

Die Corona-Urteile von Staatsgerichtshof, Bundesverfassungsgericht, Verfassungsgerichtshof und Bundesgericht im Vergleich

Patricia M. Schiess Rütimann¹

I. Vorbemerkungen

In diesem Vergleich zwischen Liechtenstein, Deutschland, Österreich und der Schweiz geht es um diejenigen Urteile, die Corona-Massnahmen auf ihre Verfassungsmässigkeit prüften.² Die Urteile des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes (StGH) werden alle genannt. Von den anderen Gerichten können nicht alle Urteile aufgeführt werden. Es geht im Folgenden aber auch nicht um Vollständigkeit, sondern darum, Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzuzeigen.

Im Zentrum stehen die ersten Monate nach Auftreten des Coronavirus. In dieser Zeit konnten Gerichtsentseide die Normsetzung sowie die Anwendung der Normen unmittelbar beeinflussen.

Diese Untersuchung wird zeigen, dass die Verfassungsgerichte sehr ähnlich ausgestaltete Massnahmen zu beurteilen hatten und dabei vor ähnlichen Herausforderungen standen. In allen vier Staaten kam es zu einer Häufung von Rechtsmitteln, die ansonsten eher selten ergriffen werden. Sowohl der StGH, das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG), der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) als auch das schweizerische Bundesgericht (BGer) mussten Entscheidungen treffen, ohne sich auf die Beurteilung durch vorgelagerte Gerichte stützen zu können. Die meisten der beurteilten Massnahmen waren im Urteilszeitpunkt nicht mehr in Kraft. In Liechtenstein gelangten die ersten Anträge und Beschwerden erst spät an den StGH.³ Seine Urteile ergingen innert vertretbarer Frist. Der VfGH konnte schon zu Beginn der Pandemie der Rechtsetzung Leitplanken vorgeben. Weniger gut schneiden diesbezüglich das BVerfG und insbesondere das BGer ab.

II. Die drei Urteile des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes

Der StGH konnte sich erst spät zur Verfassungsmässigkeit von Corona-Massnahmen äussern, nämlich mit den Urteilen zu StGH 2021/081 und StGH 2021/082 vom 7. Dezember 2021 und mit StGH 2022/003 vom 10. Mai 2022.⁴

In allen drei Urteilen stand die Verfassungsmässigkeit des durch das Covid-19-Zertifikat eingeschränkten Zugangs zu Gastronomie und Einrichtungen von Kultur, Unterhaltung, Freizeit und Sport (3G und 2G) im Zentrum.⁵

StGH 2021/081 und StGH 2021/082 wurden gemeinsam verhandelt, aber getrennt ausgefertigt. Mehrere ihrer Erwägungen lauten gleich. In StGH 2022/003 sind die aus StGH 2021/082 übernommenen Erwägungen durch kursive Schrift gekennzeichnet. In StGH 2021/081 lag eine auf Art 15 Abs 3 StGHG⁶ gestützte Individualbeschwerde vor, in den Urteilen zu StGH 2021/082 und StGH 2022/003 ein Normenkontrollantrag gemäss Art 20 Abs 2 Bst c StGHG. Der erste war von 1274 Antragstellerinnen und -stellern unterstützt worden, der zweite von 444. Wie in Deutschland, Österreich und der Schweiz waren die Beschwerden aus der Zivilgesellschaft heraus erhoben worden. Die Urteilsfällung des StGH erfolgte rasch.⁷

Wie in anderen Entscheiden des StGH, in denen in Liechtenstein anwendbare schweizerische Rechtsvorschriften von Bedeutung sind,⁸ wird auch in diesen Urteilen Schweizer Literatur⁹ beigezogen. Ebenso wird – auch dies ist nicht aussergewöhnlich – auf Urteile aus Österreich und Deutschland verwiesen. Speziell ist hingegen, dass der StGH den Dialog sucht, und zwar einerseits mit den Menschen, welche die Normenkontrollanträge gestellt haben, und andererseits mit den politischen Behörden. StGH 2021/082 Erw 6.1 sagt: «Der Staatsgerichtshof ist sich bewusst, dass viele unter den Antragstellern diesen Befund, [...], dass ihnen die Erfüllung einer der Voraussetzungen für den Erhalt eines 3G-Zertifikats zumutbar sei, ihrerseits als «Zumutung» empfinden werden. Die liechtensteinischen Behörden können aber die vorherrschenden wissenschaftlichen Erkenntnisse und die ausländischen Corona-Massnahmen trotz vehementer Ablehnung durch einen Teil der Bevölkerung nicht ignorieren.» Anschliessend wendet sich der StGH in Erw 6.3 an die Regierung: «[...] Angesichts des teilweise geschwundenen Vertrauens in die staatlichen Institutionen

Patricia M., Gesundheitswesen (Liechtenstein), Kommentar zu StGH 2022/003, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBL) 123/2022, S 501–508.

⁵ Mit dem Normenkontrollantrag zu StGH 2021/082 wurde die Verordnung vom 9. September 2021 über die Abänderung der Covid-19-Verordnung, LGBI 2021 Nr 285, dh die Einführung von 3G, der Prüfung zugeführt, mit der Beschwerde zu StGH 2021/081 zusätzlich der Anhang 4 der Verordnung vom 10. August 2021, LGBI 2021 Nr 243 und 244, der die Gültigkeit der Covid-19-Zertifikate regelte. Mit dem Normenkontrollantrag zu StGH 2022/003 wurde die Verordnung vom 15. Dezember 2021 über die Abänderung der Covid-19-Verordnung, LGBI 2021 Nr 405, dh die Verschärfung auf 2G, der Prüfung zugeführt.

