Der Bundesrat hätte die Anordnungen des Krisenrates unverzüglich zu befolgen.**

Da dürfte noch zu klären sein, ob diese Idee nicht auf das Schaffen **einer Gegenregierung** hinausliefe, die schliesslich mehr zu sagen hätte als der Bundesrat. Eine grundsätzlich in gegenteilige Richtungen ziehende Dualität Bundesrat/Krisenrat **könnte fatal sein**. Man könnte sich fragen, ob letzten Endes eine innert kurzer Frist zu erfüllende Rechenschaftspflicht des Bundesrates, z.B. gegenüber einer parlamentarischen Kommission, genügen würde, wenn diese nur beratende Funktion hätte. Könnte es nicht sein, dass sie, auch mit Verlautbarungen nach aussen, genügenden Druck aufbauen könnte, um diesen von unerwünschten Wegen abzuhalten, ohne ihm direkt in die Speichen zu greifen oder ihn **geradezu zu blockieren?**

Die rechtsgleiche Behandlung

Mit dem weiter oben erfolgten Hinweis auf die Praxis der Willkürprüfung sind wir in den Bereich eines allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes gelangt, der von den Schöpfern der Bundesverfassung ebenfalls unter die Grundrechte eingereiht worden ist. Obwohl es dabei nicht um die klassischen Freiheitsrechte geht, handelt es sich doch um Grundpfeiler der Rechtsstaatlichkeit. Neben Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot erwähnt die Bundesverfassung auch das Diskriminierungsverbot und das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln. Das alles findet sich in den Artikeln 8 und 9 BV, also ganz am Anfang der Grundrechtsaufzählung.

Aktuell geworden ist dies im Rahmen der Corona-Pandemie namentlich **bei der Lockerung der verhängten Restriktionen**. Warum sollten körpernah arbeitende Gewerbe wie Coiffeusensalons und Physiotherapiestudios dem Publikum wieder geöffnet werden, Gaststätten jedoch nicht? Wieso sollten Grossverteiler allgemein wieder öffnen können und damit die noch geschlossen zu haltenden Fachgeschäfte konkurrenzieren? Grössere Lokale können Tische mit der nötigen Distanz aufstellen und dies in genügend grosser Anzahl tun, um kostendeckend arbeiten zu können. Kleinere Lokale hätten wegen der Abstandsvorschriften aber nur für so wenige Gäste Platz, dass sich die Betriebseröffnung nicht lohnen würde. Das sind Beispiele ungenügender und unvollständiger Wahrnehmung der Sachverhalte. Sie sind nicht primär eine Rechtsverletzung, sondern eine Folge der **Mannigfaltigkeit der Umstände, welche die Übersicht erschweren**. Als sekundärer Effekt schaut dann aber eine Unvereinbarkeit mit Art. 8 oder 9 BV heraus.

Der Bundesrat hat zumindest Ansätze gezeigt, bei Aufdeckung solcher Mängel berichtigend nachzubereinigen. Eine Aufsichtsinstanz scheint sich zu diesem Zweck nicht aufzudrängen.

Halten wir in unserem Zeitalter, in dem Gleichbehandlung besonders hoch geschätzt wird, das bisweilen verkannte Prinzip fest: **Gleiches ist gleich zu behandeln, Ungleiches ungleich.**

Das Diskriminierungsverbot im Besonderen

Allerdings kommt es beim soeben erwähnten Gleichheitssatz darauf an, **ob das gleich bzw. ungleich Scheinende im jeweiligen Zusammenhang relevant ist oder nicht.** Das lässt sich gut exemplifizieren, wenn man sich die in Art. 8 Abs. 3 BV angeordnete rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau vornimmt. Diese Gleichstellung nimmt im Bereich des Rechtes dem Geschlecht in hohem Masse die Relevanz. Relevant ist, ein Mensch zu sein, egal welchen Geschlechts, und dies ungeachtet vorhandener Unterschiede. Trotz dieser Verfassungsbestimmung gibt es aber Sachverhalte, in denen die Geschlechtsdifferenz faktisch so dominant ist, dass dieses Faktum rechtlich nicht ignoriert werden kann, also als relevanter Unterschied behandelt werden muss. Das verstößt dann auch nicht gegen Art. 8 BV, und zwar nicht nur, weil dieser solche Situationen stillschweigend impliziert, sondern vor allem, weil eine Verschiedenheit von überwiegendem Gewicht nach dem ihm zugrunde liegenden Prinzip eben einer entsprechenden, spezifischen und damit unterscheidbaren Antwort der Rechtsordnung ruft. Ob ein Geschlechtsunterschied trotz dem normalerweise geltenden Gleichstellungsgrundsatz überwiegende Massgeblichkeit erlangt, bestimmt die biologische Natur der Dinge oder bestimmen gesellschaftliche Überzeugungen. So weit die Rechtsordnung mit Schwangerschaft zu tun hat, kann ihr Bezug auf den Mann nicht der gleiche sein wie jener auf die Frau. Und obschon Frauen nun zum Militärdienst zugelassen sind, verharret Art. 59 Abs. 1 und 2 BV in der auf unvordenkliche Zeiten zurückgehenden Anschauung, dass nur Männer wehrpflichtig sind; eine echte Ausnahmebestimmung zu Art. 8 BV.

