

Postfach 1168, CH-8021 Zürich

GastroSuisse  
Verband für Hotellerie und Restauration  
Blumenfeldstrasse 20  
8046 Zürich

Isabelle Häner  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin  
isabelle.haener@bratschi.ch  
im Anwaltsregister eingetragen

Bratschi AG  
Bahnhofstrasse 70  
CH-8021 Zürich  
T +41 58 258 10 00  
F +41 58 258 10 99  
www.bratschi.ch

4008970

Zürich, 12. April 2021

## Rechtsgutachten

**über die Rechtmässigkeit der vom Bundesrat festgelegten Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie unter besonderer Betrachtung der Restaurantschliessungen**

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin/Dr. iur. Livio Bundi, Rechtsanwalt

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>I.</b>	<b>Sachverhalt und Fragestellung</b> .....	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Literatur, Gesetze, Materialien</b> .....	<b>6</b>
<b>A.</b>	<b>Literatur</b> .....	<b>6</b>
<b>B.</b>	<b>Materialien</b> .....	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>Rechtliches</b> .....	<b>8</b>
1.	Vorgaben des Covid-19-Gesetzes für gesundheitspolizeiliche Massnahmen ....	8
1.1	Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 2 <sup>bis</sup> und Art. 1a Covid-19-Gesetz .....	8
1.1.1	Mitbericht SGK-N, Antrag WAK-N und Erklärung des Nationalrats .....	8
1.1.2	Parlamentarische Beratungen .....	9
1.2	Zwischenfazit: Umfassende Abwägung der betroffenen Rechtsgüter .....	12
2.	Verfassungsrechtliche Vorgaben: Verhältnismässigkeitsprinzip, öffentliches Interesse, Schutzpflichten des Staates und Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) .....	12
2.1	Grundprinzipien staatlichen Handelns: Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) .....	12
2.2	Von der Restaurantschliessung betroffene Grundrechte: Staatliche Schutzpflichten, Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) .....	15
2.2.1	Staatliche Schutzpflichten .....	15
2.2.2	Schutzbereich und Einschränkungsvoraussetzungen der Wirtschaftsfreiheit ..	17
2.2.3	Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) .....	18
2.2.4	Öffentliche Interessen (Art. 36 Abs. 2 BV) .....	19
2.2.5	Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) .....	20
2.2.5.1	Eignung der Massnahme .....	20
2.2.5.2	Erforderlichkeit der Massnahme .....	21
2.2.5.3	Zumutbarkeit .....	22
2.2.5.4	Kerngehaltsgarantie .....	23
2.2.6	Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und Typisierung .....	23
2.3	Zwischenfazit .....	25
3.	Anforderungen an Kriterien und Richtwerte .....	25
3.1	Richtwerte als tatsächliche Entscheidungsgrundlagen des Bundesrats für Restaurantschliessungen .....	25
3.2	Rechtliche Einordnung der Kriterien und Richtwerte .....	27

3.3	Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ausschliesslich epidemiologischer Richtwerte .....	28
3.4	Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ungeeigneter Indikatoren/Richtwerte .....	29
3.4.1	Voraussetzungen an die Gefahrenabwehr .....	29
3.4.1.1	Inzidenz der Fälle.....	31
3.4.1.2	Letzter verfügbarer Wert der Reproduktionszahl $R_e$ .....	31
3.4.1.3	Todesfallzahlen.....	32
3.4.1.4	Zwischenfazit .....	33
3.5	Exkurs: Bemerkungen zum Kriterium der IPS-Auslastung.....	33
3.6	Leitlinien für rechtmässige Indikatoren/Richtwerte .....	34
<b>IV.</b>	<b>Zusammenfassung und Beantwortung der Gutachtensfragen.....</b>	<b>36</b>

## I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

- 1 Seitdem der Bundesrat die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie mit Änderung vom 18. Dezember 2020 verschärfte (Inkrafttreten am 22. Dezember 2020; AS 2020 5813), ist der Betrieb von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen grundsätzlich (erneut) verboten. Ausnahmen gelten lediglich etwa für Betriebe, die Speisen und Getränke als Takeaway anbieten oder für Restaurations- und Barbetriebe, die lediglich für Hotelgäste zur Verfügung stehen.
- 2 Mit Änderung des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 19. März 2021 (AS 2021 153) wurde der Bundesrat ausdrücklich verpflichtet, die Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens (im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie) festzulegen (in Kraft vom 20. März 2021 bis zum 31. Dezember 2021). Neu ist vorgesehen, dass der Bundesrat dabei nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen zu berücksichtigen hat (Art. 1a des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz; SR 818.102]).
- 3 Die verschiedenen Richtwerte, auf die sich der Bundesrat bei seinen Entscheidungen betreffend Lockerungen und Verschärfungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie stützt, sind über die Internetseite des Bundesamts für Gesundheit (BAG) zu finden ([www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) -> Krankheiten -> Aktuelle Ausbrüche und Epidemien -> Coronavirus -> Massnahmen und Verordnungen [zuletzt besucht am 12. April 2021]). Gemäss des dort herunterladbaren Faktenblatts des BAG vom März 2021 hat der Bundesrat für den Entscheid von Mitte April 2021 über einen möglichen weiteren Öffnungsschritt zusätzliche Richtwerte festgelegt. Im Vergleich zum letzten Öffnungsschritt vom 22. März 2021 wird auf die Positivitätsrate als Richtwert verzichtet. Als Grund dafür wird angeführt, dass diese im Rahmen der Ausweitung der Teststrategie in den nächsten Wochen an Aussagekraft und damit Bedeutung verliere. Neu werden jedoch als Richtwerte die

Hospitalisierungs- und Todesfallraten berücksichtigt. Die nachfolgende Tabelle gibt Aufschluss über die Indikatoren sowie die Richtwerte für den nächsten Öffnungsschritt:

<b>Indikator</b>	<b>Richtwerte nächster Öffnungsschritt</b>
14-Tages-Inzidenz der Fälle	Nicht höher als am Tag des Inkrafttretens des vorangehenden Öffnungsschritts (22.3.)
IPS Belegung Covid-19 (über 15 Tage gemittelt)	< 250 Betten
Letzter verfügbarer Wert der Reproduktionszahl $R_e$	<1.0
7-Tages-Inzidenz der Hospitalisierungen	Nicht höher als am Tag des Inkrafttretens des vorangehenden Öffnungsschritts
7-Tages-Inzidenz der Todesfälle	Nicht höher als am Tag des Inkrafttretens des vorangehenden Öffnungsschritts

*Quelle: Faktenblatt BAG Richtwerte April*

- 4 An seiner Sitzung vom 19. März 2021 hat der Bundesrat sodann offenbar entschieden, wie die bisherigen, von ihm festgelegten Richtwerte mit zunehmendem Impfstand der Bevölkerung gelockert werden können. Er hat dafür drei Phasen definiert (3-Phasen-Modell). Die Phase 1 soll solange gelten, bis alle Personen aus Risikogruppen vollständig geimpft sind. Der Bundesrat hat für die Phase 1 Richtwerte festgelegt, bei deren Überschreitungen Verschärfungen entschieden werden können sowie «Zielwerte nach Verschärfungen», deren Zweck jedoch nicht ersichtlich ist. Die Richtwerte bzw. Zielwerte für die Phase 1 werden vom Bundesrat wie folgt vorgeschlagen:

<b>Richtwerte Phase 1</b>		
<b>Indikator</b>	<b>Vorschlag Richtwert</b>	<b>Vorschlag Zielwert nach Verschärfungen</b>
14-Tages-Inzidenz	<350	<250
IPS Belegung Covid-19	<300 Betten	<250 Betten
7-Tages-Schnitt der Reproduktionszahl $R_e$	<1.15	<1
7-Tages-Schnitt der Hospitalisierungen	<80	<50

*Quelle: Merkblatt BAG 3-Phasen-Modell*

- 5 Das vorliegende Gutachten geht zunächst der Frage nach, ob Entscheidungen des Bundesrats betreffend Lockerungen und Verschärfungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, die sich auf die neu festgelegten Richtwerte

stützen, rechtmässig sind, insbesondere, ob diese in Einklang mit Art. 1a des Covid-19-Gesetzes und den bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen stehen. Sodann werden im Sinne eines Lösungsansatzes staatsrechtliche Leitlinien für Richtwerte aufgestellt, welche Entscheidungen des Bundesrates betreffend Lockerungen und Verschärfungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zugrunde zu legen sind.

## II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

### A. Literatur

#### 6 Literatur

- BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. BELSER/MOLINARI, Art. 7 BV)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. XX)
- EPINEY ASTRID, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. EPINEY, Art. 36 BV)
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2020
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Bern 2018
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Zürich 2008
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung. Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Zürich 1993
- RHINOW RENÉ A./SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. RHINOW ET AL.)

- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 2007
- WALDMANN BERNHARD, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. WALDMANN, Art. 35 BV)
- WIEDERKEHR RENÉ/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Zürich 2012
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, in: ZBJV 147/2011, 261 ff.
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, in: ZSR 139 (2020), 69 ff. (zit. ZÜND/ERRASS, Pandemie)

## **B. Materialien**

### 7 Materialien

- Botschaft des Bundesrats zu einer Änderung des Covid-19-Gesetzes betreffend Härtefälle, Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung und Kulturschaffende, zu einem Bundesbeschluss über die Finanzierung von Härtefallmassnahmen nach dem Covid-19-Gesetz und zu einer Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes, in: BBI 2021 285 ff. (zit. Botschaft Änderung Covid-19-Gesetz)
- Botschaft des Bundesrats zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), in: BBI 2011 311 ff. (zit. Botschaft EpG)
- Richtwerte Öffnungsschritt April, Faktenblatt des BAG vom März 2021 (zit. Faktenblatt BAG Richtwerte April)
- Schutzkonzept von GastroSuisse für das Gastgewerbe unter Covid-19, Version 14 vom 22. Dezember 2020 (zit. Schutzkonzept GastroSuisse)

- Sterblichkeit, Todesursachen und regionale Unterschiede, Robert Koch Institut, Gesundheitsberichterstattung des Bunds, Heft 52, April 2011 (zit. Heft RKI)
- Zunehmende Lockerung der Richtwerte bei zunehmender Verimpfung: 3-Phasen-Modell, Merkblatt des BAG vom 19. März 2021 (zit. Merkblatt BAG 3-Phasen-Modell)

### **III. RECHTLICHES**

#### **1. Vorgaben des Covid-19-Gesetzes für gesundheitspolizeiliche Massnahmen**

##### **1.1 Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 2<sup>bis</sup> und Art. 1a Covid-19-Gesetz**

###### **1.1.1 Mitbericht SGK-N, Antrag WAK-N und Erklärung des Nationalrats**

8 Im Hinblick auf die Änderung des Covid-19-Gesetzes vom 19. März 2021 wurde von Seiten der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) sowie von Seiten der Kommission des Nationalrats für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) die Forderung an den Nationalrat herangetragen, per 22. März 2021 die Wiedereröffnung der Gastronomiebetriebe vorzusehen. So hat die WAK-N mit 12 zu 11 Stimmen bei 1 Enthaltung dem Nationalrat die Aufnahme zweier konkreter Artikel in das Covid-19-Gesetz beantragt mit dem Hinweis, dass die epidemiologische Lage die Öffnung unter anderem der Restaurants erlaube und dass es angesichts der positiven Entwicklung nicht zu verantworten sei, das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben weiterhin auf Sparflamme zu halten (vgl. Medienmitteilung WAK-N vom 27. Februar 2021).

9 An derselben Sitzung vom 26. Februar 2021 hat die WAK-N zudem einen Antrag für eine Erklärung des Nationalrates eingereicht, welche den Bundesrat zu einer Anpassung seiner Strategie und zu weiteren Lockerungen auffordert. Der entsprechende Antrag wurde von einer Mehrheit des Nationalrats (97 Stimmen zu 90 Stimmen bei 6 Enthaltungen) am 3. März 2021 angenommen. Es handelt sich dabei um eine Erklärung gemäss Art. 32 seines Geschäftsreglements (GRN; SR 171.13), mit welcher der Nationalrat den Bundesrat dringlich auffordert, die

Corona-Massnahmen zu lockern. Gemäss der Erklärung sollte der Bundesrat unter anderem umgehend eine Strategieanpassung vornehmen, indem er intensivierte Testen und Impfen, Impfanreize und dafür mehr Öffnungen und weniger Verbote vorsieht. Weiter sollten ausdrücklich Gastrounternehmen wie auch Betriebe in den Bereichen Kultur, Unterhaltung, Freizeit und Sport ab dem 22. März 2021 – unter Einhaltung der notwendigen Schutzkonzepte wie Beschränkung der maximalen Besucherzahl etc. – geöffnet werden dürfen (vgl. Geschäfts-Nr. 21-028 des Parlaments).

### 1.1.2 Parlamentarische Beratungen

10 Das Covid-19-Gesetz bildet die Grundlage für gesundheitspolizeiliche Massnahmen im Zusammenhang mit Covid-19 wie auch für Massnahmen zur Bekämpfung der negativen Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft. Es wurde am 25. September 2020 von der Bundesversammlung verabschiedet und am 18. Dezember 2020 ein erstes Mal ergänzt (vgl. AS 2020 5821). Gegen das Gesetz wurde erfolgreich das Referendum ergriffen. Die Volksabstimmung ist für den 13. Juni 2021 vorgesehen (vgl. Botschaft Änderung Covid-19-Gesetz, S. 285).

11 Am 19. März 2021 wurde das Covid-19-Gesetz von der Bundesversammlung erneut geändert. Entgegen des Antrags der WAK-N wurde indes ein Artikel, welcher den Betrieb von Restaurationsbetrieben per 22. März 2021 wieder erlaubt hätte, mit 69 zu 121 Stimmen abgelehnt. Neu wurde unter anderem Art. 1a («Kriterien und Richtwerte») eingefügt, der wie folgt lautet:

*«Art. 1a Kriterien und Richtwerte*

*Der Bundesrat legt die Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens fest. Er berücksichtigt nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen.»*

12 Im bundesrätlichen Entwurf des geänderten Covid-19-Gesetzes war die besagte Bestimmung noch nicht enthalten. Beantragt wurde die Änderung im Ständerat mit dem Argument, dass sich der Bundesrat dadurch auf genauere Kriterien und

Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens stützen könne (vgl. Votum Gmür-Schönenberger, SR vom 4. März 2021, 21.016). In den Voten der ständerätlichen Sitzung zum Antrag kommt zum Ausdruck, dass teilweise die Auffassung herrschte, insbesondere Satz 2 der Bestimmung, wonach der Bundesrat bei seinen Entscheidungen nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen zu berücksichtigen hat, sei vom Gehalt her bereits im ebenfalls neu eingefügten Art. 1 Abs. 2<sup>bis</sup> enthalten (vgl. Voten Levrat und Maurer, SR vom 4. März 2021, 21.016). Die Mehrheit des Ständerats – Art. 1a wurde mit 24 zu 10 Stimmen bei 8 Enthaltungen angenommen – ist jedoch der Argumentation gefolgt, dass es einen generellen Strategiewechsel des Bundesrats hin zu mehr Lockerungen brauche (vgl. Votum Gmür-Schönenberger, SR vom 4. März 2021, 21.016). Es handelt sich bei Art. 1a vor dem Hintergrund der parlamentarischen Beratungen somit nicht um eine rein deklaratorische Bestimmung. Zudem ist festzuhalten, dass der zweite Satz von Art. 1a insbesondere bei Schliessungen von Unternehmen bereits in Art. 40 EpG zum Ausdruck kommt (vgl. Botschaft EpG, S. 392).

- 13 Art. 1 wurde sodann mit Abs. 2<sup>bis</sup> ebenfalls auf Antrag im Ständerat wie folgt ergänzt:

*«Art. 1 Gegenstand und Grundsätze*

*2<sup>bis</sup> Der Bundesrat orientiert sich an den Grundsätzen der Subsidiarität, Wirksamkeit und der Verhältnismässigkeit. Er richtet seine Strategie auf die mildest- und kürzestmögliche Einschränkung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens aus, indem Bund und Kantone zuvor sämtliche Möglichkeiten von Schutzkonzepten, von Test- und Impfstrategien sowie des Contact-Tracing ausschöpfen.»*

- 14 Der Gehalt von Satz 2 dieser Bestimmung entspricht jenem von Art. 40 Abs. 3 EpG. Ein wichtiger Mitauslöser für die Ergänzung von Art. 1 Abs. 2<sup>bis</sup> des Covid-19-Gesetzes – wie im Übrigen auch für die zuvor erfolgten Forderungen der Kommissionen betreffend Wiedereröffnung der Restaurants (vgl. vorne, Rz. 8 f.) – dürfte der sogenannte «Restaurantterrassenstreit» gewesen sein (vgl. Votum

Z'graggen, SR vom 4. März 2021, 21.016). Der Bundesrat hatte Ende Februar entgegen der klaren Forderung der Kantone beschlossen, dass die Gaststätten ihre Aussenbereiche nicht bereits ab dem 1. März 2021 wieder öffnen dürfen (vgl. dazu nur NZZ vom 25. Februar 2021, «Trotz Friedensgesprächen zu Ski-Terrassen: Vieles deutet auf Eskalation zwischen Rebellenkantonen und Bund hin»; AS 2021 110). In der Folge haben Ende Februar/anfangs März 2021 alle Kantone mit Skigebieten, die zuvor die Restaurantterrassen in den Skigebieten geöffnet liessen, diese auf Anweisung des Bundesrats hin geschlossen. Dadurch sind die Massnahmen des Bundesrates – soweit sie es nicht bereits vorher waren – in das Kreuzfeuer heftiger Kritik geraten (vgl. etwa NZZ Kommentar vom 24. Februar 2021, «Warum so stur? Die Restaurants dürfen die Terrassen nicht öffnen – der Bundesrat macht einen gefährlichen Fehler»; SRF-Sendung Arena vom 5. März 2021, «Corona-Diktatur Schweiz – wirklich?»). Der Bundesrat selber stellte in der parlamentarischen Debatte fest, dass er sich bislang stark auf den gesundheitlichen Aspekt fokussiert habe und der Weg fortan breiter werden müsse bzw. wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte einen höheren Stellenwert erhalten müssen (vgl. Votum Maurer, SR vom 4. März 2021, 21.016).

- 15 In den parlamentarischen Beratungen zu Art. 1 Abs. 2<sup>bis</sup> des Covid-19-Gesetzes kam zum Ausdruck, dass eine Mehrheit der Parlamentarierinnen und Parlamentarier trotz Bindung des Bundesrates an die Verfassungsgrundsätze diese auf Gesetzesstufe nochmals ausdrücklich genannt haben wollte. Die Verhältnismässigkeit der bundesrätlichen Eingriffe in die Grundrechte wie beispielsweise die Wirtschaftsfreiheit wurde mit der Fortdauer der Pandemie und insbesondere aufgrund der – wenn auch langsam – fortschreitenden Impfquote und dem damit einhergehenden höheren Immunisierungsgrad der gefährdetsten Gruppen in Frage gestellt bzw. verneint. Ebenfalls rückte die Frage nach den «Nebenwirkungen» der bisherigen Strategie des Bundesrates zur Bekämpfung der Pandemie für die Gesellschaft, die Menschen und ihr Zusammenleben, den sozialen Zusammenhalt, den sozialen Frieden, die Gesundheit im umfassenden Sinn, also auch für die psychische Gesundheit, sowie für die Volkswirtschaft und die Finanzen in den Fokus (vgl. Votum Z'graggen, SR vom 4. März 2021, 21.016).

