

Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie

Am Beispiel der Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum und der Schutzkonzepte

Kaspar Gerber *

Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie gemäss COVID-19-Verordnung 2 ist insbesondere in Form der konkreten Normenkontrolle der COVID-19-Verordnung 2 grundsätzlich sichergestellt. Das gilt auch für die Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum und die zugehörigen Schutzkonzepte. Die von einer Schliessung betroffene öffentliche Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person kann bei der zuständigen kantonalen Behörde (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt) eine Verfügung verlangen, die sämtliche damit verbundenen Fragen (generelle Schliessung; Öffnung mit Schutzkonzept) umfasst. Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes erscheint allerdings in zeitlicher Hinsicht fraglich. Es wäre schliesslich zu prüfen, ob der Bundesrat mit zu drastischen und zeitlich überzogenen – weil nicht durch eine epidemiologisch bedingte ausserordentliche Lage gerechtfertigten – Massnahmen die wirtschaftlichen Folgeprobleme der Covid-19-Pandemie unnötig verschlimmert hat. Diese Frage dürfte bei künftigen Rechtsstreitigkeiten aller Art oder zumindest bei der politischen oder journalistischen Aufarbeitung der Covid-19-Pandemie eine Rolle spielen.

I. Einleitung.....	250
II. Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen (ab 2011) auf dem Prüfstand.....	250
III. Geltende Regelungen.....	251
IV. Bedeutung für Art. 6 COVID-19-Verordnung 2	256
V. Schluss	263

Zitierung: Kaspar Gerber, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, in: *sui-generis* 2020, S. 249

URL: sui-generis.ch/134

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.134>

* Dr. iur. Kaspar Gerber, LL. M. (kaspar.gerber@bluewin.ch), wissenschaftlicher Mitarbeiter (Postdoc) am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

I. Einleitung

¹ Der Bundesrat hat zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie¹ in den Monaten März und April 2020 im hier interessierenden Zusammenhang bis am 16. März 2020² gestützt auf [Art. 184 Abs. 3](#) und [185 Abs. 3 BV](#)³ und auf [Art. 6 Abs. 2 Bst. b](#), [41 Abs. 1](#) und [77 Abs. 3 EpG](#)⁴ sowie ab 17. März 2020⁵ nur noch auf [Art. 7 EpG](#) «in noch nie dagewesenem Ausmass»⁶ *Notverordnungsrecht*⁷ erlassen.

¹ Das neue Coronavirus, genannt «SARS-CoV-2», gehört zur selben Virusfamilie wie sechs weitere, bereits seit Jahren oder Jahrzehnten beim Menschen bekannte Coronaviren. Die WHO hat der Krankheit, die durch das neue Coronavirus verursacht wird, am 11. Februar 2020 den Namen COVID-19 gegeben – kurz für «coronavirus disease 2019» oder auf Deutsch Coronavirus-Krankheit 2019 (Bundesamt für Gesundheit [BAG], [Krankheit COVID-19, Symptome und Behandlung, Ursprung neues Coronavirus](#)). An einigen Stellen in diesem Beitrag ist vereinfachend von «Coronamassnahmen des Bundesrats» die Rede. Gemeint sind damit stets die Massnahmen gemäss [COVID-19-Verordnung 2](#).

² Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Stand am 16. März 2020) (COVID-19-Verordnung 2; [SR 818.101.24](#)).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; [SR 101](#)); eingehend zur Grundlage der «Corona-Notverordnungen» Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts – Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 6/2020, S. 685–701, S. 691–694.

⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012 (EpG; [SR 818.101](#)).

⁵ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Stand am 17. März 2020) (COVID-19-Verordnung 2; [SR 818.101.24](#)).

⁶ Brunner/Wilhelm/Uhlmann (Fn. 3), S. 686.

⁷ Zur Kritik an diesem zugegebenermassen dogmatisch nicht ganz präzisen, jedoch geläufigen und für die in diesem Beitrag interessierenden Zusammenhänge völlig ausreichenden Begriff: Andreas Kley, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, S. 268–276, S. 268–269.

Das «bundesrätliche Herzstück» dieses *Notverordnungsrechts* ist die «mehrmals und in hohem Rhythmus» angepasste⁸ «[COVID-19-Verordnung 2](#)».⁹ Dementsprechend liegt es nahe, zumindest einige *Schlaglichter* auf primär formelle Aspekte des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit den Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie zu werfen (Stand: 25. Mai 2020).

² Im Zentrum stehen nachfolgend ausgewählte Aspekte des *Rechtsschutzes im Sinne der Rechtswege der Verwaltungsrechtspflege* gegen die *Schliessung* vieler öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum nach [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) und die zugehörigen *Schutzkonzepte* nach [Art. 6a COVID-19-Verordnung 2](#). Aufgrund der bisherigen und wohl auch in nächster Zeit rasanten Entwicklungen rund um die «[COVID-19-Verordnung 2](#)» sind einige der nachfolgenden Ausführungen womöglich weniger von praktischem, sondern eher von akademischem Interesse. Allerdings kann sich dieses Verhältnis je nach künftigen Gegebenheiten wieder umkehren.

II. Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen (ab 2011) auf dem Prüfstand

³ Der Bundesrat erachtete noch 2011 die «Rechtsschutzregelung auch hinsichtlich

⁸ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 1.

⁹ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Stand am 14. Mai 2020) (COVID-19-Verordnung 2; [SR 818.101.24](#)).

der Massnahmen nach den [Artikeln 184 Abs. 3, 185 Abs. 3 und 173 Abs. 1 Bst. c BV](#) als genügend.»¹⁰ 2013 konnte der Bundesrat sich «grundsätzlich vorstellen, den Rechtsschutz gegenüber Verfügungen (im Unterschied zu anderen Akten nach [Art. 189 Abs. 4 BV](#)) des Bundesrates und der Bundesversammlung im Gesetz «zu verbessern beziehungsweise einfacher zu regeln».¹¹ 2018 räumte er in seiner Botschaft zur Änderung des [BGG](#)¹² ein, dass «das Zusammenspiel der verschiedenen Vorschriften, die beim Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung zu berücksichtigen sind», «relativ kompliziert» ist. Bei Verordnungen sah der Bundesrat dagegen «kein ernsthaftes Problem: Wer durch die getroffene Regelung von Rechten und Pflichten besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse hat, kann den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen.» Der Bundesrat wollte daher den Rechtsschutz gegenüber Verfügungen (im Unterschied zu anderen Akten nach [Art. 189 Abs. 4 BV](#)) des Bundesrats und der Bundesversammlung *im Gesetz verbessern beziehungsweise einfacher regeln*.¹³ Die eidgenössischen Räte traten jedoch auf das Geschäft der Änderung des [BGG](#) nicht ein.¹⁴

- 4 Gelegentlich werden auch in der jüngeren Literatur «gewisse Defizite» des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit Massnahmen des Bundesrats beklagt.¹⁵ In der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie werden denn auch konkrete *Rechtsschutzlücken* benannt, wie die *nicht mögliche Anfechtung bundesrätlicher Anordnungen* oder *meist verspäteter* Rechtsschutz sowie die nur schwer begründbare *Staatshaftung*.¹⁶ Es fällt schliesslich auf, dass sich weder die [Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2](#)¹⁷ noch die «Häufig gestellten Fragen (FAQ)» zur Covid-19-Pandemie¹⁸ mit dem (offensichtlich nicht als vordringlich erachteten) Rechtsschutz befassen.

