



Stellungnahme des Committee Board zu den geplanten Covid-Massnahmen des Bundesrates gemäss Medienkonferenz vom 12. Januar 2022:

Verlängerung des verfassungswidrigen 2G-Regimes entgegen jeder Evidenz.

1. Ausgangslage

Kurz vor Jahreswechsel hatte der Bundesrat die 2G-Zertifikatspflicht eingeführt und damit weite Teile der Bevölkerung ab 20. Dezember 2021 für mindestens einen Monat (bis 24. Januar 2022)¹ von der Teilhabe am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, kulturellen und von gewissen Aktivitäten des privaten Lebens weitgehend ausgeschlossen. Dieses Regime steht in einer Reihe von zahlreichen Massnahmen, welche bezüglich Dauer und Eingriffswirkung eine für die Schweiz einmalige Dimension erreichen.

Mit Schreiben an die Präsidenten von National und Ständerat vom 24. Dezember 2021 (unterzeichnet von 133 Juristinnen und Juristen der Schweiz;² nachfolgend: **«2G-Deklaration»**) reagierte das Juristen-Komitee auf dieses 2G-Regime und legte dar, warum diese einmaligen Eingriffe in zahlreiche Grundrechte der Bevölkerung, in die Gesellschaft sowie in die Wirtschaft *ohne jede Evidenz einer Bedrohung der öffentlichen Gesundheit* erfolgten, und dass deshalb die in Art. 36 Abs. 1–3 der Bundesverfassung verankerten Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe nicht erfüllt seien (Gesetzliche Grundlage; Öffentliches Interesse; Verhältnismässigkeit).

Obwohl die Sterbezahlen per 2021 im Vergleich zu den Vorjahren 2010 bis 2019 im unteren Erwartungsbereich liegen,³ trotz eines über das Jahr 2021 erfreulich ausgeglichenen Hospitalisierungsgeschehens⁴ und obwohl sich alle massgebenden Faktoren (Hospitalisierungs- und Sterbezahlen; Auslastungszahlen Spitäler und Intensivpflege) seit Mitte

¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 12.01.2022, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-86544.html>.

² Juristen Komitee, «Deklaration von Schweizer Juristen: 2G-Zertifikatspflicht ist verfassungswidrig», 24.12.2021, <https://juristen-komitee.ch/declaration-2g/> (unterdessen unterzeichnet von über 300 Juristinnen und Juristen aus der Schweiz).

³ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff. 1.1.

⁴ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff.1.2, Ziff. 1.3.

Dezember 2021 insgesamt weiter kontinuierlich verbessert haben,⁵ will der Bundesrat an seinen drakonischen Massnahmen festhalten. Er schlug den Kantonen an seiner Medienkonferenz vom 12. Januar 2022 vor, das verfassungswidrige 2G-Regime um rund zwei weitere Monate bis 31. März 2022 zu verlängern und die Gültigkeitsdauer der 2G-Zertifikate (von bisher 365) auf 270 Tage zu verkürzen.⁶

Betroffen von diesen 2G-Einschränkungen sind sämtliche Personen ab 16 Jahren, welche nicht bereits über ein gültiges Impf- oder Genesungs-Zertifikat verfügen.

Vor diesem Hintergrund, und weil das Handeln des Bundesrates sowohl der im Schreiben 2G-Deklaration vom 24. Dezember 2021 aufgezeigten rechtserheblichen Evidenz als auch den sich daraus ergebenden rechtlichen Schlussfolgerungen diametral zuwiderläuft, sieht sich das **Committee Board** des Juristen Komitees veranlasst, vorliegende Stellungnahme in eigenem Namen abzugeben.

Vorliegende Stellungnahme erfolgt nicht im Namen der Unterzeichner des 2G-Deklaration vom 24. Dezember 2021. Weitere Schritte unter Einbezug eines offenen Unterzeichnerkreises von Juristinnen und Juristen bleiben ausdrücklich vorbehalten.

2. Motivation des Bundesrates

Der Bundesrat stützt seine überaus restriktiven Massnahmen nicht auf eine öffentlich verfügbare Evidenz von Sterbe- und Hospitalisierungszahlen. In seiner Medienmitteilung vom 12. Januar 2022 bestätigt er sogar den positiven Trend dieser Faktoren ausdrücklich, nämlich:

- dass die Hospitalisierungen und die Auslastung der Intensivpflegestationen gesunken seien, während die Fallzahlen in den letzten Wochen auf Rekordwerte anstiegen;
- dass Geimpfte und genesene Personen nach einer Infektion mit der Omikron-Variante deutlich weniger häufig hospitalisiert würden und
- dass auch der Anteil hospitalisierter Personen, die auf der Intensivstation behandelt werden müssen, mittlerweile geringer sei.