## 1.2 Zwischenfazit: Umfassende Abwägung der betroffenen Rechtsgüter

16 Der Gesetzgeber wollte mit den neu eingefügten Art. 1 Abs. 2<sup>bis</sup> und 1a des Covid-19-Gesetzes die bundesrätlichen Befugnisse bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie zwar nicht grundsätzlich einschränken (der Antrag der WAK-N, im Covid-19-Gesetz per 22. März 2021 die Wiedereröffnung der Gastronomiebetriebe vorzusehen, wurde abgelehnt), jedoch insofern zurückbinden, als der Bundesrat an seine Bindung an die Verfassungsgrundsätze erinnert wird sowie daran, bei seinen Entscheidungen **eine umfassende Abwägung der betroffenen öffentlichen Interessen und Rechtsgüter** vorzunehmen. Mit Blick auf die bisherigen bundesrätlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie herrschte im Parlament überwiegend die Auffassung, der Bundesrat messe bei seinen Entscheidungen dem Gesundheitsschutz ein Übergewicht zu und müsse deshalb künftig nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen. Mit Einfügung von Art. 1a Covid-19-Gesetz sollte **der Bundesrat verpflichtet** werden, seine künftigen Entscheidungen betreffend Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie **aufgrund von Kriterien und Richtlinien zu fällen**, welche nebst der epidemiologischen Lage **auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen**.

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben: Verhältnismässigkeitsprinzip, öffentliches Interesse, Schutzpflichten des Staates und Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

### 2.1 Grundprinzipien staatlichen Handelns: Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV)

17 Die Entscheidungen des Bundesrats betreffend Lockerungen und Verschärfungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie sind gesundheitspolizeilich motiviert (vgl. hinten, Rz. 33). Polizeiliches Handeln unterliegt dabei den allgemeinen Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns. So müssen die entsprechenden Massnahmen jeweils im öffentlichen Interesse liegen und sie müssen

sich als verhältnismässig erweisen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; ZÜND/ERRASS, S. 272). Beim Begriff des öffentlichen Interesses handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, das verschiedenste Interessen umfassen kann, die sich hauptsächlich aus der Verfassung, den Ziel- und Zweckartikeln in Sachgesetzen sowie in seltenen Fällen aus Verordnungen gewinnen lassen. Grundsätzlich liegt alles im öffentlichen Interesse, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen. Auch der Schutz von Grundrechten Dritter gehört zu den öffentlichen Interessen (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1855, m.H.).

- 18 Die Entscheidungen des Bundesrats betreffend Schliessung der Restaurationsbetriebe im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie betreffen nebst dem polizeilichen Interesse des Gesundheitsschutzes eine Vielzahl von öffentlichen Interessen. Namentlich werden durch diese Massnahme auch verschiedene Grundrechtspositionen der von der Schliessung Betroffenen tangiert (vgl. dazu auch GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 779), so etwa die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) bzw. der Anspruch auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Im Weiteren sind mit den Restaurantschliessungen auch zahlreiche indirekten Folgen verbunden, wenngleich diese zum heutigen Zeitpunkt noch nicht immer vollständig nachgewiesen werden können (vgl. NZZ vom 6. Februar 2021, «Die Zahl der Corona-Toten wird täglich aufdatiert – über die Suizide weiss man aber erst 2022 Bescheid»). Die nun mehrmals verlängerte befristete Schliessung der Restaurationsbetriebe hat beispielsweise eine rekordhohe Arbeitslosenquote in der Gastronomiebranche zur Folge, was gleichzeitig auch zu einem Lehrstellenmangel führen dürfte. Im Kanton Zürich lag die Arbeitslosenquote im Gastronomiebereich bereits im Januar 2021 bei 11.4 Prozent und war damit so hoch wie in keiner anderen Branche. Die Beschäftigungsaussichten deuten insbesondere in der Gastgewerbebranche auf einen weiteren Stellenabbau hin (vgl. Medienmitteilung des Amts für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich vom 8. Februar 2021). Zu bedenken gilt dabei, dass sich die Auswirkungen der Arbeitslosigkeit gemäss allgemeiner Lebenserfahrung nicht nur auf die Arbeitslosen selbst beschränken, sondern insbesondere auch deren nahen Angehörigen beeinträchtigen können

und ein Problem für die Gesamtgesellschaft darstellen (Stichwort soziale Unruhen). Ebenso dürften monatelange Betriebsschliessungen einer gesamten Branche mit massiven Auswirkungen auf das Sozialversicherungs- und Sozialhilfesystem der Schweiz sowie insgesamt auf die Schweizerische Volkswirtschaft verbunden sein. Weitere Folgen von Betriebsschliessungen können psychische Krankheiten, eine steigende Suizidrate (vgl. NZZ am Sonntag vom 11. April 2021, S. 1 und 20, «Am Kinderspital Zürich hat sich die Zahl von Jugendlichen mit Suizidversuchen verdoppelt») oder auch Jugendkrawalle (vgl. Krawallnacht in St. Gallen vom 2. auf den 3. April 2021) sein.

19 Auf der anderen Seite sind jedoch auch Schutzansprüche der vor dem Covid-19-Virus zu schützenden Personen gegenüber dem Staat zu beachten (vgl. dazu sogleich, Rz. 22 ff.; ZÜND/ERRASS, Pandemie, S. 75 f.).

20 Es liegt am Bundesrat, eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche der involvierten öffentlichen Interessen in welcher Art und Weise verwirklicht werden können. Dabei sind die im konkreten Fall relevanten Interessen zu ermitteln, diese mit Hilfe rechtlich ausgewiesener Massstäbe zu beurteilen und schliesslich zu optimieren. Es gilt dabei der Grundsatz, dass keinem öffentlichen Interesse für sich alleine eine absolute Bedeutung zukommt (vgl. hierzu mit w.H. WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1910 f.). Zu beachten gilt es jedoch die grundsätzlich absolut geschützten Kerngehalte der Grundrechte.

21 Polizeiliches Handeln unterliegt im Weiteren dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), das heisst, eine behördliche Massnahme muss für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sein und muss sich für den Betroffenen in Anbetracht der Schwere des Eingriffs in private Interessen als zumutbar erweisen (vgl. zu den einzelnen Kriterien hinten, Rz. 35 ff.). Eine generell-abstrakte Verhältnismässigkeitsprüfung von Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten erweist sich aufgrund der verschiedenen Eigenschaften und Behandlungsmöglichkeiten übertragbarer Krankheiten und des gesellschaftlichen Wertewandels als schwierig (vgl. dazu auch BGE 131 II 670 E. 2.3 S. 675 f.). Je mehr Erkenntnisse jedoch über eine Krankheit und über Behandlungsmöglichkeiten gegen eine Krankheit

vorliegen, desto einfacher ist sie vorzunehmen. So wären bei der im April 2021 anstehenden Entscheidung des Bundesrats betreffend die (weitere) Schliessung der Restaurationsbetriebe im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips zwingend die Fortschritte bei der Impfung, die neuen Möglichkeit des Selbsttests, die erweiterten Einsatzmöglichkeiten des Testens aber auch Erfahrungen und Erkenntnisse über den bisherigen Verlauf der Pandemie miteinzubeziehen (so beispielsweise die positiven Erfahrungen mit den geöffneten Skigebieten in der Wintersaison 2020/21). In diesem Sinn ist denn auch der neu eingefügte Art. 1 Abs. 2 bis Covid-19-Gesetz zu verstehen. Darin wird das Verhältnismässigkeitsprinzip explizit erwähnt und der Bundesrat wie in Art. 40 Abs. 3 EpG dazu verpflichtet, seine Strategie auf die mildest- und kürzestmögliche Einschränkung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens auszurichten, indem Bund und Kantone zuvor sämtliche Möglichkeiten von Schutzkonzepten, von Test- und Impfstrategien sowie des Contact-Tracings ausschöpfen.

## **2.2 Von der Restaurantschliessung betroffene Grundrechte: Staatliche Schutzpflichten, Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)**

### **2.2.1 Staatliche Schutzpflichten**

22 Grundrechte vermitteln den Einzelnen nicht nur einklagbare Abwehrrechte gegenüber staatlichen Einschränkungen, sondern beinhalten gemäss Lehre und Rechtsprechung – abgeleitet vom konstitutiv institutionellen Grundrechtsverständnis – auch eine Schutzdimension (vgl. hierzu eingehend WALDMANN, Art. 35 BV, Rz. 40 ff.). Die sich aus Grundrechten ergebenden Schutzansprüche einzelner Betroffener bewirken auf staatlicher Seite entsprechende Schutzpflichten. Ausdrücklich verankert ist die staatliche Schutzpflicht beim Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV). Diese verpflichtet den Träger staatlicher Macht nicht nur im Rahmen von Art. 7 BV, sondern überall wo Kerngehalte von Grundrechten berührt oder gefährdet sind (vgl. hierzu BELSER/MOLINARI, Art. 7 BV, Rz. 66 ff.).