III. Geltende Regelungen

- 5 Wie ist der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Coronamassnahmen des Bundesrats geregelt? Und sind diese tatsäch-

¹⁰ Motion Staatspolitische Kommission NR (11.3006): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen. Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011; vgl. auch das entsprechende Votum von Bundesrätin Sommaruga zur Haltung des Gesamtbundesrates: «Normalerweise sagt der Bundesrat in solchen Momenten, die Motion würde offene Türen einrennen, aber hier muss ich sagen: Sie rennen fehlende Türen ein.» ([AB 2012 S 52](#)); die Argumente für die Annahme der Motion lassen sich dem Votum des Kommissionssprechers Kurt Fluri entnehmen [AB 2011 N 2101–2102](#).

¹¹ Botschaft des Bundesrats vom 30. Oktober 2013, Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege ([BBl 2013 9077](#)) S. 9106.

¹² Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 ([BGG](#); [SR 173.110](#)).

¹³ Botschaft vom 15. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes ([BGG](#)) ([BBl 2018 4605](#)), S. 4653–4654.

¹⁴ [AB 2019 S 1207](#); [AB 2020 N 157](#). Immerhin stimmte der Nationalrat den vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen zur Verbesserung bzw. einfacheren Regelung des Rechtsschutzes gegenüber Verfügungen des Bundesrats und der Bundesversammlung zu ([AB 2019 N 287–288](#), Änderung anderer Erlasse insbesondere Ziffer 1 und 4).

¹⁵ Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N 12 zu Art. 185 BV, mit weiteren Ausführungen zur Haltung des Bundesrats.

¹⁶ Florian Roth, [Coronavirus: Rechtsschutz und Staatshaftung](#), Weblaw Webinar 12. März 2020, S. 15 und S. 22.

¹⁷ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020.

¹⁸ BAG, Neues Coronavirus: [Häufig gestellte Fragen \(FAQ\)](#).

lich ungenügend? Dazu in der *gebotenen Kürze* die folgenden Ausführungen.¹⁹

1. Keine abstrakte Normenkontrolle

- ⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hat sich hierzu kürzlich in seinem Urteil vom 25. März 2020 geäussert.²⁰ Ein Verein verlangte am 20. März 2020 beschwerdeweise vom Bundesverwaltungsgericht u.a. die Prüfung der Rechtskonformität der [COVID-19-Verordnung 2](#) und der «Wissenschaftlichkeit der massiven Grundrechtseinschränkungen gegenüber der gesamten Schweizer Bevölkerung und die massive Gefährdung und Schädigung der Wirtschaft». Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, «dass Verordnungen des Bundesrates als generell-abstrakte Rechtsnormen des Bundes von den Rechtsanwendungsbehörden ausschliesslich im Rahmen einer vorfrageweisen Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (akzessorische, inzidente oder konkrete Normenkontrolle) geprüft werden können bzw. müssen.» Das Bundesverwaltungsgericht hielt in Bezug auf die beantragte abstrakte Kontrolle der [COVID-19-Verordnung 2](#) auch die Eintretensvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit für offensichtlich nicht gegeben. Aus diesen Gründen ist das Gericht *nicht auf die Beschwerde eingetreten*.²¹

¹⁹ Eine Gesamtübersicht über den Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen findet sich in der Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011 zur Motion Staatspolitische Kommission NR (11.3006): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen.

²⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [C-1624/2020](#) vom 25. März 2020.

²¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [C-1624/2020](#) vom 25. März 2020.

- ⁷ In seinem Urteil vom 15. April 2020 betreffend die beantragte Aufhebung der [COVID-19-Verordnung 2](#) rief auch das Bundesgericht in Erinnerung, dass es eine bundesrätliche Verordnung nur vorfrageweise im Rahmen einer *inzidenten Normenkontrolle* auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit hin prüfen könne. Eine solche stehe «hier nicht zur Diskussion; die Beschwerdeführerin macht ausdrücklich geltend, dass gegen sie keine Verfügung ergangen sei und sie eine abstrakte Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der [COVID-19-Verordnung 2](#) verlange; eine solche ist nach dem Bundesgerichtsgesetz indessen ausgeschlossen». Ebenso unzulässig seien «die weiteren Anträge auf Feststellung der Verfassungs- und Gesetzwidrigkeit der Verordnung oder auf deren Anpassung sowie der damit verbundene Antrag auf Anordnung eines Gutachtens». Am 27. April 2020 wies das Bundesgericht ein gegen sein Urteil vom 15. April 2020 gestelltes Revisionsgesuch ab.²³

2. Konkrete Normenkontrolle möglich

- ⁸ Im Folgenden ist die eben angesprochene konkrete Normenkontrolle im Zusammenhang mit der Schliessung vieler öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum nach [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) zu skizzieren.

a) Allgemeines

- ⁹ Staatliche Akte, «bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen», sollen der gerichtlichen Überprüfung entzogen

²² Urteil des Bundesgerichts [2C_280/2020](#) vom 15. April 2020 E. 2.2 m.w.H.

²³ Urteil des Bundesgerichts [2F_7/2020](#) vom 27. April 2020.

sein.²⁴ Aus diesem Grund kann gegen Verfügungen des Bundesrats auf dem Gebiet der Sicherheitspolitik (innere und äussere Sicherheit) *im Prinzip* weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht noch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ergriffen werden.²⁵ Die Verwaltungsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist allerdings dann zulässig, wenn das *Völkerrecht* einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt.²⁶ Diesfalls kann gestützt auf [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#)²⁷ ausnahmsweise ans Bundesverwaltungsgericht (und anschliessend gestützt auf [Art. 83 Bst. a BGG](#) ans Bundesgericht) gelangt werden.²⁸

- ¹⁰ Unabhängig von der Frage, ob ein Beschluss oder eine Verordnung des Bundesrats *selbständig anfechtbar ist oder nicht*, ergibt sich aus [Art. 190 BV](#), dass eine vorfrageweise Überprüfung anlässlich der Anfechtung einer gestützt darauf ergangenen Verfügung zulässig ist, mit der möglichen Folge, dass dem *Beschluss oder der Verordnung* des Bundesrats die