⁶ Gesetz vom 27. November 2003 über den Staatsgerichtshof (StGHG), LGBI 2004 Nr 32 LR 173.10.

⁷ StGH 2021/081 und StGH 2021/082: Beschwerde vom 6. Oktober 2021 respektive Antrag vom 8. Oktober 2021, Urteil vom 7. Dezember 2021; StGH 2022/003: Antrag vom 14. Januar 2022, Urteil vom 10. Mai 2022.

⁸ Siehe hierzu *Schiess Rütimann, Patricia M.*, Der Zollvertrag und die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, in: Jusletter 4. Mai 2020.

⁹ Bezug genommen wird insb auf: *Biaggini, Giovanni*, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBL 123/2022, S 59–91, und *Moeckli, Daniel*, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBL 121/2020, S 237 f.

¹ Prof. Dr. iur. *Patricia M. Schiess Rütimann* ist Titularprofessorin für öffentliches Recht und Verfassungsvergleichung an der Universität Zürich. Sie arbeitet als Forschungsbeauftragte Recht am Liechtenstein-Institut in Gamprin-Bendern FL. Ihr Dank geht an Celine Heidegger, Triesenberg, für die kritische Lektüre des Textes.

² Diesem Text liegt der am 20. Oktober 2022 im Rahmen der Vortragsreihe des Forschungszentrums und Doktoratskollegs Liechtensteinisches Recht der Universität Innsbruck in Kooperation mit dem Liechtenstein-Institut gehaltene Vortrag zugrunde.

³ Dasselbe gilt für Luxemburg: Die bisher einzigen Urteile des Verfassungsgerichtshofes (Cour constitutionnelle) ergingen am 30. September 2022 (Arrêt N° 170/22) und am 25. November 2022 (Arrêt N° 172/22). Sie sind abrufbar unter: <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence/cour-constitutionnelle.html>.

⁴ Zu den materiellen Ausführungen des StGH: *Schiess Rütimann*,

bei Personen, welche die Corona-Massnahmen kritisch betrachten, ist es aber besonders wichtig, dass die von der Regierung im Verordnungsweg ergriffenen Massnahmen der Öffentlichkeit gegenüber besonders eingehend begründet werden.» Dem Landtag sagt StGH 2021/082 Erw 6.4: «[...] Gerade dann, wenn eine solche Verordnung wie hier nicht befristet ist, ist es umso wichtiger, dass die Regierung dem Landtag in öffentlicher Sitzung Rechenschaft nicht nur über die Einführung neuer, sondern auch regelmässig über die Notwendigkeit der Weiterdauer bestehender Massnahmen ablegt und dass der Landtag diese Rechenschaftspflicht der Regierung auch einfordert [...]»¹⁰

Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des StGH zur «besonderen Situation eines Kleinstaates». StGH 2021/082 Erw 3.5 erinnert daran, dass das Land nicht genügend Ressourcen hat, «um die sich dauernd ändernde Corona-Lage wirklich eigenständig beurteilen zu können», dass Liechtenstein wirtschaftlich eng mit seinen Nachbarländern verflochten ist und dass sich aus dem Zollanschlussvertrag Verpflichtungen ergeben.

III. Deutschland

In den ersten Monaten der Pandemie behandelte das BVerfG ausschliesslich Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen.¹¹ Mit Ausnahme des Beschlusses vom 15. April 2020 gegen das Versammlungsverbot in der Stadt Giessen¹² nahm das BVerfG alle Beschwerden nicht zur Entscheidung an. Trotzdem erfolgte in fast allen Beschlüssen eine kurze Einordnung der Argumente. Dadurch konnte das BVerfG Hinweise zu einer Reihe von Themen geben, so insbesondere für Ausgangsbeschränkungen und Versammlungsverbote, Ladenschliessungen, Einschränkungen des Schulbetriebs, für das Verbot von Gottesdiensten und die Durchführung von Gerichtsverhandlungen. In der Pressemitteilung Nr 36/2020 vom 14. Mai 2020 zu zwei Beschlüssen fanden sich Ausführungen zu den Schutzpflichten und zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers: Ein demnächst 65-Jähriger wollte Bund und Länder verpflichten, Lockerungen der Corona-Massnahmen zurückzunehmen.¹³ Ein jüngerer Mann wollte demgegenüber Einschränkungen durch die Bayerische Infektionsschutzmassnahmenverordnung für unter 60-Jährige weiter lockern, was dem BVerfG Ausführungen zum Ausgleich der widerstreitenden Grundrechte ermöglichte.¹⁴ Schon im November 2020 wies das BVerfG darauf hin, dass die einzelnen Massnahmen «Teil eines Gesamtkonzepts» seien, weshalb sie nur im Zusammenwirken mit den anderen Massnahmen bewertet werden

dürften. Es könne nicht mit ihrem geringen Beitrag zur Bekämpfung der Pandemie argumentiert werden.¹⁵

Die inhaltlich wegweisenden Urteile des BVerfG erfolgten ab Herbst 2021. Sie ergingen nicht auf Grund einer Richtervorlage, sondern als Rechtssatzverfassungsbeschwerden, die von Privaten erhoben worden waren:

- «Bundesnotbremse I: Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen»: ¹⁶ Hervorgehoben wird vom BVerfG, dass der Gesetzgeber die erheblichen Belastungen für Alleinerziehende berücksichtigte. Das BVerfG betont auch das Risiko der Vereinsamung von Alleinlebenden.
- «Bundesnotbremse II: Schulschliessungen»: ¹⁷ Das BVerfG konturiert das Recht auf schulische Bildung und bezeichnet den Präsenzunterricht als wichtigen Sozialisationsraum.¹⁸
- «Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage»: ¹⁹ Das BVerfG sieht den Schutzauftrag in der Menschenwürde und dem Diskriminierungsverbot verankert. Der Schutzauftrag verdichtet sich zu einer Schutzpflicht (Rn 97), es besteht jedoch ein grosser Spielraum des Gesetzgebers (Rn 128).²⁰
- Einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht («Impfnachweis [Covid-19]»): ^{21, 22}

Auch im Laufe des Jahres 2022 ergingen viele interessante Urteile des BVerfG.²³ Im November 2022 folgten Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes zur Vorgabe Bayerns, die eigene Wohnung nur aus triftigen Gründen zu verlassen²⁴ und zu den Einschränkungen in Sachsen.^{25, 26}

¹⁵ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 11. November 2020 – 1 BvR 2530/20, Rn 16.

¹⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21.

¹⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 – 1 BvR 971/21.

¹⁸ Wie *Andrea Kiessling* aufzeigte, umgingen verschiedene Bundesländer das später im Bundesgesetz vorgesehene Verbot von Schulschliessungen, indem sie vor Weihnachten 2021 die Schulferien verlängerten: *Kiessling, Andrea*, Schulschliessung ist nicht gleich Schulschliessung, VerBlog, 2021/12/13, DOI: 10.17176/20211215-142544-0.

¹⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20.

²⁰ Das Urteil «Triage» ist auch deshalb interessant, weil es sich um eine Beschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen handelt.

²¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022 – 1 BvR 2649/21.

²² Viel diskutiert wurde auch das Urteil «Impfnachweis (Masern)»: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juli 2022 – 1 BvR 469/20.

²³ So zB BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 15. März 2022 – 1 BvR 2622/21: 3G-Pflicht an Arbeitsplatz und im öffentlichen Nahverkehr. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Februar 2022 – 1 BvR 1073/21: Entschädigung für Hotels. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 8. März 2022 – 2 BvE 1/22: 2G+-Regel im Deutschen Bundestag.

²⁴ BVerfG 3 CN 2.21 – Urteil vom 22. November 2022 (Ausgangsbeschränkung nach der Bayerischen Infektionsschutzmassnahmenverordnung).

²⁵ BVerfG 3 CN 1.21 – Urteil vom 22. November 2022 (Kontaktbeschränkungen sowie Schliessung von Gastronomiebetrieben etc. nach der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung).

²⁶ Lesenswert ist die Analyse verschiedener im Eilverfahren ergangener Beschlüsse von (Ober-)Verwaltungsgerichten zur 2G-Regelung im Einzelhandel: *Schnetter, Marcus*, «Kleine Richterlein?» – Verwaltungsgerichte als Kontrolleure wissenschaftsberatender

¹⁰ Zur Rechenschaftsablegung siehe auch *Frommelt, Christian/Schiess Rütimann, Patricia M.*, Die Rolle des Landtages in der Coronapandemie. Kurzbericht. Liechtenstein-Institut, Gamprin-Bendern, 29. November 2021, S 7 f.

¹¹ Die Angaben beruhen auf Recherchen der Autorin auf der Website des BVerfG.

¹² BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 – 1 BvR 828/20.

¹³ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020 – 1 BvR 1027/20.

¹⁴ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 – 1 BvR 1021/20.

Hervorzuheben ist, dass das BVerfG gleich in zwei Corona-Urteilen auf ein Urteil des VfGH verwies nämlich auf VfGH 10.03.2021, V 583/2020, Betretungsverbot für Teile Innsbrucks.²⁷ Einmal erwähnte es auch ein Urteil des BGer, nämlich BGE 147 I 450.²⁸

IV. Österreich

Die ersten Entscheidungen des VfGH waren die folgenden:²⁹

- VfGH 08.06.2020, V 361/2020: 500 € Busse gegen eine Schülerin, die mit zwei anderen Personen in einem PKW sass. Der Antrag wurde vom VfGH zurückgewiesen, weil die Anfechtung über die Verwaltungsgerichte erfolgen musste.
- VfGH 15.06.2020, V 401/2020, V 420/2020: Der Zweit-antragsteller Linzer Athletik-Sport-Klub war nicht legitimiert, weil nicht unmittelbar in seine Rechtssphäre eingegriffen wurde. Die Erstantragstellerin LASK GmbH bezeichnete die angefochtenen Bestimmungen nicht richtig.
- VfGH 16.06.2020, V 432/2020: 14 Tage Heimquarantäne nach Wiedereinreise: Der Antrag war unzulässig, weil der Anfechtungsumfang zu eng gewählt war.
- VfGH 14.07.2020, V 411/2020: Bau- und Gartenmärkte: Die Anforderungen an die aktenmässige Dokumentation waren nicht erfüllt. Der Verordnungsgeber muss die Umstände ermitteln und dies im Erlassungsverfahren festhalten, um eine Überprüfung der Gesetzmässigkeit zu gewährleisten. Es liegt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Geschäften mit mehr als 400 m² gegenüber vergleichbaren Betriebsstätten vor.
- VfGH 14.07.2020, V 363/2020: Allgemeines Betretungsverbot: Ein Ausgangsverbot braucht eine «konkrete und entsprechend näher bestimmte Grundlage im Gesetz». (Rz 68)
Der VfGH beschäftigte sich schon vor dem BVerfG mit dem Schulunterricht:
- VfGH 10.12.2020, V 436/2020: Abwechselnder Präsenzunterricht: «Der BMBWF hat [...] keine Akten betreffend das Zustandekommen der C-SchVO, [...], vorgelegt. Für den Verfassungsgerichtshof ist daher nicht ersichtlich, welche Entscheidungsgrundlagen den Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung geleitet haben, Schülerinnen und Schülern die Verpflichtung aufzuerlegen, [...] einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen, sowie Schulklassen in zwei Gruppen zu teilen und diese abwechselnd im Präsenzunterricht in der Schule zu unterrichten.» (Rz 29)
- VfGH 10.03.2021, V 574/2020: Distance learning: Ortsungebundener Unterricht ist gesetzeskonform, da er sachlich gerechtfertigt ist. Er wird im Verordnungsakt