- 23 Während die sogenannten präventiven Schutzpflichten die drohende Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzguts verhindern wollen, sind die kurativen Schutzpflichten darauf ausgerichtet, die Folgen einer Grundrechtsbeeinträchtigung zu beseitigen oder gegebenenfalls zu entschädigen (vgl. hierzu KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 17 ff.). Die staatlichen Schutzpflichten verwirklichen insofern das in Art. 35 Abs. 3 BV verankerte Gebot, wonach Behörden dafür zu sorgen haben, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 90).
- 24 Die Schutzpflicht betrifft in erster Linie den Gesetzgeber. Er hat den Schutz der Grundrechte vor Verletzungen oder ernsthaften (abstrakten) Bedrohungen zu sichern. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Gesetzgeber (neben anderen Schutzaufträgen) sämtliche Grundrechtsinteressen zu beachten hat und kein bestimmtes Grundrecht zulasten aller anderen pauschal bevorzugen darf (vgl. WALDMANN, Art. 35, Rz. 45).
- 25 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begründen Grundrechte auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden (vgl. BGE 140 II 315 E. 4.8 S. 330). Es lässt sich in diesem Sinne festhalten, dass die grundrechtlichen Schutzgüter Menschenwürde und auch Leib und Leben (vgl. Art. 10 BV) vor Beeinträchtigungen bewahrt werden sollen, gleich ob die Gefahr vom Staat, von Privaten oder von Umwelt- und Naturkatastrophen oder – wie hier – von Infektionskrankheiten ausgeht (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 17).
- 26 Damit ist festzuhalten, dass dem Bundesrat in einer Pandemie grundsätzlich immer auch die Pflicht zukommt, die Menschenwürde bzw. das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit der Grundrechtsträger vor – mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit – drohenden Grundrechtsbeeinträchtigungen zu schützen.

## 2.2.2 **Schutzbereich und Einschränkungsvoraussetzungen der Wirtschaftsfreiheit**

- 27 Vom Entscheid der Schliessung von Gastronomiebetrieben ist primär das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit von natürlichen und juristischen Personen betroffen. Gemäss Art. 27 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet (Abs. 1). Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Abs. 2). Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit zielt wie die Grundrechte generell primär auf den Schutz der Persönlichkeit des einzelnen Menschen ab bzw. dient der Gewährleistung der Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich. Es geht bei der Wirtschaftsfreiheit somit mehr als um nur eine enge, rein am Gewinn orientierte Sicht des Wirtschaftens (vgl. MÜLLER/SCHÉFER, S. 1052; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rz. 30).
- 28 Aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen wird sodann der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten abgeleitet (vgl. Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV). Der Grundsatz vermittelt dem wirtschaftenden Individuum als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit einen spezifischen (Rechts-)Anspruch auf wettbewerbsneutrale Ausgestaltung staatlicher Massnahmen (vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rz. 70). Das Gebot der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot. So kann eine staatliche Ungleichbehandlung auf vernünftigen, sachlichen Gründen beruhen und damit mit dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV vereinbar sein, aber trotzdem in unzulässiger Weise vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen. Dies ist dann der Fall, falls die vorgenommene Differenzierung nicht genügend wettbewerbsneutral ist, wenn einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder durch staatlich geregelten Marktzugang beziehungsweise -ausschluss begünstigt oder benachteiligt werden (vgl. BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291; OESCH, S. 74). Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten würde etwa dann vorliegen, wenn den Restaurationsbetrieben im Gegensatz zu Take-Away-Betrieben das Take-Away-Angebot verboten würde.

29 Beim (temporären) Verbot des Betriebs unter anderem von Restaurationsbetrieben (vgl. Art. 5a Covid-19-Verordnung besondere Lage) handelt es sich um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der natürlichen und juristischen Personen, welche ein Restaurant betreiben, zumal ihnen die Abgabe von Speisen oder Getränken gegen Entgelt zum Konsum vor Ort und damit die freie Ausübung des Berufs untersagt wird, was einem (temporären) Berufsverbot gleichkommt (vgl. zum Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit im Zusammenhang mit Restaurants BGE 136 I 29 E. 3.2 S. 32 f.; generell zum sachlichen Schutzbereich siehe VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rz. 22 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 1052 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31, Rz. 28 ff.).

30 Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen den Anforderungen von Art. 36 BV entsprechen. Sie bedürfen damit zunächst einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Abs. 1). Sodann müssen Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Abs. 2) sowie verhältnismässig sein (Abs. 3). Schliesslich ist der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar (Abs. 4). Nachfolgend soll näher aufgezeigt werden, welche Anforderungen Art. 36 BV an ein Verbot von Restaurationsbetrieben stellt.

### **2.2.3 Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)**

31 Eine derart schwerwiegende grundrechtliche Einschränkung wie die vorliegende Schliessung von Restaurationsbetrieben bedarf einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn. Zuzufolge Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) kann der Bundesrat in einer besonderen Lage nach Anhörung der Kantone unter anderem Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (lit. a) oder Massnahmen gegenüber der Bevölkerung (lit. b) treffen. Seit Juni 2020 gilt in der Schweiz die besondere Lage gemäss Art. 6 EpG (vgl. nur Medienmitteilung BAG vom 27. Mai 2020, «Coronavirus: Bundesrat beschliesst weitgehende Lo-

ckerungen per 6. Juni»), womit der Bundesrat nach Anhörung der Kantone insbesondere auch Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen kann (vgl. Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG). Das grundsätzliche Verbot des Betriebs von Restaurationsbetrieben vermag sich somit auf das EpG und damit auf ein Gesetz im formellen Sinn abzustützen.

#### **2.2.4 Öffentliche Interessen (Art. 36 Abs. 2 BV)**

32 Der allgemeine, für jedes Staatshandeln geltende Rechtsgrundsatz von Art. 5 Abs. 2 BV wird in Art. 36 Abs. 2 BV als Schranke für die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen konkretisiert (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 107). Grundsätzlich liegt all das im öffentlichen Interesse, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 315; vgl. bereits vorne, Rz. 17). Typische öffentliche Interessen stellen die sogenannten Polizeigüter dar, welche heute unter dem Oberbegriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zusammengefasst werden und wozu unter anderem die öffentliche Gesundheit gehört. Das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Gesundheit schützt die Bevölkerung von Schädigungen ihrer Gesundheit (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 110; ZÜND/ERRASS, S. 270 f.). Daneben existieren jedoch auch zahlreiche öffentliche Interessen nichtpolizeilicher Natur, wobei die Nennung eines Anliegens in der Bundes- oder einer Kantonsverfassung ein starkes Indiz, aber keine zwingende Voraussetzung ist. Eine abschliessende Liste der möglichen Interessen gibt es nicht (vgl. BIAGGINI, Art. 36, Rz. 19; vgl. zum öffentlichen Interesse auch vorne, Rz. 17 ff.).

33 Die Massnahmen des Bundesrats gegenüber privaten Gastrounternehmen wie die Anordnung der Schliessung des Betriebs sind gesundheitspolizeilich motiviert (vgl. Botschaft EpG, S. 329). Sie sollen dem Schutz des Menschen vor dem Coronavirus als übertragbare Krankheit dienen (vgl. Art. 1 EpG). Insoweit liegt ein legitimes öffentliches Interesse vor, welches eine Grundrechtseinschränkung grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.

## 2.2.5 Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

34 Das legitime polizeiliche Interesse am Schutz der Gesundheit bzw. allenfalls am Schutz von Leib und Leben genügt für sich alleine nicht zur Rechtfertigung des vorliegenden, mit dem einstweiligen Berufsausübungsverbot verbundenen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit. Vielmehr muss die Einschränkungsmotivation die im konkreten Einzelfall infrage stehende Einschränkung des konkret infrage stehenden Grundrechtsanspruchs rechtfertigen, was anhand der Verhältnismässigkeitsprüfung zu entscheiden ist (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 119 f.).

### 2.2.5.1 Eignung der Massnahme

35 Eine behördliche Massnahme wie hier das Verbot des Betriebs unter anderem von Restaurationsbetrieben muss zunächst geeignet sein, das angestrebte Ziel, vorliegend den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung im Zusammenhang mit dem Covid-19-Virus, zu erreichen (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 321). Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel keine Wirkungen entfaltet (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 127).

36 Ob das Verbot des Betriebs von Restaurationsbetrieben überhaupt geeignet ist, die Gesundheit der Bevölkerung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zu schützen, ist in Anbetracht des Mangels an einer aussagekräftigen Datenlage bzw. an klaren wissenschaftlichen Erkenntnissen fraglich (vgl. hierzu NZZ vom 16. Februar 2021, «Der Bundesrat muss im Blindflug über Läden und Beizen entscheiden»). Mit Blick auf den bisherigen Verlauf der Pandemie bzw. der bislang getroffenen behördlichen Massnahmen ist die Geeignetheit der Restaurant-schliessungen zum Gesundheitsschutz nicht ersichtlich. So führte die Wiedereröffnung von Schulen, Läden und Gastronomie ab dem 11. Mai 2020 (vgl. hierzu Medienmitteilung BAG vom 29. April 2020) weder zu einer merklichen Zunahme der täglichen Neuinfektionen, noch zu einer merklichen Zunahme von Hospitalisierungen und Todesfällen im Zusammenhang mit dem Covid-19-Virus. Zu beachten ist indes, dass die Wiedereröffnung der Restaurationsbetriebe ab dem

11. Mai 2020 lediglich unter strengen Auflagen erfolgte (vgl. hierzu Medienmitteilung BAG vom 29. April 2020). Weiter ist anzuführen, dass das BAG am 2. August 2020 selbst eine Tabelle veröffentlicht hat, in welcher mittels klinischem Meldeformular die Exposition von 793 laborbestätigten Fällen aufgelistet wird. Daraus geht hervor, dass lediglich 1.6 % der mit dem Covid-19-Virus infizierten Personen sich in Bars oder Restaurants angesteckt haben.