*Anwendung im Einzelfall versagt werden kann.*²⁹

- ¹¹ Aus der Bindung der Gerichte an *Bundesgesetze und Völkerrecht* (vgl. [Art. 190 BV](#)) ergibt sich, dass bei dieser vorfrageweisen Überprüfung die infrage stehenden Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrates auf ihre Übereinstimmung mit der *Bundesverfassung und den Bundesgesetzen* hin überprüft werden. Dies gilt auch für Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrats, welche dieser zur *Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit unmittelbar gestützt auf [Art. 184 bzw. 185 BV](#)* erlassen hat.³⁰
- ¹² Das Gericht greift aber nur in den Gestaltungsspielraum des Bundesrats ein, wenn dieser die ihm eingeräumte *Kompetenz überschritten* hat, wobei es zuerst den Umfang dieser Kompetenz ermittelt.³¹
- ¹³ Eingriffe in die durch die [EMRK](#) geschützten Rechte erfolgen in der Regel nicht durch Rechtssätze, sondern erst durch die gestützt darauf getroffenen Verfügungen. Ausnahmsweise kann eine Person *unmittelbar* von einem Rechtsatz betroffen sein. Dies ist der Fall, wenn das Gesetz den *Behörden kein Ermessen in der Anwendung* belässt und
- ²⁴ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) vom 6. Oktober 2014 E. 4.1 m.w.H. Diese in Frankreich entwickelte Doktrin der «actes de gouvernement» ist auch in das schweizerische Gesetzesrecht eingeflossen (a.a.O.).
- ²⁵ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) (Fn. 24), E. 4.1 m.w.H.; vgl. auch [Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht](#) (Verwaltungsgerichtsgesetz [VGG]; [SR 173.32](#)) und [Art. 83 Bst. a BGG](#).
- ²⁶ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) (Fn. 24), E. 4.1 m.w.H.; vgl. auch [Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG](#).
- ²⁷ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; [SR 0.101](#)).
- ²⁸ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) (Fn. 24), E. 4.1 m.w.H.
- ²⁹ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) (Fn. 24), E. 4.2 m.w.H.
- ³⁰ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) (Fn. 24), E. 4.2 m.w.H.
- ³¹ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [B-998/2014](#) (Fn. 24), E. 4.2 m.w.H. Bei der vorfrageweisen Überprüfung von direkt gestützt auf eine Ermächtigung in der Verfassung erlassenen Verordnungen oder Beschlüssen des Bundesrates darf das Gericht den politischen Entscheidungsspielraum, der dem Bundesrat im Rahmen der ihm vom Verfassungsgeber eingeräumten Kompetenz zugestanden wurde, nicht durch *ei-gene Ordnungsvorstellungen* schmälern (a.a.O.).

derart konkret ist, dass es ohne weiteres das Verhalten der betroffenen Person bestimmt.³²

b) Beispiele «TalibanV» und «V-Syrien»

¹⁴ Art. 185 Abs. 3 BV bildet die Grundlage für *verfassungsunmittelbare Verordnungen und Verfügungen* des Bundesrates im Bereich der äusseren (Abs. 1) und der inneren Sicherheit (Abs. 2).³³ Zur Abgrenzung zwischen Verordnung und Einzelakt müssen an dieser Stelle Stichworte genügen. Aufgrund *fliessender Grenzen* ist es nicht möglich, zwischen einem rechtssetzenden Akt (Rechtssatz) und einem Einzelakt *eine scharfe Abgrenzung* vorzunehmen.³⁴ Laut Art. 22 Abs. 4 ParlG³⁵ gelten als rechtsetzend Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen.³⁶

¹⁵ Bereits bundesgerichtlich beurteilte Beispiele zur Frage, ob verfassungsunmittelbare Rechtsakte des Bundesrates als *Verordnung oder als Verfügung* zu betrachten sind, sind insbesondere die bundesrätliche «TalibanV»³⁷ und die

bundesrätliche «V-Syrien».³⁸ Bei diesen Verordnungen handelt es sich «am ehesten» um individuell-abstrakte Anordnungen, worin gegenüber individuell-bestimmten Personen, Personengruppen oder Organisationen ein *breiter Eingriff* in ihre Rechtsposition erfolgt. Die Rechtsform der Verordnung ist in diesem Fall indessen «nicht unbedenklich» und «darf auf jeden Fall nicht bereits aus formellen Gründen (untaugliches Anfechtungsobjekt) jeden Rechtsschutz verunmöglichen.»³⁹

¹⁶ Wegen der grundsätzlichen *Bindung der Schweiz an Sanktionsbeschlüsse des UNO-Sicherheitsrats*⁴⁰ werden bestimmte Personen und bestimmte Gesellschaften im *Anhang 2 zur TalibanV* namentlich genannt und sind daher von den Massnahmen der Verordnung *unmittelbar und individuell* betroffen, «ohne

oder den Taliban vom 2. Oktober 2000 (SR 946.203).

³² Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien vom 8. Juni 2012 (SR 946.231.172.7).

³³ Felix Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG; 2. Aufl. 2016, N 49 zu Art. 5 VwVG.

³⁴ BGE 133 II 450 E. 3–6; *Anhang 2 der TalibanV* beinhaltet gemäss dortiger Anmerkung: «1. Dieser Anhang entspricht den Listen der vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen bzw. der vom zuständigen Komitee des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen bezeichneten natürlichen und juristischen Personen, Gruppen und Organisationen.»; jeweils Aktuelles zur vom zuständigen UNO-Sanktionskomitee geänderten (und für die Schweiz grundsätzlich verbindlichen) Liste der sanktionierten natürlichen Personen, Unternehmen und Organisationen SECO, Sanktionen: Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban. Allerdings sind Rechtsschutzdefizite nicht von der Hand zu weisen: «Das Sanktionsregime der UNO lässt sich kaum mit der Rechtsweggarantie in Einklang bringen» (so Felix Uhlmann, *Entwicklungen im Verwaltungsrecht/Le point sur le droit administratif*, SJZ 110/2014 S. 459–465, S. 462 m.w.H.).

³² Auszug aus dem Beschwerdeentscheid des Bundesrates i. S. X. gegen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement vom 18. April 2007 VPB 2007.6 E. II 4 m.w.H.

³³ Biaggini (Fn. 15), N 9 zu Art. 185 BV.

³⁴ Biaggini (Fn. 15), N 5 zu Art. 163 BV; vgl. auch Peter Karlen, *Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes*, Zürich - Basel - Genf 2018, S. 197 m.w.H.

³⁵ Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz [ParlG]; SR 171.10).

³⁶ Kritisch zu dieser Legaldefinition Biaggini (Fn. 15), N 9 zu Art. 185 BV.

³⁷ Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda»

dass weitere Verfügungen zu deren Umsetzung erforderlich wären». Wegen der *unmittelbaren und enteignungsähnlichen Beschränkungen*, welche die **TalibanV** für die betroffene Person und ihre Gesellschaften zur Folge hat, betrifft ihr Begehren um Streichung aus dem Anhang 2 der Verordnung «zivilrechtliche Ansprüche» im Sinne von **Art. 6 Ziff. 1 EMRK**.⁴¹ Der Schweiz ist es deshalb verwehrt, den Beschwerdeführer selbständig aus **Anhang 2 TalibanV** zu streichen; hierfür ist ein besonderes *Delisting-Verfahren* durch den Sanktionsausschuss des UNO-Sicherheitsrats vorgesehen.⁴² Die Schweiz muss den Beschwerdeführer in diesem Verfahren unterstützen.⁴³

¹⁷ Diese Grundsätze dürfen jedoch nicht so verstanden werden, dass die entsprechende Verordnung, die sich für eine bestimmte Person bzw. für bestimmte Personen wie eine Verfügung auswirkt, *direkt* angefochten und so im Ergebnis dennoch eine (unzulässige)⁴⁴ abstrakte Normenkontrolle erreicht werden kann. Dazu ein Streifzug durch die einschlägige Rechtsprechung:

¹⁸ In der Rechtssache Mobutu hat das Bundesgericht die gegen die Familie Mobutu verhängte Sperrung von Vermögenswer-

ten nicht als Verfügung, sondern als Verordnung eingestuft. Wesentlich hierfür war, dass sich die Sanktion gegen eine *Vielzahl von Personen und unterschiedliche Vermögen* richtete.⁴⁵ Eine *Stellungnahme eines eidgenössischen Departements*, welche den Guthaben einer Person eine vom Bundesrat gestützt auf **Art. 184 Abs. 3 BV** angeordnete Vermögenssperre entgegenhält, stellt hingegen eine Verfügung im Sinne von **Art. 5 VwVG**⁴⁶ dar.⁴⁷

¹⁹ Durch die Aufnahme in **Anhang 2 TalibanV** wird laut Bundesgericht die betroffene Person den Sanktionen der **TalibanV** unterstellt und damit *unmittelbar und speziell in Grundrechtspositionen* berührt, weshalb ihr durch *Erlass einer Verfügung* eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden muss.⁴⁸ Hierzu präziserte das Bundesgericht in einem späteren Entscheid, dass es den (bereits fünf Jahre dauernden) Eintrag in die Liste nicht *als Verfügung qualifiziert*, sondern lediglich festgestellt habe, dass die Aufnahme in die Liste sich für den Betroffenen *wie eine Verfügung* «auswirke».⁴⁹

⁴¹ Auszug aus dem Beschwerdeentscheid des Bundesrates i. S. X. gegen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement vom 18. April 2007, **VPB 2007.6** E. II 4 m.w.H.

⁴² **BGE 133 II 450** E. 8.

⁴³ **BGE 133 II 450** E. 9.

⁴⁴ Rz. 6–7 vorne; vgl. auch die Motion Staatspolitische Kommission NR (**11.3006**): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen. Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011 mit weiteren Ausführungen, wonach eine gesetzliche Ausdehnung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf alle unmittelbar gestützt auf die Verfassung erlassenen Verordnungen und Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung «nicht erforderlich» sei.

⁴⁵ **BGE 132 I 229** E. 4.4, dazu Nicola Thomas Hofer, Spannungsfeld zwischen Individualsanktionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen gegen terrorverdächtige Personen und Menschenrechten, Unter besonderer Betrachtung des ISIL (Daesh)- und Al-Qaida-Sanktionsregimes sowie der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Zürich/St. Gallen 2019 (= SGIR 45), S. 131.

⁴⁶ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]; **SR 172.021**).

⁴⁷ **BGE 132 I 229** Regeste a.

⁴⁸ **BGE 133 II 450** E. 2.1. Streichung aus dem Anhang der **TalibanV** und damit formell die Änderung einer Verordnung.

⁴⁹ **BGE 139 II 384** E. 2.2, dazu Markus Müller, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/

- ²⁰ Im Zusammenhang mit der V-Syrien hielt das Bundesgericht fest, dass die entsprechende Verordnung trotz des *bestimmten Adressatenkreises* keine direkt anfechtbare Verfügung darstellt, eine solche aber durch *Gesuch um Streichung* von der geführten Liste beim zuständigen Departement erwirkt werden kann.⁵⁰ Denn wenn völkerrechtlich eine gerichtliche Beurteilung möglich sein muss, gehen die Bundesratsgeschäfte *von Gesetzes wegen* auf das zuständige Departement über.⁵¹
- ²¹ Die vom Departement erlassene Verfügung kann in einem weiteren Schritt *beim Bundesverwaltungsgericht* und in zweiter Instanz *beim Bundesgericht* angefochten werden.⁵² Mit dieser Lösung konnte das Bundesgericht auch die Schwierigkeit umgehen, «direkt einen Akt des Bundesrates zu beurteilen».⁵³
- ²² Die eben dargelegte Rechtsprechung zeigt zunächst auf, dass auch Rechtsakte, die *gleich wie Verfügungen* unmittelbar und speziell in Grundrechtspositionen eingreifen, als Verordnungen gelten.

St. Gallen 2019, N 40 Fn. 136 zu Art. 5 VwVG; eingehend zu [BGE 139 II 384](#) René Wiederkehr, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2017, S. 137–138.

⁵⁰ [BGE 139 II 384](#) (= Pra 102 [2013] Nr. 103), dazu Uhlmann, Praxiskommentar VwVG (Fn. 39), N 49, Fn. 105 zu Art. 5 VwVG.

⁵¹ [Art. 47 Abs. 6 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes](#) vom 21. März 1997 (RVOG; [SR 172.010](#)); [BGE 129 II 193](#) E. 4.2; Botschaft des Bundesrats (Fn. 11), ([BB1 2013 9077](#)) S. 9105–9106; je dazu Hansjörg Seiler, Kommentar BGG, 2. Aufl. 2015, N 16 zu Art. 83 BGG; ferner Motion Staatspolitische Kommission NR ([11.3006](#)): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen. Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011.

⁵² [BGE 139 II 384](#) (= Pra 102 [2013] Nr. 103), dazu Uhlmann, Praxiskommentar VwVG (Fn. 39), N 49, Fn. 105 zu Art. 5 VwVG, m.w.H.

⁵³ So Uhlmann, Entwicklungen im Verwaltungsrecht (Fn. 40), S. 459–465, S. 462 m.w.H.

Diese Rechtsprechung ist allerdings vor-dergründig *nicht ganz kohärent*. Es scheint widersprüchlich zu sein, *einerseits* den durch die Verordnung bewirkten *unmittelbaren und speziellen Eingriff in Grundrechtspositionen* zu bejahen, *andererseits* eine separate Verfügung verlangen zu müssen, um den Rechtsweg beschreiten zu können. Handkehrum ist dieser *rechtsdogmatische Kunstgriff* notwendig, um das für die Beschreitung des Rechtswegs notwendige Anfechtungsobjekt zu schaffen. Die von der zuständigen Behörde zu erlassende Verfügung hat demnach einige Aspekte einer *Feststellungsverfügung*.⁵⁴ Denn die zuständige Behörde bestätigt verfügungsweise im Grunde nur, was kraft jeweiliger Notverordnung *unmittelbar* ohnehin gilt.

IV. Bedeutung für Art. 6 COVID-19-Verordnung 2

- ²³ Inwieweit lassen sich die eben erörterten Regeln auf den Rechtsschutz gegen die Schliessung vieler öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum nach [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) übertragen? Klar scheint, dass wenn eine akzessorische Kontrolle von [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) möglich ist,⁵⁵ zwangsläufig ein Anspruch auf *entsprechende Einzelfallentscheide* bestehen muss. Hier ist zu unterscheiden zwischen öffentlichen Einrichtungen, die *generell* für das Publikum geschlossen werden, und sol-

⁵⁴ Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren und nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht (Urteil des Bundesgerichts [2C_307/2018](#) vom 29. Januar 2019 E. 1.2 m.w.H.). Dieses kann vorliegend mit der Notwendigkeit begründet werden, dass für die Beschreitung des Rechtswegs vorausgesetzte Anfechtungsobjekt zu schaffen.

⁵⁵ Rz. 6–7 vorne.

chen, die nach [Art. 6 Abs. 3–5 COVID-19-Verordnung 2](#) mit einem Schutzkonzept nach [Art. 6a COVID-19-Verordnung 2](#) für das Publikum weiter geöffnet bleiben dürfen. Vorgängig sind die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen zu klären.