Politik, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2022, insb S 1037–1041.

²⁷ So in «Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen» (siehe Fn 16), Rn 204 und 217, und «Schulschliessungen» (siehe Fn 17), Rn 123 und 135.

²⁸ So in «Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen» (siehe Fn 16), Rn 186 und 189. Weil die BGE-Referenz noch nicht bekannt war, wurde die Dossiernummer BGer 2C_941/2020 genannt.

²⁹ Die Angaben beruhen auf Recherchen der Autorin auf der Website des VfGH.

genügend begründet. «Die Intensität der Belastungen für die Betroffenen steigt umso mehr, je länger und häufiger ortsungebundener Unterricht angeordnet wird. (Rz 46)

Auch der VfGH berücksichtigte, wenn es sich um Ereignisse handelt, die «weder wiederhol- noch substituierbar sind». So VfGH 24.06.2021, V 2/2021, Rz 46, betreffend die Einschränkung, dass am Zug zum Friedhof und bei der Grablegung nur fünfzig Personen anwesend sein durften.

Von den frühen Anträgen an den VfGH waren mehr erfolgreich als von den Anträgen an das BVerfG oder das BGer. Dies war vor allem der Fall, weil der VfGH die Dokumentation durch die österreichischen Behörden für mangelhaft befand.³⁰ Die Behörden lernten jedoch dazu. Sie verbesserten die Dokumentation und legten im Verordnungsakt die geforderten Begründungen offen.

V. Schweiz

5.1 Die ersten Urteile

Die ersten sechs Urteile betreffend Corona-Massnahmen, bei denen das BGer eine abstrakte Normenkontrolle vornahm,³¹ betrafen unterschiedliche Themenbereiche:

- BGE 147 I 420: Urnenabstimmungsgesetz Kanton Zürich: Ersatz der Gemeindeversammlungen durch Urnenabstimmung.
- BGE 147 I 478: Vollzugsverordnung Kanton Schwyz: Klärung von Zuständigkeiten der Kantonsregierung.
- BGE 147 I 393: Maskenpflicht in Geschäften im Kanton Freiburg.
- BGE 147 I 450: Veranstaltungsverbot Kanton Schwyz: Nur Veranstaltungen mit bis zu 30 Personen zulässig.
- BGE 148 I 19: Kundgebungen Kanton Uri: Nur Veranstaltungen mit bis zu 300 Personen zulässig.
- BGE 148 I 33: Kundgebungen Kanton Bern: Nur Veranstaltungen mit bis zu 15 Personen zulässig.

In BGE 147 I 420 vom 11. März 2021 war ein kantonales Gesetz Anfechtungsobjekt, in den anderen Urteilen eine Verordnung respektive ein Reglement der Kantonsregierung. Das Urteil in BGE 147 I 420 erging in weniger als vier Monaten.³² In den anderen Fällen dauerte es über ein halbes Jahr, bis das Urteil gesprochen wurde.³³ Erst für die beiden Urteile vom 3. September 2021 (BGE 148 I 19 und BGE 148 I 33) brauchte das BGer wieder weniger als fünf Monate.³⁴

³⁰ Siehe auch die Belege bei *Bussjäger, Peter*, Die Rangordnung der Grundrechte in der Krise, Journal für Rechtspolitik (JRP) 2021, S 256.

³¹ Das BGer kann kantonale Gesetze und Verordnungen abstrakt überprüfen, also noch bevor sie zum ersten Mal angewendet werden.

³² Beschwerde vom 30.11.2020, Urteil vom 11.03.2021.

³³ BGE 147 I 478: Beschwerde vom 05.11.2020, Urteil vom 25.06.2021; BGE 147 I 393: Beschwerde von ca. September 2020, Urteil vom 08.07.2021; BGE 147 I 450: Beschwerde vom 16.11.2020, Urteil vom 08.07.2021. Auch in den Luxemburger Fällen (siehe Fn 3) musste lange auf das Urteil gewartet werden: Von der Vorlage am 02.03.2022 bis zum Urteil vom 30.09.2022 und vom 13.05.2022 bis zum 25.11.2022.

³⁴ BGE 148 I 19: Beschwerde vom 06.04.2021, Urteil vom 03.09.2021; BGE 148 I 33: Beschwerde vom 12.04.2021, Urteil vom 03.09.2021.