- 37 Immerhin lassen sich wohl Studien anführen, welche dem Restaurantbesuch ein gewisses Infektionsrisiko attestieren. So gibt es beispielsweise eine amerikanische Studie, welche zum Schluss kommt, dass ein Besuch von Restaurants und Bars mit einem potenziellen Infektionsrisiko einhergeht, welches grösser ist, wenn bei den Gästen eine fehlende Maskendisziplin herrscht (vgl. SARS-CoV-2: Restaurantbesuch als Infektionsrisiko, aerzteblatt.de vom 16. September 2020). Aus diesem Fazit kann jedoch e contrario geschlossen werden, dass bei Einhaltung von geeigneten Schutzkonzepten das potentielle Infektionsrisiko sinkt.

#### **2.2.5.2 Erforderlichkeit der Massnahme**

- 38 Bei einer in ein Grundrecht eingreifenden Massnahme hat es sich um den geringstmöglichen Eingriff zu handeln, das heisst, eine Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 322). Dabei sind alle relevanten Dimensionen zu prüfen, das heisst der Grundrechtseingriff hat in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht das mildeste Mittel darzustellen (vgl. EPINEY, Art. 36 BV, Rz. 56).
- 39 Anstelle der aufgrund von Art. 5a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage angeordneten Schliessung unter anderem von Restaurationsbetrieben wäre beispielsweise eine Öffnung der Restaurationsbetriebe unter Einhaltung von Schutzkonzepten zu prüfen (vgl. hierzu Schutzkonzept GastroSuisse). Anstelle der Schliessung aller Restaurationsbetriebe wäre sodann auch denkbar, zumin-

dest Restaurantterrassen und Restaurantgärten von der Schliessung auszunehmen. Diesfalls müsste jedoch gewährleistet sein, dass der ohnehin schon schwere Zugang zu Härtefallgeldern nicht noch weiter erschwert wird.

- 40 Die Wiedereröffnung der Restaurants am 11. Mai 2020 unter strengen Auflagen hat jedenfalls aufgezeigt, dass damit weder ein negativer Einfluss auf die Anzahl der täglichen Neuinfektionen noch eine merkliche Zunahme von Hospitalisierungen und Todesfällen im Zusammenhang mit dem Covid-19-Virus verbunden ist.

### 2.2.5.3 Zumutbarkeit

- 41 Eine Einschränkung eines Grundrechts ist schliesslich unbesehen ihrer Eignung und Erforderlichkeit nur dann verhältnismässig, wenn sie dem Einzelnen auch zumutbar ist. Zwischen der konkreten Einschränkungswirkung und dem mit der Einschränkung verfolgten öffentlichen Interesse muss ein vernünftiges Verhältnis bestehen, was ein sorgfältiges Gewichten und Abwägen zwischen den im Spiel stehenden Interessen voraussetzt (vgl. hierzu KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 139 f.; siehe sodann BGE 91 I 457 E. 3b S. 464). Dabei muss die Prüfungsdichte umso höher sein, je intensiver bzw. schwerwiegender der Grundrechtseingriff ist (vgl. EPINEY, Art. 36 BV, Rz. 59). Angesichts der mit einer monatelangen – wenn auch jeweils temporären – Betriebsschliessung vorliegenden fast vollständigen Zurückbindung der grundrechtlich vermittelten Ansprüche (erlaubt bleiben etwa Takeaway, Lieferdienste und Betriebskantinen sowie seit relativ kurzer Zeit die «Beizen für Büezer» [vgl. Art. 4 Abs. 3 Covid-19-Gesetz]) und des damit vorliegenden massiven Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit der Betroffenen, gilt somit zu bedenken, dass die unter dem Titel der Zumutbarkeit vorzunehmende Interessensabwägung umfassend und differenziert zu erfolgen hat (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 33). Miteinzubeziehen ist insbesondere auch der Umstand, dass die Wirtschaftsfreiheit auf den Schutz der Persönlichkeit des einzelnen Menschen abzielt bzw. der Gewährleistung der Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich dient (vgl. vorne, Rz. 27). Wenn der wirtschaftliche Betrieb jedoch untersagt wird, hat dies – selbst wenn Entschädigungszahlungen geleistet werden und Kurzarbeit möglich ist – einschneidende Folgen auf die Entfaltung der Persönlichkeit der Betroffenen. Arbeit bedeutet in

diesem Sinne nicht nur blosser Lebensunterhalt, sondern vielmehr Lebensinhalt und berufliche Erfüllung.

42 Bei der Prüfung der Zumutbarkeit geht es sodann nicht nur um eine Abwägung der infrage stehenden öffentlichen Interessen mit dem Grundrechtseingriff, sondern es müssen auch entgegenstehende Grundrechtsinteressen in die Abwägung miteinbezogen werden (vgl. EPINEY, Art. 36 BV, Rz. 57). So stehen den von den Restaurantschliessungen betroffenen Trägern der Wirtschaftsfreiheit die Träger der Menschenwürde (Art. 7 BV), des Rechts auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) gegenüber (vgl. vorne, Rz. 22 ff.). Hier gilt indes zu beachten, dass Betriebe die Grundrechtsinteressen Dritter mittels gut umgesetzter Schutzkonzepte weitgehend befriedigen können.

#### **2.2.5.4 Kerngehaltsgarantie**

43 Wie die anderen Grundrechte hat auch das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit einen unantastbaren Kernbereich, das heisst einen Bereich, der in jedem Fall von den staatlichen Organen zu beachten ist (vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rz. 112). In der Lehre wird der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit etwa durch das Verbot, überhaupt eine Erwerbstätigkeit auszuführen, durch den staatlichen Zwang zu einer bestimmten Berufstätigkeit oder staatliche Zwangsarbeit als verletzt angesehen (vgl. RHINOW ET AL., § 5, Rz. 131 ff.; RICHLI, Rz. 323 f.).

44 Das (temporäre) Verbot der Führung von Restaurationsbetrieben stellt ein (temporäres) Berufsverbot dar und liegt mit seiner stetigen Verlängerung nahe an einem unzulässigen Eingriff in den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit. Dies gilt umso mehr, weil durch die immer wieder verlängerten Anordnungen der Betriebsschliessung wirtschaftliche Existenzen ernsthaft bedroht werden.

#### **2.2.6 Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und Typisierung**

45 Bei Betrachtung der bundesrätlichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Covid-19-Virus fällt auf, dass trotz der normativen Vorgabe von Art. 8 Abs. 1 BV,

Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln, vom Bundesrat Typisierungen vorgenommen werden. So wird etwa der Betrieb von Restaurationsbetrieben, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen im selben Artikel der Covid-19-Verordnung besondere Lage gleichermassen verboten (vgl. Art. 5a Abs. 1). Eine sachliche Differenzierung zwischen einem Restaurations- und einem Bar- oder Diskothekenbetrieb erfolgt damit entgegen Art. 8 Abs. 1 BV nicht. Bei genauerer Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse wäre eine differenzierte Behandlung etwa von Restaurants und Bars oder von Restaurants mit und ohne Terrassen durchaus geboten. So dürfte das Ansteckungsrisiko auf einer Restaurantterrasse merklich geringer sein als in einer Bar. Auch bei den vom Bundesrat festgelegten Indikatoren und Richtwerten werden Typisierungen verwendet. So wird beispielsweise auf die laborbestätigten Todesfälle abgestellt, ohne dass diese weiter nach Alterskategorien und nach Vorerkrankungen aufgeteilt werden.

- 46 Eine Typisierung in der Rechtsetzung liegt vor, wenn auf eine sachliche Differenzierung aus Gründen der Praktikabilität oder Rechtssicherheit bewusst verzichtet wird, obschon sie mit auf den Regelungszweck geboten wäre (vgl. OESCH, S. 88 f.). Nach Lehre und Rechtsprechung muss die Typisierung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Das heisst, sie muss geeignet sein, um das Ziel der Praktikabilität oder Rechtssicherheit zu erreichen, es darf keine gleichermassen geeignete, in ihrer Wirkung jedoch mildere Typisierungsformen geben und die Typisierung darf nicht zu stossenden Ungleichheiten führen bzw. muss zumutbar sein (vgl. OESCH, S. 304 f., m.H. auf die Rechtsprechung).
- 47 Es ist zu bezweifeln, dass die in Art. 5a Covid-19-Verordnung besondere Lage aber auch die bei den Indikatoren und Richtwerten vorgenommenen Typisierungen in diesem Pandemiestadium durch Praktikabilitäts- oder Rechtssicherheitsüberlegungen gerechtfertigt sind (vgl. auch hinten, Rz. 79).

## 2.3 Zwischenfazit

48 Aus den vorstehend dargelegten (bundes-)verfassungsrechtlichen Vorgaben können zwar keine unmittelbaren Rezepte für die Pandemiebekämpfung abgeleitet werden. **Der Bundesrat ist jedoch gehalten, sämtliche Bestimmungen und Wertungen der Bundesverfassung in seine Entscheidungsfindungen miteinzubeziehen und zu berücksichtigen.** Beim im April anstehenden Entscheid über die Weiterschliessung bzw. Aufhebung der Schliessung von Restaurationsbetrieben hat der Bundesrat **verschiedenste öffentliche Interessen sowie die involvierten, kollidierenden Grundrechte zu erfassen und in einem Abwägungsprozess zu bewerten.** Die derzeit vorliegenden, vom BAG publizierten Indikatoren und Richtwerte vermögen diesen Prozess in keiner Weise abzubilden. Insbesondere **muss künftig dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit das nötige Gewicht beigemessen werden**, zumal die immer wieder neu angeordneten temporären Betriebsschliessungen unter anderem durchaus einen unzulässigen Eingriff in den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit darstellen können und damit rechtsstaatlich besonders problematisch sind.