1. Zuständigkeiten von Bund und Kantone

²⁴ Gemäss [Art. 1a COVID-19-Verordnung 2](#) behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten, soweit diese Verordnung nichts anders bestimmt. Hat der Bundesrat eine Regelung getroffen, hat dies zur Folge, dass die Kantone keine Bestimmungen erlassen dürfen, die der Bundesverordnung widersprechen. Sofern für einen Bereich eine Bundesregelung besteht, ist diese *abschliessend*. Sie haben in den durch die [COVID-19-Verordnung 2](#) regulierten Bereichen *keinen Handlungsspielraum* mehr, sondern erfüllen einen Vollzugauftrag des Bundes.⁵⁶ Hat der Bundesrat zu einem Sachverhalt keine (explizite) Regelung getroffen, ist durch die *üblichen Auslegungsregeln* zu eruieren, ob den Kantonen eine Regelungsbefugnis eingeräumt wird, oder ob ein «qualifiziertes Schweigen» vorliegt.⁵⁷

²⁵ Der Bundesrat hat die Schliessungen öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum in [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) *explizit* geregelt. Den Kantonen bleibt insoweit kein Handlungsspielraum mehr. Allerdings ist ebenfalls durch die *üblichen Auslegungsregeln* zu eruieren, welche der in [Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2](#) nicht erwähnten öffentlichen Einrichtungen ebenfalls un-

ter diese Bestimmung fallen. Denn die Aufzählung in Abs. 2 ist *nicht abschliessend*.⁵⁸

²⁶ Nach [Art. 1b COVID-19-Verordnung 2](#) *überwachen die Kantone* die Einhaltung der Massnahmen auf ihrem Gebiet, soweit nicht der Bund für den Vollzug zuständig ist.⁵⁹ Der Grundsatz, wonach – vorbehältlich spezifischer Vollzugsvorschriften in den einzelnen Bestimmungen – die Kantone für den Vollzug zuständig sind, gilt für die *gesamte COVID-19-Verordnung 2*.⁶⁰ Gemäss [Art. 6a Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2](#) schliessen die zuständigen kantonalen Behörden einzelne Einrichtungen oder verbieten einzelne Veranstaltungen, falls kein ausreichendes Schutzkonzept vorliegt oder dieses nicht eingehalten wird. Die zuständigen kantonalen Behörden sind u.a. *Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt*.⁶¹

²⁷ Es bestehen *keine Ausnahmeregelungen*, wonach der Bund für die Überwachung der Schliessung öffentlicher Einrichtungen für das Publikum zuständig ist.⁶² Somit ist die Überwachung bzw. Sicherstellung der Betriebsschliessungen *Sache der Kantone*.

⁵⁸ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 22.

⁵⁹ So ist z.B. das SECO zuständig für die Bewilligung der Ausfuhr der in Anhang 3 aufgeführten Güter aus dem Zollgebiet [Art. 4b COVID-19-Verordnung 2](#).

⁶⁰ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 3.

⁶¹ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 31.

⁶² Beispiele für Bundeszuständigkeiten: [Art. 4h, 4h^{bis}, 4i, 4j, 4k](#) und [7e COVID-19-Verordnung 2](#).

⁵⁶ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 2.

⁵⁷ BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 3.

2. Schliessung von öffentlichen Einrichtungen ohne Schutzkonzept und mit Schutzkonzept

²⁸ Die Schliessung der in [Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2](#) aufgeführten und *nicht* von den Ausnahmebestimmungen nach Abs. 3–5 (Schutzkonzept) betroffenen *bisher* öffentlich zugänglichen Einrichtungen für das Publikum ist *nicht Gegenstand behördlichen Ermessens*.⁶³ Die Schliessung erfolgt *ohne weiteren umsetzenden Hoheitsakt* unmittelbar mit Inkrafttreten der entsprechenden Regelungen in der [COVID-19-Verordnung 2](#). Damit wird nur *ein Fall*, nämlich die Schliessung für das Publikum, geregelt. Dadurch sind die betroffenen Einrichtungen bzw. deren Inhaber, Mieter usw. ebenso *unmittelbar mit enteignungsähnlichen Beschränkungen* konfrontiert und speziell in Grundrechtspositionen berührt.

²⁹ [Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-Verordnung 2](#) wirkt sich auf die betroffenen Einrichtungen insoweit *wie eine Allgemeinverfügung* aus. Gemäss Bundesgericht sind Allgemeinverfügungen Anordnungen, die einen *Einzelfall* regeln, sich dabei aber an eine individuell nicht bestimmte Vielzahl von Adressaten richten. Sie kennzeichnen sich durch *ihre direkte Anwendbarkeit* für eine mögliche Mehrheit von Betroffenen aufgrund einer genügend konkreten Tatbestandserfassung, ohne dass es *eines weiteren umsetzenden Hoheitsaktes* bedarf.⁶⁴ Allgemeinverfü-

gungen werden in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit grundsätzlich den *Verfügungen gleichgestellt*, namentlich auch in Bezug auf die Legitimation.⁶⁵

³⁰ Diese Beurteilung greift jedoch im hier interessierenden Zusammenhang zu kurz. Denn wie dargelegt kann gegen Verfügungen des Bundesrats auf dem hier interessierenden Gebiet der Sicherheitspolitik (innere und äussere Sicherheit) *im Prinzip* weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht noch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ergriffen werden.⁶⁶

³¹ Somit liegt es auf der Hand, von einer mit der «TalibanV» *vergleichbaren Situation* auszugehen. [Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-Verordnung 2](#) wirkt sich wie eine (Allgemein-)Verfügung *aus*, sie *ist* aber keine. Dadurch ist die für das Publikum geschlossene Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person unmittelbar und speziell in Grundrechtspositionen berührt, weshalb ihr durch Erlass einer Verfügung eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden muss.⁶⁷

rell-konkreter Natur. Solche sog. Allgemeinverfügungen (*décisions générales*) stellen *namentlich Verkehrsanordnungen* dar, etwa ein Fahrverbot (Peter Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich - Basel - Genf 2018, S. 197 m.w.H.)

⁶³ Rz. 13 vorne.

⁶⁴ [BGE 134 II 272](#) E. 3.2 m.w.H. Durch die Art der Regelung grenzen sich die Verfügungen von den generell-abstrakten Rechtssätzen ab. Die Unterscheidung lässt sich allerdings nicht immer eindeutig durchführen. So ergehen einzelne Akte zwar für einen konkreten Fall, richten sich aber an einen offenen Personenkreis, sind also gene-

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts [2C_457/2011](#) vom 26. Oktober 2011 E. 4.2 m.w.H. Die Frage nach dem rechtlichen Gehör beim Erlass einer Allgemeinverfügung muss hier aus Platzgründen unterbleiben, vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts [2C_519/2016](#) vom 4. September 2017 E. 3.2.5.

⁶⁶ Rz. 9 vorne.

⁶⁷ Rz. 19 vorne; Rz. 33–37 hinten.