Weitere frühe Urteile zum Umgang mit dem Coronavirus ergingen insbesondere zur Ausgestaltung von Zivilprozessen,³⁵ zum Ausländerrecht,³⁶ zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie³⁷ und zu Sanktionen.³⁸ Es fällt auf, dass wie in Liechtenstein in der ersten Welle keine Beschwerden erhoben worden waren.

5.2 Verfahrensrechtliche Fragen

Ein grosser Teil der Einschränkungen fand seine Grundlage in bundesrätlichen Verordnungen. Wann diese von wem überprüft werden dürfen, bot zu Beginn der Pandemie auch unter Rechtswissenschaftlerinnen und -schaffern Anlass für Diskussionen.³⁹ Etwas vereinfacht kann man sagen: Das BGer kann Verordnungen des Bundesrates überprüfen, sobald gestützt auf die Verordnung eine Verfügung und zu dieser ein Urteil ergangen ist. Dies ergibt sich aus Art 82 BGG⁴⁰ sowie aus Art 189 Abs 4 BV⁴¹, der die direkte Anfechtung von individuell-konkreten und generell-abstrakten Akten des Bundesrates und der Bundesversammlung vor BGer unzulässig erklärt. Das in Art 190 BV enthaltene Anwendungsgebot von Bundesgesetzen war im Zusammenhang mit Corona nicht von Bedeutung, weil die meisten Einschränkungen von bundesrätlichen Verordnungen und kantonalen Erlassen ausgingen. Kantonale Gerichte können Gesetze, Verordnungen und Verfügungen überprüfen, und zwar auch auf ihre Verfassungsmässigkeit.⁴²

Die verfahrensrechtlichen Aspekte wurden in den folgenden Urteilen geklärt:

- Bundesverwaltungsgericht C-5074/2020 vom 25.05.2021: Verordnungen des Bundesrates unterliegen keiner abstrakten Normenkontrolle. Folglich können sie nicht selbständig angefochten werden. Sie dürfen weder vom BGer noch vom Bundesverwaltungsgericht abstrakt überprüft werden. Sie dürfen aber akzessorisch überprüft werden.

³⁵ BGE 146 III 194 vom 06.07.2020: Videokonferenz vor dem Zürcher Handelsgericht.

³⁶ BGE 147 II 49 vom 21.07.2020: Sofortige Entlassung aus der Durchsetzungshaft, da freiwillige Ausreise nach Mali wegen Corona nicht möglich.

³⁷ BGE 147 V 225 vom 15.04.2021: Kurzarbeit Tourismusunternehmen mit Sitz in UK.

³⁸ BGer 1B_359/2021 vom 05.10.2021: Auftritt in einem Restaurant vor ca. 90 Personen.

³⁹ Siehe insb *Gerber, Kaspar*, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, in: *sui-generis* 2020, S 249–264, DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.134>, sowie die Einträge auf dem Jusletter Coronavirus-Blog von *Kaspar Gerber* und *Daniel Kettiger* unter dem Titel «Covid-19-Verordnung besondere Lage (Maskentragpflicht; Homeoffice-Empfehlung) [...]» vom 21. und 30. Oktober sowie 6. November 2020.

⁴⁰ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

⁴¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

⁴² Eine gute Übersicht zur abstrakten und akzessorischen Normenkontrolle findet sich bei: *Jaag, Tobias*, Prozessieren als Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln, in: *Seitz/Straub/Weyeneth* (Hrsg), *Rechtsschutz in Theorie und Praxis*. FS für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S 36–38.

- BGE 147 I 333 vom 24.03.2021: Auf eine selbständige Verordnung des Bundesrates gestützte Verfügungen dürfen nicht direkt beim BGer angefochten werden.
- BGE 147 V 423 vom 15.09.2021:⁴³ Akzessorische Überprüfung einer bundesrätlichen Verordnung bei der Überprüfung eines konkreten Rechtsanwendungsaktes. «Eine verfassungsunmittelbare, d.h. direkt auf der Verfassung beruhende, selbständige Verordnung des Bundesrates ist, soweit gerügt [...], auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen.» (E 2)

Der soweit ersichtlich einzige Hinweis auf ein Urteil zum vorsorglichen Rechtsschutz findet sich in BGE 148 I 89. Dieses Urteil vom 23. November 2021 qualifizierte die Maskentragpflicht ab dem 5. Primarschuljahr im Kanton Bern als verhältnismässig. Am 22. März 2021 sagte eine Zwischenverfügung:⁴⁴ «Bei Beschwerden gegen generell-abstrakte Erlasse ist die aufschiebende Wirkung nur zurückhaltend zu gewähren. In der Regel drohen in einem solchen Fall keine nicht wieder gutzumachenden Nachteile.»

5.3 Ein Beispiel für die akzessorische Überprüfung einer bundesrätlichen Verordnung und kantonale Urteile

Im bereits erwähnten BGE 147 V 423 erlitt eine selbständige Ärztin einen Erwerbsausfall, weil gemäss Covid-19-Verordnung 2 nur noch dringende Behandlungen zulässig waren. Am 16. April 2020 meldete sie sich deswegen bei der Ausgleichskasse für Erwerbsersatz gemäss der «Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall» an. Die Ausgleichskasse verneinte einen Leistungsanspruch am 29. April 2020, weil Arztpraxen von dieser Verordnung nicht erfasst seien und auch kein Härtefall vorliege. Am 13. Mai 2020 bestätigte die Ausgleichskasse den Entscheid im Einspracheverfahren. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wies die Beschwerde der Ärztin am 14. Januar 2021 ab, das BGer am 15. September 2021. Hierzu legte das BGer die bundesrätliche «Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall» aus. Es gelangte dabei zum Schluss, dass keine Lücke vorliegt. Fälle wie die der Ärztin sollten tatsächlich keine Entschädigung erhalten. Das BGer prüfte anschliessend ausführlich, ob eine Verletzung der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder der Wirtschaftsfreiheit vorliegt, verneinte dies jedoch.