## 3. Anforderungen an Kriterien und Richtwerte

### 3.1 Richtwerte als tatsächliche Entscheidungsgrundlagen des Bundesrats für Restaurantschliessungen

49 Der Bundesrat stützte sich bei seinen bisherigen Entscheidungen über die Lockerungen und Verschärfungen im Zusammenhang der Covid-19-Pandemie auf verschiedene, ausschliesslich gesundheitsbezogene bzw. epidemiologische Indikatoren und Richtwerte ab, welche teilweise unzureichend kommuniziert wurden und werden. Auch für den Entscheid über Lockerungen im April bestehen (neue) Richtwerte (vgl. NZZ vom 24. März 2021, «BAG und Bundesrat verwirren mit neuen, unangekündigten Richtwerten für Lockerungen»; siehe dazu auch vorne, Rz. 3).

50 Der Bundesrat gibt an, zu Beginn der Pandemie noch mit Automatismen gearbeitet zu haben (z.B. Grenze von 60 Ansteckungen pro 100'000 Einwohner als

Obergrenze für Einstufung als Risikoland). In der Folge habe man dann jedoch gemerkt, dass Flexibilität nötig sei. Die Richtwerte würden helfen zu entscheiden; der Entscheid erfolge jedoch nicht automatisch. Zudem würden sich die Kriterien mit der Zeit entwickeln und ändern (vgl. Votum Berset, NR vom 8. März 2021, 21.016).

51 Im Vorfeld des Entscheids des Bundesrats vom 22. März 2021 betreffend eine weitere Schliessung oder Wiedereröffnung von Restaurationsbetrieben, wurde der Bundesrat mittels einer dringlichen Interpellation (vgl. Interpellation 21.3051 NR Büchel vom 3. März 2021) unter anderem gefragt, ob er bereit sei, nach Annahme der Erklärung des Nationalrats (vgl. vorne, Rz. 9) die Restaurants auf den 22. März 2021 zu öffnen. In seiner Stellungnahme vom 12. März 2021 antwortete der Bundesrat darauf wie folgt: «Der zweite Öffnungsschritt soll am 22. März 2021 erfolgen. Den Inhalt dieses Öffnungsschrittes wird der Bundesrat an seiner Sitzung am 19. März festlegen. Für die Beurteilung hat der Bundesrat Richtwerte festgelegt: Die Positivitätsrate soll unter fünf Prozent, die Auslastung der Intensivplätze mit Covid-19-Patientinnen und -Patienten unter 250 belegten Betten und die durchschnittliche Reproduktionszahl über die letzten 7 Tage unter 1 liegen. Zudem soll die 14-Tages-Inzidenz am 17. März 2021 nicht höher sein als bei der Öffnung am 1. März 2021.»

52 Bereits aus dieser Antwort des Bundesrats erhellt, dass die Richtwerte zwar keine automatische Wirkung entfalten im Sinne, dass sie automatisch zu bestimmten Massnahmen führen, der Bundesrat jedoch bei seinen Entscheiden betreffend weitere Schliessung oder Wiedereröffnung von Restaurationsbetrieben ausschliesslich auf die von ihm festgelegten gesundheitsbezogenen Indikatoren und Richtwerte abgestellt hat. Wenn der Bundesrat in der Antwort zur Interpellation sodann ausführt, er habe sich seit Beginn der Covid-19-Pandemie zum Ziel gesetzt, gleichzeitig zur Gewährleistung des gesundheitlichen Schutzes der Bevölkerung die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie zu minimieren, dürfte er damit ausschliesslich seine Bemühungen für finanzielle Entschädigungen im Zusammenhang mit seinen Massnahmen angesprochen haben.

53 Den Verzicht auf weitere Öffnungen, unter anderem auch von Restaurationsbetrieben, hat der Bundesrat denn auch damit begründet, das Risiko eines unkontrollierten Anstiegs der Fallzahlen sei «derzeit zu gross, nachdem die Zahl der Infektionen seit Ende Februar wieder zunimmt». Drei der vier Richtwerte, die der Bundesrat für den zweiten Öffnungsschritt festgelegt habe, würden seit mehreren Tagen nicht erfüllt. Es gebe zudem Hinweise, dass die neuen Virusvarianten nicht nur viel ansteckender, sondern auch tödlicher seien (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 19. März 2021 «Coronavirus: Erleichterungen für private Treffen ab dem 22. März; weitere Öffnungen wegen Anstieg der Fallzahlen verschoben»).

### **3.2 Rechtliche Einordnung der Kriterien und Richtwerte**

54 Bei den im Faktenblatt des BAG festgelegten Indikatoren und Richtwerten (vgl. vorne, Rz. 3) handelt es sich wie soeben ausgeführt um Entscheidungsgrundlagen des Bundesrats, welche dieser regelmässig publizieren lässt. Es handelt sich mithin um eine Meinungsäusserung des Bundesrats darüber, wie er gedenkt, seine ihm durch das Covid-19-Gesetz eingeräumten besonderen Befugnisse zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie auszuüben. Damit dürfte auch eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Rechtsanwendung bezweckt werden. Der Bundesrat auferlegt sich somit selbst gewisse Regeln für seine Entscheidungsfindung. Es handelt sich bei den Richtwerten für den Öffnungsschritt somit um Verwaltungsverordnungen bzw. um ein «Innenrecht», welches grundsätzlich keine Aussenwirkungen entfaltet und damit für die Privaten auch nicht rechtswirksam ist. Verwaltungsverordnungen sind keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts (vgl. zum Ganzen WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 457 ff.). Der Bundesrat bzw. das BAG haben sich damit unabhängig von den publizierten Richtwerten stets an die gesetzlichen Vorgaben sowie an die Vorgaben in der Bundesverfassung zu halten.

### 3.3 Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ausschliesslich epidemiologischer Richtwerte

- 55 Die Indikatoren und Richtwerte, welche dem Bundesrat als Entscheidungsgrundlage für allfällige Lockerungen oder Verschärfungen seiner Massnahmen dienen, waren bislang ausschliesslich gesundheitsbezogen bzw. epidemiologischer Natur (aktuell: Inzidenz der Fälle, Auslastung von IPS-Plätzen, R-Wert, Hospitalisations- und Todesfallrate).
- 56 Art. 1a Covid-19-Gesetz hält jedoch fest, dass der Bundesrat bei der Festlegung der Kriterien und Richtwerten für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen muss. Mit anderen Worten ist der Bundesrat damit gesetzlich dazu verpflichtet, wozu er bereits von Verfassungs wegen verpflichtet ist: Er hat seine Entscheidung nicht allein im polizeilichen Interesse des Gesundheitsschutzes zu treffen, sondern hat darüber hinaus auch andere öffentliche Interessen in seine Entscheidungsfindung miteinzubeziehen und diese umfassend abzuwägen (vgl. vorne, Rz. 48). Der Einbezug aller wesentlichen öffentlichen Interessen und die umfassende Abwägung der betroffenen öffentlichen Interessen und Rechtsgüter ist dem Bundesrat umso mehr zuzumuten, als seit Pandemiebeginn bereits mehr als ein Jahr vergangen ist, nunmehr neue Testmöglichkeiten sowie erweiterte Einsatzmöglichkeiten des Testens bestehen, man bei den durch Covid-19 besonders gefährdeten Personen bzw. Personengruppen bereits die Impfungen abschliessen konnte sowie täglich eine grössere Anzahl an vollständig geimpften Personen feststellen kann.
- 57 Die im Faktenblatt BAG Richtwerte April publizierte Indikatoren sowie Richtwerte für den nächsten Öffnungsschritt bzw. die nächste Verschärfung erweisen sich vor diesem Hintergrund als unvollständig und vermögen in keiner Weise, die von Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen an die Entscheidungsfindung bei der Frage von Betriebsschliessungen abzubilden. Ein Bundesratsentscheid, der sich mehr als 1 Jahr nach Pandemieausbruch immer noch ausschliesslich auf rein epidemiologische Indikatoren und

Richtwerte abstützt und damit sämtliche gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Überlegungen im Vorfeld einer Entscheidung ausblendet, widerspricht Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie grundlegenden Verfassungsbestimmungen wie Art. 5 Abs. 2 BV und im Einzelfall Art. 27 BV.

58 Aufgrund von Art. 1a Covid-19-Gesetz ergibt sich die Verpflichtung des Bundesrats, Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens festzulegen und dabei nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen zu berücksichtigen. Welcher Art derartige Indikatoren und Richtwerte sein könnten, wird hinten unter Rz. 78 ff. ausgeführt.

### **3.4 Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ungeeigneter Indikatoren/Richtwerte**

#### **3.4.1 Voraussetzungen an die Gefahrenabwehr**

59 Der Bundesrat hat die Schliessung der Restaurationsbetriebe aus gesundheitspolizeilichen Motiven gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 40 EpG veranlasst. Eine polizeiliche Gefahrenabwehr setzt zunächst eine Gefahr bzw. Gefährdung voraus. Nur bei Vorliegen einer Gefahr kann auch eine besondere Lage gemäss Art. 6 Abs. 1 EpG bestehen (ob eine solche tatsächlich vorliegt, wird in diesem Gutachten nicht geprüft). So werden denn auch in Art. 6 Abs. 1 EpG unter anderem die Anforderungen aufgestellt, dass eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr besteht (Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 EpG) oder eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 und lit. b EpG) oder schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche zu befürchten sind (Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 EpG).

