

Die Grundrechte der Verfassung als Massstab und Leitlinie in der Pandemie

Thomas Cottier & Jörg Paul Müller*

14.4.2020

Art. 35 BV

¹Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.

²Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen.

Der Verfassung als materiale Grundordnung des Staates können keine unmittelbaren Antworten und Rezepte der Pandemiebekämpfung entnommen werden. Sie enthält aber zentrale Gesichtspunkte und Leitlinien, die als Jalons in die Vorbereitung schwieriger Entscheidungen einfließen und mitberücksichtigt werden müssen. Zur materialen Verfassung gehören nicht nur die Bundesverfassung, sondern auch die Kantonsverfassungen und wichtige Staatsverträge, wie die EMRK, die UN Menschenrechtspakte, die WTO und die grundlegenden Abkommen mit der EU. All ihre Bestimmungen und Wertungen müssen im fortlaufenden Prozess der Güterabwägung einbezogen und berücksichtigt werden. Die Verfassung legt so gewissermassen einen rechtlichen Rahmen und eine Methode der Entscheidungsfindung fest für Regierung, Parlament und Gerichte. Das gilt auch für die notrechtliche Massnahmen des Bundesrates, die sich in der Pandemie-Verordnung 2 CO-VIT-19 vorerst auf Art. 184 und 185 BV abstützten und nach der Revision vor allem auf die ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 des Epidemiegesetzes. Beide Grundlagen setzen die Verfassung nicht ausser Kraft. Ihr und ganz besonders den Grundrechten kommt bei der Konkretisierung von unbestimmten Normen und Vollmachten eine grosse Bedeutung zu.

Viele Verfassungsbestimmungen stehen dabei notwendigerweise in gegenseitiger Konkurrenz und können in der Krise nur beschränkt oder zeitweise gar nicht berücksichtigt werden. Das gilt namentlich für die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen, die hier nicht näher beleuchtet wird. Grundrechte aber gelten grundsätzlich auch in Notsituationen; ihr Kerngehalt muss selbst dort gewährleistet bleiben, wo ihre Zielsetzungen miteinander kollidieren, wie das Recht auf Unterricht und die Pflicht des Staates zum Schutz der physischen Gesundheit der Bevölkerung. Die Menschen geben ihre Rechte auch in der Pandemie nicht auf.

Ausgangspunkt aller Massnahmen ist die Wahrung menschlicher Würde (Art. 7 BV). Sie bildet den archimedischen Punkt europäischen Verfassungsdenkens und gilt für alle Menschen: für Kranke und Sterbende, für das Pflegepersonal, für Menschen in seelischer oder wirtschaftlicher Not, für Jung und Alt, für Mann und Frau. Aus diesem fundamentalen Grundrecht ergeben sich für den Staat sowohl Achtungs- wie auch Schutzpflichten. Menschen in Not oder Gefährdung müssen geschützt werden, und gleichzeitig ist bei diesem Schutz ihre Würde und Freiheit zu achten; so wären z.B. erniedrigende Sonderbehandlungen (Diskriminierung) einzelner Risikogruppen unzulässig. Die Menschenwürde ist

* Emeritierte Professoren der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

zentraler Jalon in der Krise auf allen Stufen des Gemeinwesens. Sie bildet den Lackmustest, den jede auch notrechtliche Massnahme bestehen muss, von lebensrettenden Massnahmen, der palliativen Pflege bis zur Unterstützung und Begleitung in Not geratener Personen.

Die Grundrechte der Verfassung konkretisieren diese Würde. Sie unterliegen dabei gerade in der Krise und im Ausnahmezustand vielfältigen Einschränkungen, denen die Verfassung selbst aber wiederum Grenzen setzt (Art. 36 BV). So bedürfen Eingriffe in Grundrechte vorerst einer hinreichenden rechtlichen Grundlage. Jede getroffene Massnahme muss ferner im öffentlichen Interesse erforderlich und geeignet sein und darf vor allem nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zieles nötig ist. (Art.5 Abs.2 BV). Das gilt auch nach Art. 30 und 40 des Epidemiegesetzes. Damit ist auch gesagt, dass ausführende Vorschriften nicht übermässig breit angelegt sein dürfen, sondern sich auf das hier und jetzt eben Notwendige beschränken müssen. Das allgemeine Willkürverbot (Art. 9 BV) gilt auch im notrechtlichen Regime.

In der Pandemie stehen im Vordergrund das Recht auf Leben und die persönliche Freiheit (Art 10 BV). Sie schliessen das Recht auf medizinische Versorgung und die Selbstbestimmung des Patienten ein (Patientenverfügung), aber auch die Bewegungsfreiheit. Zu Recht wurde darum in der Schweiz auf eigentliche Ausgangssperren verzichtet. Die persönliche Freiheit umfasst auch das Recht auf Bewegung und Auslauf von Kindern und Jugendlichen; Freiheiten, denen teilweise durch die Sperrung von Sportplätzen und Parkanlagen zu wenig Beachtung geschenkt wird. Auch ein so besonderes Grundrecht wie die Kunstfreiheit (Art.21 BV) bleibt wegweisend. Es ist aus dieser Sicht kaum verständlich, weshalb vielleicht gerade in der Krise Museen geschlossen werden, obgleich hier Sicherheitsabstände mit entsprechenden Kontrollen und Beschränkungen der Besucherzahlen eingehalten werden können.