Es finden sich mehrere schöne Beispiele für das in der Schweiz geltende System der diffusen Verfassungsgerichtsbarkeit, also für die Befugnis jedes Gerichts, die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide auch auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen: Das Genfer Verfassungsgericht erklärte Gottesdienste mittels aufschiebender Wirkung unter den gleichen Bedingungen für zulässig wie den Besuch von Geschäften.⁴⁵ Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich quali-

⁴³ Die Erwägung 2 ist nur in der vollständigen Version BGer 9C_132/2021 vom 15.09.2021 abgedruckt.

⁴⁴ Die Zwischenverfügung ist nicht veröffentlicht. Sie wird in BGE 148 I 89 erwähnt und in der Medienmitteilung des BGer vom 26.03.2021 zusammengefasst.

⁴⁵ Cour de justice Kanton GE: Chambre constitutionnelle, Entscheidung ACST/37/2020 und ACST/40/2020 vom 03.12.2020. Sehr ähnlich: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom

fizierte die Besuchssperre in einer Justizvollzugsanstalt⁴⁶ und das Verbot von Kundgebungen mit mehr als 15 Personen⁴⁷ als unverhältnismässig. Den Impf-, Genesungs- oder Testnachweis für Besuche in Heimen⁴⁸ und den vorübergehenden Ausschluss einer Schülerin vom Präsenzunterricht wegen Verweigerung des Spucktests⁴⁹ befand es hingegen für zulässig.

VI. Vergleich

Das liechtensteinische Recht sieht insbesondere wegen des in Art 20 Abs 1 Bst c StGHG verankerten Normenkontrollantrags mehr Beschwerdemöglichkeiten vor als das schweizerische. Demgegenüber ist das demokratische Verfahren in der Schweiz in Krisen besser geschützt, weil das Referendum gegen dringliche Bundesgesetze weder vom Bundesrat noch von der Bundesversammlung ausgeschlossen werden darf. Gemäss Art 140 Abs 1 lit c BV müssen dringlich erklärte Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage, deren Geltungsdauer ein Jahr übersteigt, innerhalb eines Jahres nach Annahme durch die Bundesversammlung dem Volk und den Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden. Gegen dringlich erklärte Bundesgesetze mit Grundlage in der Verfassung, deren Geltungsdauer ein Jahr übersteigt, kann gestützt auf Art 141 Abs 1 lit b BV das Referendum ergriffen werden. Die beiden erfolglosen Referenden gegen das Covid-19 Gesetz stützten sich auf diese Bestimmung.

Der StGH fällt seine Urteile schneller als das BGer. In beiden Staaten scheint der vorsorgliche Rechtsschutz keine grosse Rolle gespielt zu haben. Die Schweiz wurde deswegen vom EGMR im Urteil *CGAS c. Suisse*, Nr 21881/20 vom 15.03.2022 gerügt.⁵⁰ In diesem Urteil strich der EGMR überdies die Bedeutung der Versammlungsfreiheit hervor.

Verschiedene Urteile des VfGH wurden von den liechtensteinischen Medien kommentiert. Soweit ersichtlich, blieb dies jedoch ohne Einfluss auf die Rechtsetzung. Die österreichischen Urteile motivierten auch nicht zu Beschwerden an den StGH, obwohl der Zugang zu den beiden Verfassungsgerichten sehr ähnlich ausgestaltet ist und die Liechtensteiner Regierung ihre Verordnungen wenig ausführlich dokumentierte.

Das BVerfG nahm die Beschwerden zum Anlass, insbesondere das Recht auf schulische Bildung und die Schutzpflichten dogmatisch weiterzuentwickeln. Dem-

gegenüber konzentrierte sich der StGH auf die Beantwortung der konkret gestellten Fragen zum 3G- und 2G-Regime. Er äusserte sich jedoch in allgemeiner Form zum Verhältnis Liechtensteins zu seinen Nachbarländern. Überdies wandte er sich – wie ausgeführt – direkt an die Antragstellerinnen und -steller.

Sowohl in Deutschland als auch in Liechtenstein erfolgte die Prüfung der Corona-Massnahmen in den hier interessierenden frühen Urteilen im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle. In Liechtenstein kann sie gegenüber Verordnungen der Regierung gestützt auf Art 20 Abs 1 StGHG erfolgen. Erforderlich sind hierfür die Unterschriften von hundert Stimmberechtigten innert eines Monats seit der Kundmachung. In Deutschland kann eine abstrakte Normenkontrolle gemäss Art 93 Abs 1 Nr 2 GG durch die Bundesregierung, eine Landesregierung oder einen Viertel der Mitglieder des Bundestages ausgelöst werden. Soweit ersichtlich, ergingen die Urteile des BVerfG nicht in einem solchen Verfahren, aber als so genannte Rechtssatzverfassungsbeschwerden gleichwohl ohne konkreten Anwendungsfall und ohne Rechtswegerschöpfung.⁵¹ Besonderheiten gelten auch für Beschwerden gegen gesetzgeberisches Unterlassen, was insbesondere im Urteil «Triage» zum Tragen kam.⁵²