60 Die Gefahr bzw. Gefährdung ist im Sinne des materiellen Polizeibegriffs eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt (vgl. ZÜND/ERRASS, S. 266 f.). Dies bedeutet zwar nicht, dass der Schaden mit Gewissheit eintreten muss. Es genügt jedoch auch nicht jede

entfernte Möglichkeit eines Schadens. Die Schadensprognose wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung oder allenfalls gestützt auf klare wissenschaftliche Erkenntnisse gestellt. Dabei gilt: Je grösser der mögliche Schaden ist und je hochwertiger das gefährdete Rechtsgut ist, desto geringere Anforderungen sind an das Kriterium der Wahrscheinlichkeit zu stellen (vgl. REINHARD, S. 107 f.).

61 Die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gelten auch für das polizeiliche Handeln (vgl. dazu bereits vorne, Rz. 17). So gelten insbesondere die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (vgl. dazu vorne, Rz. 17 ff.). Besteht eine Gefahr im Sinne der vorgenannten Definition, sind die notwendigen Massnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen (vgl. ZÜND/ERRASS, S. 272). Die notwendigen Massnahmen müssen dabei im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips wiederum von der Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts sowie vom jeweils gefährdeten Rechtsgut bzw. von der Grösse der Gefahr abhängen. So sind strenge Massnahmen etwa verbunden mit massiven Grundrechtsbeschränkungen eher zu rechtfertigen, je grösser der mögliche Schaden und je hochwertiger das gefährdete Rechtsgut ist. Dagegen lassen sich strenge Massnahmen etwa verbunden mit massiven Grundrechtsbeschränkungen kaum rechtfertigen, wenn nur ein relativ geringer Schaden zu befürchten ist.

62 Die vom Bundesrat aufgestellten Indikatoren und Richtwerte müssen insofern die richtigen Entscheidungsgrundlagen für die angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr liefern. Damit wiederholte temporäre Betriebsschliessungen – wie vorliegend – überhaupt in Betracht kommen bzw. erforderlich sind, müssten sich (die Mehrheit) der Indikatoren bzw. Richtwerte vor allem auf die Eruierung von möglichen schweren Schäden und Gefährdungen von Leib und Leben konzentrieren. Bei den nachfolgend – in der notwendigen Kürze – betrachteten Richtwerten ist höchst fraglich bzw. muss verneint werden, dass sie zu einer richtigen Entscheidungsfindung für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr beizutragen vermögen.

### 3.4.1.1 Inzidenz der Fälle

63 Die Inzidenzzahl bringt zum Ausdruck, wie häufig neue Infektionen und Erkrankungen über einen bestimmten Zeitraum auftreten. Für den Entscheid über die weiteren Massnahmen im April wird die 14-Tages-Inzidenz der Fälle betrachtet. Diese darf nicht höher sein als am Tag des Inkrafttretens des vorangehenden Öffnungsschritts vom 22. März 2021.

64 Auffallend ist, dass für die damit erhobenen Zahlen ein vernünftiger Bezugsrahmen fehlt. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass der festgelegte Schwellenwert durch eine immer höhere Anzahl an Testungen mit hoher Wahrscheinlichkeit überschritten wird und sich der Bezugsrahmen nicht mehr als vernünftig erweist (mehr Testungen = mehr Fälle). Mit anderen Worten stellt die Inzidenz der Fälle keine valide Messgrösse dar, sondern hängt direkt von der Anzahl der Testungen ab. Die Anzahl der Testungen ist jedoch mehr oder weniger willkürlich steuerbar.

65 Im Weiteren sagt die Inzidenzzahl nichts über die Grösse des mit einer Ansteckung verbundenen möglichen Schadens aus.

66 Die Inzidenzzahl erweist sich damit als ungeeigneter Indikator bzw. Richtwert für eine derart weitgehende Massnahmen wie Betriebsschliessungen und liefert somit keine verlässliche Entscheidungsgrundlagen für Massnahmen zur angemessenen Gefahrenabwehr.

### 3.4.1.2 Letzter verfügbarer Wert der Reproduktionszahl $R_e$

67 Die Reproduktionszahl gibt an, wie viele Menschen eine infizierte Person im Durchschnitt ansteckt (Ansteckungsrate). Diese Zahl ist nicht messbar, sondern kann lediglich im Nachhinein geschätzt werden (vgl. die Informationen auf [www.covid19.admin.ch](http://www.covid19.admin.ch) -> Reproduktionszahl [zuletzt besucht am 8. April 2021]). Solche Schätzungen sind immer wieder mit grösseren Fehlern behaftet und werden nachträglich korrigiert. So wurde der R-Wert sowohl vor als auch nach Ostern massiv nach unten korrigiert, zunächst von 1.19 auf 1.12, dann von 1.12 auf

1.04 (vgl. [www.nau.ch](http://www.nau.ch) vom 6. April 2021, «Coronavirus: Nur noch 1.03 – erneute Korrektur des R-Werts).

68 Die Problematik solcher Schätzungen zeigt sich etwa in concreto daran, dass der R-Wert von Anfang Juni bis Ende August 2020 stets über dem Wert 1 lag, es jedoch im gleichen Zeitraum keinerlei negative Auffälligkeiten bezüglich der Indikatoren Hospitalisationen, Intensivbettenbelegung, Todesfällen und Inzidenzen gab. Am 7. April 2021 machte der Leiter Sektion Krisenbewältigung und internationale Zusammenarbeit des BAG anlässlich einer Pressekonferenz sodann die Aussage, die Fallzahlen seien nicht so stark gestiegen, wie es der R-Wert in den vergangenen Wochen hätte erwarten lassen. Bereits daraus wird ersichtlich, dass der R-Wert ein sehr fragwürdiger Indikator darstellt und zur Entscheidung über (weitere) Betriebsschliessungen nicht geeignet ist.

69 Im Weiteren ist die Schätzung des R-Werts besonders für kleine Kantone besonders fehleranfällig, da hier die Schwankungen bei den Infektionszahlen stark ins Gewicht fallen (vgl. NZZ vom 29. Dezember 2020, «Der R-Wert ist mit Vorsicht zu betrachten»).

70 Schliesslich sagt auch der R-Wert nichts über die Grösse des möglichen Schadens aus.

71 Insgesamt erweist sich somit auch der R-Wert als nicht geeignet, um als Entscheidungsgrundlage für eine (weitere) Schliessung bzw. eine Aufhebung der Schliessung von Restaurationsbetrieben zu dienen.

### **3.4.1.3 Todesfallzahlen**

72 Das Kriterium der laborbestätigten Todesfälle gibt Auskunft über die Anzahl Personen, die mit einer laborbestätigten Covi-19-Infektion verstorben sind (vgl. [www.covid19.admin.ch](http://www.covid19.admin.ch) [zuletzt besucht am 12. April 2021]). Die absolute Zahl der Sterbefälle lässt indes noch keine Aussage darüber zu, ob in einem bestimmten Zeitraum in einer bestimmten Alterskategorie auch eine Über- oder Untersterblichkeit vorliegt.

73 Für Indikatoren zur Beschreibung und Bewertung der Sterblichkeit ist ein Bevölkerungsbezug äusserst wichtig, damit beurteilt werden kann, welcher Bevölkerungsanteil bzw. wie viele Personen pro 100'000 der Bevölkerung in einem Referenzzeitraum gestorben sind (vgl. Heft RKI, S. 7). Die Differenzierung einer solchen Kennziffer erfolgt normalerweise nach Altersgruppen, was bereits deswegen sinnvoll ist, weil die Sterblichkeit altersabhängig ist und die demografische Entwicklung in den letzten Jahren dazu geführt hat, dass die Altersgruppe der über 65-Jährigen in den letzten Jahren stark zugenommen hat.

74 Um eine Vergleichbarkeit sowohl in zeitlicher als auch in räumlicher Hinsicht als auch zwischen Bevölkerungsgruppen zu ermöglichen, ist eine altersstandardisierte Sterbeziffer notwendig. Damit liesse sich differenziert feststellen, ob eine Über- oder Untersterblichkeit vorliegt, was wiederum als geeigneter Indikator für das Treffen von verhältnismässigen Massnahmen darzustellen vermöchte.

#### 3.4.1.4 Zwischenfazit

75 **Zumindest drei der fünf** vom Bundesrat für den nächsten Öffnungsschritt im April verwendeten **Richtwerte bzw. Indikatoren** erweisen sich als **tendenziell ungeeignet, einen im Sinne einer verhältnismässigen Gefahrenabwehr richtigen Entscheid herbeizuführen** (vgl. zudem die Kritiken zum Indikator bzw. Richtwert der IPS Belegung Covid 19 nachfolgend, Rz. 76 f., und zum Indikator bzw. Richtwert der Todesfälle hinten, Rz. 79). Im Übrigen wären derzeit (Stand: 7. April 2021) vier von fünf Richtwerten nicht erfüllt, womit der Bundesrat gestützt auf seine Richtwerte den Betrieb u.a. von Restaurants wohl verfehlterweise weiterhin verbieten würde.

#### 3.5 Exkurs: Bemerkungen zum Kriterium der IPS-Auslastung

76 Die Auslastung der Intensivstationen war bislang eine der wichtigsten Kennzahlen der Covid-19-Pandemie und diente verschiedentlich als Argument für striktere Massnahmen bzw. für dramatische Appelle an die Bevölkerung. So warnte etwa die Chefin der Sektion Infektionskontrolle des BAG anlässlich einer Pressekonzferenz vom 4. November 2020, dass wenn es so weitergehe, in fünf Tagen

alle IPS-Betten belegt seien (vgl. NZZ vom 4. November 2020, «Laut BAG sind die Intensivstationen in fünf Tagen besetzt – doch ETH-Prognosen schätzen die Lage weniger drastisch ein»). Abgesehen davon, dass die dramatische Behauptung nicht zutreffend war und von Bundesrat Berset am Tag darauf zumindest relativiert wurde (vgl. den Beitrag im «Echo der Zeit», SRF, vom 5. November 2020) stellt sich die Frage, ob sich der Staat zur Rechtfertigung von einschneidenden Massnahmen überhaupt auf das öffentliche Interesse an einer Verhinderung der Überbelastung des Gesundheitssystems berufen darf.