³² Bei öffentlichen Einrichtungen *mit Schutzkonzept* bedarf es für die Schliessung einer bestimmten Einrichtung für das Publikum offenkundig eines *Vollzugsentscheides im Einzelfall*, ob das Schutzkonzept einer betroffenen Einrichtung den Anforderungen gemäss [Art. 6a COVID-19-Verordnung 2](#) genügt oder nicht.⁶⁸

3. Rechtsweg

³³ Welche Instanz würde eine Verfügung betreffend generelle Schliessung einer öffentlichen Einrichtung für das Publikum erlassen? [Art. 1b COVID-19-Verordnung 2](#) als *Spezialnorm*⁶⁹ geht nach hier vertretener Auffassung [Art. 47 Abs. 6 RVOG](#)⁷⁰ vor.⁷¹ Demnach sind die kantonalen Behörden (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt) zuständig. Es wären zwei Fälle zu unterscheiden:

³⁴ Die betroffene Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person verlangt von der kantonalen Be-

hörde eine Verfügung darüber, dass sie *generell* für das Publikum geschlossen wird. Die betroffene Einrichtung *bleibt* jedoch für das Publikum geschlossen. In diesem Fall würde die kantonale Behörde verfügungsweise bestätigen, was kraft [COVID-19-Verordnung 2](#) *unmittelbar* ohnehin gilt, nämlich dass die betroffene Einrichtung für das Publikum geschlossen bleiben muss.⁷²

³⁵ Die betroffene Einrichtung bleibt für das Publikum *absichtlich* geöffnet, bis die zuständigen kantonalen Behörden intervenieren und den Betrieb schliessen: Um ein *Anfechtungsobjekt* zu generieren, könnte über die Schliessung der Einrichtung für das Publikum eine Verfügung verlangt werden. Dieses Vorgehen der absichtlichen Öffnung der Einrichtung gegen die Bestimmungen der [COVID-19-Verordnung 2](#) birgt allerdings die Gefahr, sich *strafbar* zu machen.⁷³

³⁶ Das Ergebnis einer erfolgreichen Beschwerde könnte die Nichtanwendung des betreffenden Buchstabens von [Abs. 2](#) von [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) im Einzelfall sein.⁷⁴ Eine generelle «Streichung» der entsprechenden Art der öffentlichen Einrichtung aus [Abs. 2](#) von [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) wäre anders als bei der «TalibanV» nicht möglich. Denn bei der «TalibanV» werden im Ergebnis einzelne Namen der beschwerdeführenden Personen gestrichen, ohne dass die anderen Namen gelöscht wurden. Die Streichung einer bestimmten Art von öffentlichen Einrichtungen aus [Abs. 2](#) von [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) beträfe alle Einrichtungen, auch solche,

⁶⁸ Rz. 26 vorne. Die vorgängige Einreichung des Schutzkonzepts bei einer kantonalen Behörde oder dem BAG ist allerdings nicht erforderlich (BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 31). Vgl. zu den möglichen Rügen auch Rz. 37 hinten.

⁶⁹ Rz. 27 vorne.

⁷⁰ Rz. 20 vorne.

⁷¹ Wenn dieser Auffassung nicht gefolgt würde, könnte eine nach [Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-Verordnung 2](#) für das Publikum geschlossene Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person beim zuständigen Departement (wohl dem Eidgenössischen Departement des Innern [EDI]) eine Verfügung verlangen. Das EDI ist auch für die Erläuterungen, welche primär das BAG verfasst hat, verantwortlich (BAG, [Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2](#), gültig seit 11. Mai 2020, S. 1). Alternativ könnte das Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung auch an den Gesamtbundesrat gerichtet werden, welcher es an das zuständige Departement weiterleiten müsste ([Art. 7–9 VwVG](#)).

⁷² Rz. 22 vorne.

⁷³ [Art. 10f COVID-19-Verordnung 2](#).

⁷⁴ Rz. 10 vorne.

die sich nicht beschwert haben. Das liefe auf eine unzulässige abstrakte Normenkontrolle⁷⁵ hinaus.

- ³⁷ Verfügungen *betreffend Schutzkonzept* sind von der kantonalen Instanz zu verlangen bzw. unaufgefordert zu erlassen, welche das Schutzkonzept als ungenügend beurteilt (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbeполиizei oder Kantonsarztamt). Vorfrageweise könnte bei Bedarf gerügt werden, dass [Art. 6a COVID-19-Verordnung 2](#) nicht mit *höherrangigem Recht* vereinbar ist.⁷⁶ Gerügt werden könnten z.B. die Verpflichtung zum Schutzkonzept *an sich* oder einzelne obligatorische Teile des Schutzkonzeptes.
- ³⁸ Nach hier vertretener Auffassung sind nach dem Gesagten die Kantone für *sämtliche* irgendwie im Zusammenhang mit dem Vollzug stehenden Handlungen zuständig (generelle Schliessung; Öffnung mit Schutzkonzept). Es wäre auch kaum einsichtig, warum sich der Rechtsweg nur deswegen unterscheiden soll, weil im einen Fall die generelle Schliessung einer öffentlichen Einrichtung für das Publikum und im anderen Fall «nur» das Schutzkonzept streitig ist.
- ³⁹ Zum weiteren Rechtsweg: Die *Anfechtung* einer Verfügung der zuständigen kantonalen Behörde zur Schliessung einer bestimmten öffentlichen Einrichtung für das Publikum oder zum Schutzkonzept beim Bundesverwaltungsgericht scheidet aus. Eine solche käme nur infrage, wenn ein Bundesgesetz gegen Verfügungen kantonalen Instanzen die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht

vorsieht.⁷⁷ Eine solche bundesgesetzliche Regelung besteht nicht, auch nicht in der [COVID-19-Verordnung 2](#). Somit ist der innerkantonale Instanzenzug auszuschöpfen. Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann mit Beschwerde *beim Bundesgericht* angefochten werden.⁷⁸

4. Fraglicher Rechtsschutz in zeitlicher Hinsicht

- ⁴⁰ Eine behördlich verordnete Betriebschliessung von nur einigen Wochen kann je nach konkreter Situation die Existenz eines (Klein-)Betriebes bedrohen. Die Betreiber der betroffenen Einrichtung sind daher auf schnellen Rechtsschutz angewiesen. Dabei zeigen sich jedoch *Stolpersteine*.
- ⁴¹ Hier sei ausgeklammert, *innert welcher Frist* seit Inkrafttreten der entsprechenden Regelungen der [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2](#) eine von der Schliessung für das Publikum betroffene Einrichtung vom EDI eine Verfügung verlangen müsste.
- ⁴² Solange in der Verfügung selber dem Rechtsmittel nicht ausdrücklich die aufschiebende Wirkung entzogen wird, hat eine Beschwerde aufschiebende Wirkung; es gibt im hier interessierenden Zusammenhang der Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum weder im [EpG](#) noch in der [COVID-19-Verordnung 2](#) eine Regelung, die den gestützt auf diese Rechtserlasse erlassenen Verfügungen von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung entziehen wür-

⁷⁵ Rz. 6–7 vorne.

⁷⁶ Rz. 9–13 vorne.

⁷⁷ [Art. 33 lit. i. VGG](#); für ein Beispiel dazu [Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung](#) vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20).