Während der Einschränkungen, die zu Beginn der Pandemie nahegelegt worden sind, haben manche Leute vom 65. Altersjahr an sich im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV an diskriminiert gefühlt. Dies deshalb, weil sie gesund und bezüglich ihrer Kräfte gut in Form waren, anders etwa als die meisten über 75 oder 80 Jahre alten Menschen. Sie beklagten sich, nur ihres Alters wegen und nicht auf Grund einer erkennbaren gesundheitlichen Vorbelastung zu strengeren Einschränkungen aufgefordert zu werden. Sie erblickten in dieser formalistischen Alterskategorisierung eine wörtlich von Art. 8 Abs. 2 BV untersagte **Altersdiskriminierung**.

Diese Bestimmung steht, wie die übrigen Verbote einer Diskriminierung nach irgendwelchen eigenschaftlichen Kategorien, im Dienste eines gleichberechtigten Menscheseindürfens. Das Alter wird als an sich für das Menschsein und dessen Berechtigung irrelevant erklärt. Die bundesrätlichen Empfehlungen, zu Hause zu bleiben, waren indessen unter anderem zur Verwirklichung des jedermann nach Art. 10 Abs. 2 BV zustehenden **Rechts auf körperliche Unversehrtheit** (lies: Gesundheit) und zugunsten des am selben Ort in Abs. 1 **verbrieften Rechtes auf Leben** ergangen. Dass der Bundesrat dabei für eine erhöhte, die Freiheit einschränkende Vorsicht auf eine **schematische Altersgrenze** setzte statt auf individuelle Eigenheiten, hatte seinen Grund darin, dass letztere nicht allgemein festgestellt werden konnten. Der Bundesrat stellte auf eine Wahrscheinlichkeit einer altersmässig reduzierten Funktionsfähigkeit des menschlichen Immunsystems ab. Dabei mag er die generalisierende Grenze in etwas (zu) frühem Lebensalter gezogen haben, was wiederum als nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV verhältnismässig angesehen werden konnte.

Grundsätzlich wird man jedoch anerkennen müssen, dass eine plötzlich sich aufdrängende Notmassnahme nicht ohne weiteres streng individualisiert werden kann und daher, wenn es

um Wahrscheinlichkeiten bestimmter Bevölkerungsgruppen geht, Kategorisierungen und damit Schematisierungen kaum zu umgehen sind. Es geht dabei – wie bei den im Abgaberecht zugelassenen Schematisierungen – darum, **rasche Praktikabilität der Massnahmen sicherzustellen**. Differenzierungen können später möglich und sogar erforderlich werden. Vielfach handelt es sich dabei um Ermessensfragen, die keine absoluten Abgrenzungen zulassen.

Im Ergebnis wird man sagen können, bei den von der Corona-Pandemie veranlassten Einschränkungen möge einiges diskriminatorisch gewirkt haben und so empfunden worden sein. Doch nicht alle davon betroffenen Rechtsunterworfenen haben die betreffenden Massnahmen, die für sie sicher unangenehm waren, auch als Diskriminierung empfunden. Auch das Gefühl, Gegenstand **besonders fürsorglicher Behandlung und Schutzwürdigkeit** geworden zu sein, konnte sich einstellen – sozusagen das Paradox einer Freiheitsbeschränkung, die als nahezu privilegierend wahrgenommen werden konnte. Etwas, das den Ausnahmestatus der Corona-Epidemie bestätigt; denn in unserem Rechtssystem ist es sonst die **Freiheit**, die derart privilegiert wird, dass sie mehr als ein Privileg ist, nämlich **jedermanns gutes Recht**.

* * *

Winterthur, im Juni 2020

Die Arbeitsgruppe „Demokratie und Rechtsstaat“:

RA Dr. iur. Dr. iur. h.c. Roberto Bernhard, Winterthur, und

RA Dr. iur. Ulrich Weiss, Winterthur (juristische Bearbeitung);

Dr. Hansrudolf Kübler, Wallisellen (staatspolitische Begleitung/Lektorat).

Die Arbeitsgruppe ist aus eigener Initiative von Mitgliedern der Neuen Helvetischen Gesellschaft Winterthur entstanden. Die Arbeitsgruppe gibt ihre eigene Meinung wieder, welche für die Neue Helvetische Gesellschaft (NHG) nicht verbindlich ist. Die Arbeitsgruppe steht in der Nachfolge der

„Nordostschweizerischen NHG-Arbeitsgruppe ‚Direkte Demokratie‘“
(1994/95), „Demokratiereform“ (2003/05) und „Demokratie und Rechtsstaat“
(2010).

Die vorliegende Studie wurde finanziell unterstützt von der Vereinigung
Libertas Winterthur.

Druck: Rohner Spiller AG, Winterthur