In allen vier Staaten erlangten während der Pandemie Rechtsmittel eine grosse Bedeutung, die ansonsten eher selten ergriffen werden.⁵³ In Liechtenstein waren dies die Individualbeschwerde gestützt auf Art 15 Abs 3 StGHG⁵⁴ sowie die abstrakte Normenkontrolle gemäss Art 20 Abs 1 Bst c StGHG. In Österreich stand der auf Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG gestützte Individualantrag im Vordergrund, in Deutschland die Rechtssatzverfassungsbeschwerde. In der Schweiz ergingen wesentliche Urteile in der Form der abstrakten Prüfung kantonaler Erlasse gestützt auf Art 82 lit b BGG sowie Art 87 BGG.

Die Massnahmen, über deren Verfassungsmässigkeit die Gerichte zu entscheiden hatten, standen in den allermeisten Fällen im Urteilszeitpunkt nicht mehr in Kraft. Allen Gerichten stellte sich die Frage nach dem Handlungsspielraum des Gesetz- und des Ordnungsgebers und folglich nach ihrer eigenen Zurückhaltung.⁵⁵

Liechtenstein, Österreich und Deutschland folgen dem Typus konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, die Schweiz dem Typus diffuse Verfassungsgerichtsbarkeit. In den wichtigen Urteilen zu den einschränkenden Massnahmen war das BGer jedoch – wie StGH, VfGH und BVerfG – erste und einzige Instanz, weil es eine abstrakte Kontrolle kantonaler Bestimmungen vorzunehmen hatte.

29. April 2020 – 1 BvQ 44/20 (Freitagsgebet in einer Moschee in Niedersachsen).

⁴⁶ Verwaltungsgericht Kanton ZH, VB.2020.00590 vom 06.04.2021, Beschwerde gegen eine Verfügung der Justizdirektion.

⁴⁷ Verwaltungsgericht Kanton ZH, AN.2021.00003 vom 29.04.2021, abstrakte Normenkontrolle.

⁴⁸ Verwaltungsgericht Kanton ZH, AN.2021.00023 vom 16.12.2021, abstrakte Normenkontrolle. Auf eine ähnliche Beschwerde konnte das Verwaltungsgericht Kanton SG (siehe den Präsidiabescheid B 2020/112 vom 12.06.2020) mangels Grundlage im kantonalen Recht nicht eintreten.

⁴⁹ Verwaltungsgericht Kanton ZH, VB.2021.00680 vom 25.11.2021, Rekurs gegen einen Beschluss des Bezirksrates.

⁵⁰ Das BVerfG kann sehr rasch über die Durchführung von Versammlungen entscheiden. Siehe insb: BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 – 1 BvR 828/20, und BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020 – 1 BvQ 37/20.

⁵¹ «Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen» (siehe Fn 16), Rn 100–103; «Schulschliessungen» (siehe Fn 17), Rn 40; «Impfnachweis (Covid-19)» (siehe Fn 21), Rn 102–104.

⁵² «Triage» (siehe Fn 19), Rn 66, 82–85.

⁵³ Der luxemburgische Verfassungsgerichtshof kann nur in einem hängigen Verfahren angerufen werden. Siehe Art 6 Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, abrufbar unter: <http://data.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1997/07/27/n6>.

⁵⁴ Der StGH bezeichnete diese Beschwerde als «besonderes Rechtsmittel», so zB in StGH 2021/081 Erw 1.4, StGH 2018/115 Erw 1.3 und StGH 2017/124 Erw 1.2.1.

⁵⁵ StGH 2021/082 Erw 3.3 spricht von «judikativer Zurückhaltung», das BVerfG von der «Einschätzungs-» und «Entscheidungsprärogative» des Gesetzgebers.

Dem Modell der diffusen Verfassungsgerichtsbarkeit folgend, die jede Instanz zur Prüfung der ihr vorgelegten Normen und Entscheidungen auf ihre Verfassungsmässigkeit ermächtigt, ergingen wichtige Urteile auch durch kantonale Gerichte.

VII. Schlussbemerkungen

Den Gerichten stellten sich während der Pandemie keine gänzlich neuen Fragen. Vielmehr konnten der StGH, aber auch das BGer, der VfGH und das BVerfG bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Corona-Massnahmen auf ältere Urteile und allgemeine Literatur zu den Grundrechten verweisen.

Damit die Arbeit der Verfassungsgerichte Wirkungen entfalten kann, müssen ihre Urteile zur Kenntnis genommen und verstanden werden.⁵⁶ Werden sie wie diejenigen zu den Corona-Massnahmen kritisiert, zeigt dies, dass zumindest die Kritikerinnen und Kritiker etwas anderes erwartet hatten. Solange eine Erwartungshaltung besteht, sind Gerichte ernst zu nehmende Akteure. Anlass zu Sorge bestünde, wenn keine Beschwerden mehr erhoben würden.⁵⁷ Dem war in Liechtenstein nicht so, wandten sich doch die in StGH 2021/082 unterlegenen Kreise mit dem Normenkontrollantrag zu StGH 2022/003 noch einmal an den StGH. Gleichwohl machte sich vor allem in Deutschland selbst unter Juristinnen und Juristen eine gewisse Ernüchterung breit. Das BVerfG erklärte nämlich Massnahmen, die viel weiter gingen als die in Liechtenstein geltenden Einschränkungen, für verfassungsmässig.⁵⁸ Anders als erwartet,⁵⁹ fiel die Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit in vielen Fällen nicht bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit,⁶⁰ sondern bei der Prüfung der gesetzlichen Grundlage.