⁷⁸ [Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG](#).

de.⁷⁹ Allerdings können das zuständige Departement⁸⁰ und das Bundesverwaltungsgericht⁸¹ die aufschiebende Wirkung entziehen. Die Beschwerde ans Bundesgericht hat in der Regel ohnehin keine aufschiebende Wirkung.⁸² Die Behörde ist zum Entzug der aufschiebenden Wirkung *verpflichtet*, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen dies erfordern.⁸³ Es ist dabei anzunehmen, dass in einer «ausserordentlichen Lage» die zuständige Behörde das überwiegende Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung bejahen würde.⁸⁴ Dies gilt insbesondere für nachgelagerte richterliche Behörden, welche früh im Verfahren einen Instruktionsentscheid über die aufschiebende Wirkung der Be-

schwerde zu fällen haben und denen dabei nur eine *summarische Prüfung* der Sach- und Rechtslage möglich ist.

- 43 Im Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts des Bundes sind namentlich auch die letzten *kantonalen Instanzen* qua Verweis in [Art. 1 Abs. 3 VwVG](#) zum *Entzug der aufschiebenden Wirkung berechtigt*, selbst wenn das kantonale Recht etwas anderes vorsehen sollte.⁸⁵
- 44 Im Weiteren können sich Verzögerungen im Rechtsschutz auch ergeben durch einen mittels bundesrätlicher Notverordnungen *angeordneten Fristenstillstand*.⁸⁶

5. Materielle Vorfragen für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der bundesrätlichen Coronamassnahmen

- 45 Im vorliegenden Zusammenhang können wichtige materielle Vorfragen für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der bundesrätlichen Coronamassnahmen nicht vertieft werden. Es handelt sich etwa um die Fragen, ob der Bundesrat Notverordnungen *contra legem* oder *preter legem* erlassen kann,⁸⁷ oder inwiefern wissenschaftliche Evidenz für bundesrätliche Coronamassnahmen massgeblich ist.⁸⁸

⁷⁹ Vgl. dazu Daniel Kettiger, Kommentar vom 6. Mai 2020 zu Kaspar Gerber, [Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes zum Zweiten](#) - Ein Update zum Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020 «Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes» in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 5. Mai 2020. Eine Ausnahme besteht etwa beim Rechtsweg gegen Entscheide im Bereich *Grenzübertritt und Kontrolle*. Nach [Art. 3 Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2](#) können Entscheide der zuständigen Behörden sofort vollstreckt werden. [Artikel 65 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration](#) vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; [SR 142.20](#)) gilt sinngemäss. Gegen den Einspracheentscheid des SEM kann innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

⁸⁰ [Art. 1 Abs. 2 Bst. a VwVG](#) i.V.m. [Art. 55 VwVG](#).

⁸¹ [Art. 37 VGG](#) i.V.m. [Art. 55 VwVG](#).

⁸² [Art. 103 BGG](#).

⁸³ Regina Kiener, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, N 13 zu [Art. 55 VwVG](#).

⁸⁴ Vgl. auch Felix Uhlmann, [Coronavirus: Herausforderung auch für das Recht](#), 2. März 2020, S. 3 am Beispiel verbotener Anlässe: «Vermutungsweise werden Behörden und Gerichte einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entziehen, so dass der Anlass bis zum Entscheid des Gerichts verboten bleibt.»

⁸⁵ Kiener (Fn. 83), N 14 zu [Art. 55 VwVG](#).

⁸⁶ Vgl. die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 gültig bis 19. April 2020 ([SR 173.110.4](#)).

⁸⁷ Rz. 12 vorne; vgl. auch Biaggini (Fn. 15), N 10c zu [Art. 185 BV](#); Brunner/Wilhelm/Uhlmann (Fn. 3), S. 696–697; Kaspar Gerber, *Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes*, in: Jusletter 14. April 2020, N 8; Kley (Fn. 7), S. 272–273.

⁸⁸ Gerber, *wissenschaftliche Evidenz* (Fn. 87), *passim*; ders. *wissenschaftliche Evidenz – Update* (Fn. 79), *passim*.

- ⁴⁶ In der Lehre ist zudem umstritten, ob [Art. 7 EpG](#) gegenüber [Art. 185 Abs. 3 BV](#) bloss *deklaratorischer Charakter* zukommt.⁸⁹ Auch diese Frage kann hier aus Platzgründen nicht vertieft werden. Dazu nur der folgende Hinweis: Wenn dem sehr offen formulierten [Art. 7 EpG](#) eine eigenständige, über [Art. 185 Abs. 3 BV](#) hinausgehende materielle Bedeutung zuerkannt würde, wären gestützt auf [Art. 7 EpG](#) erlassene bundesrätliche Verordnungen durch [Art. 190 BV](#) in erheblichem Umfang «immunisiert». Eine akzessorische Normenkontrolle wäre deshalb in weiten Bereichen nicht zulässig.⁹⁰
- ⁴⁷ Vorliegend interessiert jedoch viel mehr, ob (bei selbstverständlich völlig unbestrittenem Handlungsbedarf) unter (rein) epidemiologischen Gesichtspunkten überhaupt eine ausserordentliche Lage vorlag bzw. vorliegt, in welcher der Bundesrat zum Erlass von diesbezüglichem Notverordnungsrecht befugt war bzw. ist.
- ⁴⁸ In Bezug auf die Bewältigung einer Not-situation sieht das [EpG](#) ein *dreistufiges Modell* vor (normale Lage, besondere Lage und ausserordentliche Lage).⁹¹ [Art. 6 EpG](#) (besondere Lage) umschreibt die Befugnisse des Bundesrates, die ihm in Situationen zukommen, welche die Voraussetzungen für die Anwendung von konstitutionellem Notstandsrecht nach [Art. 7 EpG](#) (noch) nicht erfüllen. Diese
- Bestimmung wurde vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem schweren, akuten respiratorischen Syndrom (SARS) geschaffen⁹². Als Beispiele für eine besondere Lage nennt der Bundesrat die *moderate Influenzapandemie* und *SARS*⁹³. Die ausserordentliche Lage liesse sich beispielsweise erst bei einer *Worst-Case-Pandemie (Spanische Grippe 1918)* begründen.⁹⁴
- ⁴⁹ Die SARS-Pandemie konnte in der Schweiz glücklicherweise ohne derart drastische Massnahmen bewältigt werden, wie der Bundesrat sie zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie in der Schweiz ergriffen hat (Schulschliessungen, Beinahe-Ausgangssperre usw.). Das in der Botschaft zum [EpG](#) mit den genannten Beispielen untermauerte *dreistufige Modell* gilt laut BAG auch im Jahr 2020 noch.⁹⁵
- ⁵⁰ Der Bundesrat vertritt zur Notwendigkeit der Erklärung zur «juristischen Frage» der *besonderen* oder *ausserordentlichen* Lage die folgende Haltung: Wie schon «mehrmals betont», brauche man «für die epidemiologische Seite» die ausserordentliche Lage nicht. «Aufgrund des Epidemien-gesetzes und der besonderen Lage» könne man «alle diese Massnahmen» auch «problemlos» umsetzen. Die «ausserordentliche Lage» als Grundlage für die getroffenen Massnahmen war jedoch erforderlich, um im März und April weitere Massnahmen zu treffen (z.B. die Stützung der Wirtschaft). Dies wäre nicht möglich gewesen «aufgrund des Epidemien-gesetzes». Dafür brauche es eine
- ⁸⁹ Bejahend: Brunner/Wilhelm/Uhlmann (Fn. 3), S. 363–364; Gerber, Wissenschaftliche Evidenz (Fn. 87), N 8; verneinend: Biaggini (Fn. 15), N 10c zu Art. 185 BV; Kley (Fn. 7), S. 272–273.
- ⁹⁰ Brunner/Wilhelm/Uhlmann (Fn. 3), S. 694.
- ⁹¹ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010 ([BB1 2011 311](#)), S. 337, S. 343, S. 362–363, S. 443.
- ⁹² Botschaft (Fn. 91), [BB1 2011 311](#), S. 364.
- ⁹³ Botschaft (Fn. 91), [BB1 2011 311](#), S. 363.
- ⁹⁴ Botschaft (Fn. 91), [BB1 2011 311](#), S. 363.
- ⁹⁵ BAG, [Normale, besondere und ausserordentliche Lage, Faktenblatt](#) vom 28. Februar 2020, S. 2.