Das Recht auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) verkörpert auf der Ebene der Bundesverfassung das Recht auf Bildung und Chancengleichheit und muss bei der Entscheidung über Schulschliessungen und Schulöffnung als zentrales Anliegen in die Waagschale geworfen werden. Dieses Recht kann durch gesundheitspolizeiliche Beschränkungen nicht ohne weiteres ausgesetzt werden, zumal auf der Unterstufe der Fernunterricht keinen effektiven Ersatz zu bieten vermag und damit die Chancenungleichheit verstärkt.

Zu beachten ist die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27, Art. 94 BV). Im Zentrum von möglichen Beschränkungen, die auch aussenwirtschaftlich im Rahmen völkerrechtlicher Verträge möglich ist (Art. 101 BV), muss die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden stehen. Alle Gewerbebetriebe, welche die gesundheitspolizeilichen Vorschriften einhalten können, müssen gleichbehandelt werden. Wenn z.B. *Take Aways* zugelassen werden, müsste dies verfassungsrechtlich auch für Restaurants gelten, die Essen und Trinken zum Mitnehmen anbieten. Auch die Unterscheidung nach Geschäftsfeldern oder die Beschränkung auf lebensnotwendige Güter und Dienstleistungen müsste unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit überprüft werden.

Bei Beschränkungen der Wirtschaft sind sodann die zentralen wirtschaftsvölkerrechtlichen und europarechtlichen Verträge zu beachten, auf die sich der Bundesrat in der COVID-19 Verordnung mit dem Freizügigkeitsabkommen und Schengen ausdrücklich bezieht. Sie sind für die Aufrechterhaltung der Versorgung und von Lieferketten in der Pandemie von zentraler Bedeutung. Diese Verträge erlauben Einschränkungen, unterstellen diese aber wie die Bundesverfassung dem Erfordernis der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit. Dabei sind auch die Empfehlungen internationaler Organisationen zu beachten, namentlich der WHO. Diese hat sich gegen *Cordons sanitaires* ausgesprochen.

Man muss sich daher fragen, ob nationalstaatliche Grenzschiessungen wirksam sind gegen die Verbreitung des Virus, und ob die damit bewirkten Beschränkungen von Versorgung, Trennungen von Familien und Erschwerungen des Grenzgängerverkehrs, der notabene für die Spitäler in den Grenzregionen von zentraler Bedeutung ist, verhältnismässig sind.

Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) wirft im Zusammenhang mit Geschäftsschiessungen schwierige Fragen auf, die die Gerichte im Nachgang zur Pandemie beschäftigen dürften, aber schon heute bei der Ausgestaltung von Massnahmen berücksichtigt werden müssen. Für Geschäfte, die bedingt durch den Lockdown Verluste nicht mehr kompensieren und aufholen können (Restaurant, Hotels, Coiffeure, Blumenläden, Startups, kulturelle und sportliche Veranstaltungen etc) stellt sich die Frage, ob sie in der Pandemie ein Sonderopfer erbringen, das auch bei gesundheitspolizeilichen Massnahmen Anspruch auf Entschädigung gibt.

Wegleitung ergibt sich schliesslich auch aus den allgemeinen Grundsätzen der Verfassung, namentlich zur individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung jedes Einzelnen (Art. 6 BV) sowie aus den sozialen Staatszielbestimmungen (Art. 41), die im Rahmen des Möglichen, aber ohne Rechtsanspruch, zu verwirklichen sind. Dazu gehören in der Pandemie vor allem die Gesundheitspflege, die Erwerbstätigkeit und die Ausbildung von Kindern und Jugendlichen.

Die Abwägung verfassungsrechtlicher Rechte und Güter im Rahmen der menschlichen Würde wird nicht zu eindeutigen Antworten führen. Auf letzte Fragen über Tod und Leben, über das Verhältnis der Generationen zueinander enthält sie keine abschliessenden Antworten. Hier kommt die Verantwortung von Regierung und Parlament und der Gesellschaft in der Entscheidungsfindung zum Tragen. Was sie aber aufzeigt ist, dass alle Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen und nicht auf den einen oder andern Aspekt beschränkt werden darf. Der aktuelle gesundheitliche Schutz der Bevölkerung steht im Vordergrund; aber auch die Chancengleichheit der Kinder und Jugendlichen in der Ausbildung und die Sicherung zukünftiger Versorgung der Bevölkerung mit Wirtschaftsgütern und ihres Wohlergehens sind gleichwertige Gebote der Verfassung. Alle hier kurz aufgeworfenen Rechte und Aspekte müssen auf transparente Weise in die Waagschale geworfen werden.