Es ist richtig und wichtig, dass Verfassungsgerichte prüfen, ob für die Grundrechtseingriffe eine genügende gesetzliche Grundlage vorliegt. Sind sich Regierung und Parlament jedoch einig, dass in einer Krise schwerwiegende Eingriffe in die Rechte Privater erforderlich sind, können sie entsprechende Gesetze erlassen. Wird die Bedrohung als ernst empfunden und scheinen die Massnahmen nützlich, so kann – sofern ein solches notwendig ist – auch das Ja der Stimmberechtigten erreicht werden.⁶¹ Auch eine breite demokratische Legitimation

garantiert jedoch nicht, dass den Rechten von Minderheiten und sozial benachteiligten Menschen Rechnung getragen wird.⁶² Es ist deshalb zu bedauern, dass das Urteil zur Triage den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers so stark betont⁶³ und viele Aussagen des BVerfG zu den Schulschliessungen vage bleiben.⁶⁴

Um beurteilen zu können, ob eine Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist, muss das Ziel bekannt sein, das sie verfolgt.⁶⁵ Indem der VfGH in seinen ersten Urteilen darauf pochte, dass die Behörden die Basis ihrer Entscheide gut dokumentieren, hat er die Grundlagen hierfür gelegt. Die Schweizer Gerichte fokussierten weniger stark auf diesen Aspekt.

Stehen die vom Gericht für verfassungswidrig erkannten Normen bereits nicht mehr in Kraft, kann sie das Gericht nicht aufheben. Ob die politischen Organe gestützt auf die Urteile ähnliche Normen und die Praxis kritisch prüften, müsste näher untersucht werden.⁶⁶ In Liechtenstein setzten Regierung und Landtag den Auftrag von StGH 2022/003 getreu um, indem sie eine Grundlage für die Einführung von 2G schufen.⁶⁷ Sie diskutierten jedoch nicht, ob auch für weitere schwere Einschränkungen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden sollte.

⁵⁶ Ähnlich *Schmidt, Reiner*, Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?, *Juristenzeitung (JZ)* 2022, S 858, und *Stockinger, Barbara*, Gerichtliche Kontrolle und Kommunikation in der Corona-Pandemie, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2022, S 31.

⁵⁷ Ähnlich bezogen auf die deutschen Gerichte: *Stockinger* (siehe Fn 56), S 30.

⁵⁸ Eine Übersicht über die Kritik an den Urteilen findet sich zB bei *Schmidt* (siehe Fn 56), S 856 f.

⁵⁹ Siehe *Müller, Markus*, Vom Kampf zur Ordnung, *ZBl* 122/2021, S 129 f, der dabei ein Verständnis der Verhältnismässigkeit fordert, die «der Freiheit aller verpflichtet [ist] und [...] damit zwangsläufig auch alle in die Pflicht» nimmt. Kritischer zum Leistungsvermögen des Verhältnismässigkeitsprinzips insb: *Froese, Judith*, Das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Krise, *DÖV* 2022, S 389–400.

⁶⁰ Siehe zur Verhältnismässigkeitsprüfung durch den VfGH: *Bussjäger* (siehe Fn 30), S 257–260.

⁶¹ Dass die liechtensteinischen Stimmberechtigten die gesetzliche Grundlage für 2G am 18. September 2022 ablehnten, während die Schweizer Stimmberechtigten dem Covid-19-Gesetz am 13. Juni 2021 zustimmten und am 28. November 2021 eine Ände-

rung desselben guthiessen, dürfte mit der unterschiedlich starken Bedrohung durch das Virus zum Abstimmungszeitpunkt zusammenhängen.

⁶² *Masing, Johannes*, Politische Friedensgewähr und Idealität der Verfassung, *JZ* 2022, S 137 f, betonte, wie wertvoll es ist, dass sich die Richterinnen und Richter des BVerfG «keine politische Zustimmung sichern müssen» (S 137) und das BVerfG auch «gegen aktuelle Mehrheiten» entscheiden kann (S 138).

⁶³ Siehe «Triage» (siehe Fn 19), insb Rn 126, aber auch Rn 128.

⁶⁴ «Schulschliessungen» (siehe Fn 17), Rn 196, setzt keine zeitliche Obergrenze. Siehe auch Rn 191.

⁶⁵ Zur Kritik an der Unbestimmtheit des Begriffs «Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems» siehe: *Leisner-Egensperger, Anna*, Die Freiheit und ihr Schutz. Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Pandemiebekämpfung, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2021, S 2419. Zur Pflicht des Gesetzgebers, Zielkonflikte aufzulösen, siehe insb: *Biaggini, Giovanni*, Für ein freiheitliches, staatsgerichtetes Verständnis der Verhältnismässigkeit, *ZBl* 122/2021, S 362.

⁶⁶ Zur Umsetzung des Urteils «Triage» (siehe Fn 19) verabschiedete der Bundestag am 10. November 2022 das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (BGBl I S 2235). Es fügte § 5c IfSG ein.

⁶⁷ Zur Ablehnung dieser Vorlage durch die Stimmberechtigten siehe Fn 61.