Überführung in ordentliches Recht, und das beanspruche eine gewisse Zeit.⁹⁶

⁵¹ Es lässt sich also feststellen, dass der Bundesrat beim epidemiologischen «Kernproblem» der Covid-19-Pandemie *gar keinen Grund* für die ausserordentliche Lage nach [Art. 7 EpG](#) sah bzw. sieht.⁹⁷ Vielmehr geht der Bundesrat in der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie aus *rein epidemiologischer Sicht* von der besonderen Lage nach [Art. 6 EpG](#) und damit *implizit* von der Gefährlichkeit einer moderaten Influenzapandemie oder SARS aus.⁹⁸

⁵² Somit kann die Rechtmässigkeit von epidemiologisch motivierten Massnahmen in der auf [Art. 7 EpG](#) basierenden [COVID-19-Verordnung 2](#) zumindest hinterfragt werden, soweit sie – was eine nähere Analyse voraussetzt – über die im [EpG](#) in der «besonderen Lage» nach [Art. 6 EpG](#) vorgesehenen Vorkehrungen⁹⁹ in Schärfe und zeitlicher Hinsicht hinausgehen. Erst für die unstreitig notwendige *Bewältigung der gravierenden wirtschaftlichen Folgeprobleme* war nach Ansicht des Bundesrates die Erklärung der «ausserordentliche Lage» und damit des Regimes nach [Art. 185 Abs. 3 BV](#) notwendig.

⁹⁶ Bundesrat, [Medienkonferenz vom 8. Mai 2020](#), Votum Bundesrat Berset, 28m50s–30m46s; vgl. auch Bundesrat, [Medienkonferenz vom 20. Mai 2020](#), Votum Bundesrat Berset, 34m46s–35m41s, speziell 34m52s–35m08s.

⁹⁷ Vgl. dazu auch Gerber, Wissenschaftliche Evidenz (Fn. 87), N 31.

⁹⁸ Rz. 48 vorne.

⁹⁹ In der «besonderen Lage» beschränkt sich der Handlungsspielraum des Bundesrates auf die in den [Artikeln 31–38](#) sowie [40 EpG](#) festgelegten Massnahmen (Botschaft [Fn. 91], [BBl 2011 311](#), S. 365).

⁵³ Es wäre also zu prüfen, ob der Bundesrat mit zu drastischen und zeitlich *überzogenen* – weil nicht durch eine *epidemiologisch bedingte* ausserordentliche Lage gerechtfertigten – epidemiologisch motivierten Massnahmen die wirtschaftlichen Folgeprobleme allenfalls unnötig verschlimmert hat.¹⁰⁰ Diese Frage dürfte bei allfälligen künftigen Rechtsstreitigkeiten aller Art¹⁰¹ oder zumindest bei der politischen sowie journalistischen Aufarbeitung der Covid-19-Pandemie in der Schweiz eine Rolle spielen.

V. Schluss

⁵⁴ Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie gemäss [COVID-19-Verordnung 2](#) ist insbesondere in Form der konkreten Normenkontrolle der [COVID-19-Verordnung 2](#) im Sinne von [Art. 13 EMRK](#) grundsätzlich sichergestellt. Das gilt auch für die Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum und die zugehörigen Schutzkonzepte. Ein (in untechnisch verstandenem Sinn) wirksamer Rechtsschutz dürfte allerdings in *zeitlicher Hinsicht* kaum je gewährleistet sein, weil die

¹⁰⁰ Zur «Kausalkette» von bundesrätlichen Reaktionen auf einen «Notstand» und die dadurch begünstigte «weitere Notrechtslage» Brunner/Wilhelm/Uhlmann (Fn. 3), S. 694.

¹⁰¹ Zur eventuellen «Staatshaftung» nur die folgenden Hinweise: Nach [Art. 63 EpG](#) kann die anordnende Behörde Personen, die aufgrund behördlicher Massnahmen nach den [Artikeln 33–38](#) sowie [41 Absatz 3](#) Schäden erleiden, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Personen entschädigen, soweit die Schäden nicht anderweitig gedeckt werden. Keine Entschädigungspflicht nach [Art. 63 EpG](#) besteht jedoch für Schäden vor, die im Zusammenhang mit gesundheitspolizeilichen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung verursacht werden (Botschaft [Fn. 91], [BBl 2011 311](#), S. 410). [Art. 63 EpG](#) fand in beiden Räten diskussionslose Zustimmung ([AB 2012 N 320](#); [AB 2012 S 394](#)).

aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels in der Regel wohl nicht gewährt wird.¹⁰²

tung der Covid-19-Pandemie in der Schweiz eine Rolle spielen.¹⁰⁵

55 Die von der Schliessung für das Publikum betroffenen öffentlichen Einrichtungen können bei der *zuständigen kantonalen Behörde* (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt) eine Verfügung über sämtliche mit der Schliessung einer öffentlichen Einrichtung verbundenen Fragen (generelle Schliessung; Öffnung mit Schutzkonzept), verlangen.¹⁰³ Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann mit Beschwerde *beim Bundesgericht* angefochten werden.¹⁰⁴

56 Der Bundesrat sah beim epidemiologischen «Kernproblem» der Covid-19-Pandemie gar keinen Grund für die ausserordentliche Lage nach [Art. 7 EpG](#). Erst für die notwendige Bewältigung der gravierenden wirtschaftlichen Folgeprobleme war nach Ansicht des Bundesrates die Erklärung der «ausserordentliche Lage» und damit des Regimes nach [Art. 185 Abs. 3 BV](#) notwendig. Es wäre zu prüfen, ob der Bundesrat mit zu drastischen und zeitlich *überzogenen* – weil nicht durch eine *epidemiologisch bedingte* ausserordentliche Lage gerechtfertigten – epidemiologisch motivierten Massnahmen die wirtschaftlichen Folgeprobleme *der Covid-19-Pandemie* allenfalls unnötig verschlimmert hat. Diese Frage dürfte bei allfälligen künftigen Rechtsstreitigkeiten aller Art oder zumindest bei der politischen sowie journalistischen Aufarbei-

¹⁰² Rz. 40–44 vorne.

¹⁰³ Rz. 38 vorne.

¹⁰⁴ Rz. 39 vorne.

¹⁰⁵ Rz. 50–53 vorne.