77 Zwar kann der Schutz des Gesundheitssystems durchaus als öffentliches Interesse anerkannt werden, welches prinzipiell zur Einschränkung eines Grundrechts herangezogen werden kann. Jedoch dürfte es einem mit diesem öffentlichen Interesse motivierten Eingriff etwa in die Wirtschaftsfreiheit regelmässig an der Erforderlichkeit und damit an der Verhältnismässigkeit fehlen. Ein Grundrechtseingriff allein um Therapieeinrichtungen nicht zu überlasten dürfte nur in extremen Notlagen zulässig sein. Im Fall einer Epidemie ist der Staat vielmehr gehalten, zunächst für mehr Kapazitäten zu sorgen und etwa auch in Anwendung von Art. 58 Abs. 2 BV den Sanitätsdienst der Armee anzubieten (vgl. dazu auch das Interview mit dem ehemaligen Vizepräsidenten des deutschen Bundesverfassungsgerichts, Ferdinand Kirchhof, in der Welt vom 3. April 2021, «Man kann eine Gesellschaft auch zu Tode schützen»). Diese Obliegenheit des Staates ist umso wichtiger, als seit den 80er und 90er Jahren des letzten Jahrhunderts die Spitalbetten pro Einwohner um über 50 % reduziert wurden (vgl. [www.hplus.ch](http://www.hplus.ch) -> Zahlen & Statistiken -> H+ Spital und Klinik-Monitor -> Gesamtbranche -> Strukturen -> Spitäler, Betten und Bevölkerung [zuletzt besucht am 12. April 2021]) und während der Corona-Pandemie die Intensivbetten sogar von rund 1'600 auf unter 1'000 abgebaut wurden (vgl. die Grafik «Auslastung Betten auf Intensivstationen» im SRF Newsportal-Artikel vom 20. Oktober 2020, «So ausgelastet sind die Intensivstationen wegen Corona»).

### **3.6 Leitlinien für rechtmässige Indikatoren/Richtwerte**

78 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass der Bundesrat von Gesetzes wegen gehalten ist, seine künftigen Entscheidungen betreffend

Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens aufgrund von Kriterien und Richtlinien zu fällen, welche nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen. Es wurde aufgezeigt, dass sich eine Vielzahl der aktuell publizierten Indikatoren und Richtwerte als tendenziell ungeeignet erweist, einen im Sinne einer verhältnismässigen Gefahrenabwehr richtigen Entscheid herbeizuführen (vgl. vorne, Rz. 63 ff.). Im Weiteren wurde festgehalten, dass sich die Indikatoren und Richtwerte, welche dem Bundesrat als Entscheidungsgrundlage für allfällige Lockerungen oder Verschärfungen seiner Massnahmen dienen, bislang ausschliesslich auf die epidemiologische Lage bezogen haben (vgl. vorne, Rz. 55).

79 Zunächst ist festzuhalten, dass bei den gesundheitsbezogenen bzw. epidemiologischen Indikatoren bzw. Richtwerten der 7-Tages-Schnitt der laborbestätigten Todesfälle ein Kriterium ist, welches ein wichtiger Bestandteil der Entscheidungsgrundlagen für die angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr zu liefern vermag. Einer steigenden durch das Covid-19-Virus verursachten Anzahl an Todesfällen darf und soll unter Umständen mit drastischen polizeilichen Abwehrmassnahmen begegnet werden. Wichtige Voraussetzung dafür ist jedoch, dass auch bei diesem Indikator bzw. Richtwert weitere Faktoren miteinbezogen werden, wie etwa Alterskategorie und Vorerkrankungen der Toten (vgl. auch vorne, Rz. 72 ff.). Hierzu wäre das Abstellen auf eine epidemiologische Todesursachenstatistik notwendig (vgl. NZZ vom 1. April 2020, «Corona-Peak in der Todesfallstatistik: In der Schweiz sterben bereits seit zwei Wochen mehr Leute als sonst üblich»). Auch wäre zwingend mitzubehrsichtigen, dass der Vergleichswert nicht mitten in einer Phase der Untersterblichkeit festgelegt wird (vgl. z.B. die Phase vom 25. Februar 2021 bis zum 28. März 2021), da ansonsten die Anzahl der Todesfälle automatisch steigen. Dies bedeutet in der juristischen Terminologie, dass bei dem Indikator bzw. dem Richtwert eine Differenzierung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV geboten ist und eine Typisierung hier kaum mehr dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen dürfte und damit nicht (mehr) zulässig ist. Möglich wäre im Weiteren auch der Indikator bzw. Richtwert der Übersterb-

lichkeit im Verhältnis zum Bevölkerungswachstum. Solange keine Übersterblichkeit vorhanden ist, rechtfertigen sich einschneidende Massnahmen wie Betriebschliessungen kaum.

80 Der Bundesrat hat sodann Indikatoren und Richtwerte zu schaffen, welche dazu geeignet sind, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte insbesondere im Zusammenhang mit seinen bislang angeordneten Massnahmen in seine Entscheidungsfindung miteinzubeziehen. Mit Blick auf die massiven Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, welche mit der von ihm veranlassten Betriebsschliessungen verbunden sind, ist es unabdingbar, Richtwerte im Interesse der Grundrechtsbetroffenen aufzustellen. In Frage käme etwa der Indikator der Arbeitslosenquote pro Branche. Sollte die entsprechende Arbeitslosenquote einen bestimmten Richtwert übersteigen, spricht dies für eine Aufhebung der Betriebsschliessungen oder zumindest für eine möglichst weitgehende Milderung der Schliessungen. Als ein die gesellschaftlichen Konsequenzen einbeziehender Indikator bzw. Richtwert käme sodann die Anzahl der Hospitalisierungen in psychiatrischen Kliniken in Frage. Grössere Ausschläge in der Statistik nach oben dürften hierbei durchaus auf die Pandemielage mit dem geltenden Massnahmenregime zurückzuführen sein.

81 Insgesamt müssen die Indikatoren und Richtlinien dem Bundesrat als Entscheidungsgrundlage für verhältnismässige Massnahmen der Gefahrenabwehr dienen, gleichzeitig jedoch auch dem Bedürfnis der von Massnahmen Betroffenen nach Rechtssicherheit und Transparenz entsprechen.

#### IV. ZUSAMMENFASSUNG UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

82 Der Bundesrat ist mit Blick auf seine anstehenden Entscheidungen betreffend Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie verpflichtet, für eine **verhältnismässige Gefahrenabwehr geeignete und nachvollziehbare Kriterien und Richtwerte** aufzustellen, welche **nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen be-**

**rücksichtigen.** Diese hat er sodann bei seinen Massnahmenanordnungen, insbesondere bei den stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreifenden Betriebsschliessungen, konsequent zu berücksichtigen. Die im Faktenblatt BAG Richtwerte April publizierten Indikatoren sowie Richtwerte für den nächsten Öffnungsschritt bzw. die nächste Verschärfung erweisen sich vor diesem Hintergrund als unvollständig und vermögen in keiner Weise, die von Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen an die Entscheidungsfindung bei der Frage von Betriebsschliessungen abzubilden. **Ein auf die im Faktenblatt BAG Richtwerte April abgestützter bundesrätlicher Entscheid wäre damit als verfassungs- und gesetzeswidrig einzustufen.**

83 Der Bundesrat ist sodann gehalten, **sämtliche Bestimmungen und Wertungen der Bundesverfassung in seine Entscheidungsfindungen miteinzubeziehen und zu berücksichtigen.** Die derzeit vorliegenden, vom BAG publizierten Indikatoren und Richtwerte vermögen diesen Prozess in keiner Weise abzubilden. Insbesondere muss bei einem künftigen Entscheid dem Grundrecht der **Wirtschaftsfreiheit das nötige Gewicht beigemessen** werden, zumal die immer wieder neu angeordneten temporären Betriebsschliessungen unter anderem durchaus einen unzulässigen Eingriff in den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit darstellen können und damit rechtsstaatlich besonders problematisch sind.

84 Damit wiederholte temporäre Betriebsschliessungen – wie vorliegend für Restaurantsbetriebe erfolgt – überhaupt in Betracht kommen bzw. erforderlich sind, müssten sich (die Mehrheit) der Indikatoren bzw. Richtwerte vor allem **auf die Eruierung von möglichen schweren Schäden und Gefährdungen von Leib und Leben konzentrieren.** Bei den derzeit publizierten Richtwerten ist höchst fraglich bzw. muss verneint werden, dass sie zu einer richtigen Entscheidungsfindung für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr beizutragen vermögen. Wichtig wäre in epidemiologischer Hinsicht etwa der Indikator der Über-/Unterstorblichkeit basierend auf einer altersspezifischen Sterblichkeit.

85 **Der Bundesrat hat Indikatoren und Richtwerte zu schaffen, welche dazu geeignet sind, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte** insbesondere

im Zusammenhang mit seinen bislang angeordneten Massnahmen in seine Entscheidungsfindung **miteinzubeziehen**. In Frage käme dafür etwa der Indikator der Arbeitslosenquote pro Branche oder die Anzahl der Hospitalisierungen in psychiatrischen Kliniken.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner



Dr. iur. Livio Bundi