Trotzdem will der Bundesrat von den Kantonen eine Zustimmung zur Verlängerung des grundrechtswidrigen 2G-Regimes einholen. Er stützt sich in seiner Begründung vom 12. Januar 2022 auf eine reine Hypothesenlogik, wonach die Belastung in den Spitälern «steigen dürfte»:

⁵ BAG, Offizielle Statistik Fallzahlen, Hospitalisierungen, Todesfälle, <https://www.covid19.admin.ch/de/epidemiologic/test?time=total&geoView=table>.

⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 12.01.2022, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86772.html>.

«Obwohl die Omikron-Variante für geimpfte und genesene Personen weniger gefährlich ist, ist ein Anstieg der Hospitalisationen wegen der sehr hohe[n] Zahl von Infektionen wahrscheinlich. Die Belastung dürfte zuerst im normalen Akutbettenbereich steigen, bevor sie möglicherweise auch auf den Intensivpflegestationen zunehmen wird. Immer mehr Patientinnen und Patienten werden positiv getestet, die nicht wegen einer Covid-19-Erkrankung hospitalisiert wurden. Sie müssen in der Folge isoliert werden, wodurch die Betreuung im Spital aufwändiger wird. Hinzu kommt, dass auch im Spital ein wachsender Anteil des Personals wegen Erkrankungen abwesend sein wird.»⁷

3. Einwände aus juristischer Sicht

Zu dieser evidenzbefreiten Begründung des Bundesrates sind aus Sicht des Committee Board folgende – nicht abschliessende – Einwände vorzubringen (weitere Einwände bleiben vorbehalten):

3.1. Über längere Zeit bestätigte Erkenntnisse sind zu berücksichtigen

Wie in der 2G-Deklaration vom 24. Dezember 2021 ausgeführt und belegt, lag per Ende Jahr 2021 ausreichend gesicherte Evidenz vor, um eine erhebliche effektive Bedrohung der öffentlichen Gesundheit durch SARS-Cov-2 auszuschliessen.⁸

Je mehr Zeit im Rahmen einer Epidemie vergeht, und je mehr Daten zur Wirkungsweise und zur tatsächlichen Gefährlichkeit bestimmter Krankheitserreger zur Verfügung stehen, desto mehr haben die verantwortlichen Behörden dieses Wissen bei ihren Entscheiden auch tatsächlich zu berücksichtigen.⁹ Dies gilt auch für die angewandten Diagnose-,¹⁰ Präventions- und Behandlungsmethoden.¹¹ Im Zusammenhang mit der Bekämpfung von polizeilichen Schutzgütern wie der öffentlichen Gesundheit können sich die Behörden für ihre Entscheide nicht ewig auf einen privilegierten «Chaos-Bonus» berufen und Einschränkungen auf Vorrat verfügen,¹² bloss weil «Restrisiken» nicht ganz ausgeschlossen

⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 12.01.2022 (Hervorhebungen hinzugefügt): <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86772.html>.

⁸ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff. 1.

⁹ Urteil 2C_228/2021 des BGer vom 23.11.2021, E. 4.8: «Dies bedingt allerdings, dass die Behörden ihren Wissensstand laufend erweitern. Mit zunehmender Dauer der Freiheitsbeschränkungen steigen auch die Anforderungen an die wissenschaftlichen Grundlagen für die Risikoabschätzung, namentlich weil die erwähnten Unsicherheiten betreffend neu auftretende Infektionskrankheiten (vgl. E. 4.7 hiervor) abnehmen.»

¹⁰ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff. 1.4 betr. Irrelevanz der Fallzahlen (PCR-Test).

¹¹ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff. 3, RZ 16 und FN 16.

¹² In diesem Sinne auch GERBER, «Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Corona-massnahmen», in: Jusletter 16. August 2021, Ziff. 2.3.2 RZ [30] zu BGE Urteil 2C_8/2021 vom 25.06.2021.

werden können. Das gesamte Leben beinhaltet gewisse Restrisiken. Entsprechend hielt das Bundesgericht fest:

«Soweit möglich, sind die Risiken zu quantifizieren; dabei ist nicht nur auf die denkbaren worst-case-Szenarien abzustellen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit dieser Szenarien zu berücksichtigen (BGE 127 II 18 E. 5d). Umgekehrt müssen auch die negativen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Massnahmen berücksichtigt werden (BGE 132 II 305 E. 4.4 und 5.1).»¹³

Die jüngste Worst-Case Argumentation des Bundesrates steht allzu offensichtlich in klarem Widerspruch zum rechtlich massgebenden Sachverhalt der letzten Monate und damit auch zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Das darin enthaltene Element der Erforderlichkeit gebietet es, dass grundrechtsbeschränkende Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit nur solange andauern dürfen, wie die unmittelbare Gefahr tatsächlich droht, und dass mildere Mittel zum Einsatz kommen müssen, wenn diese geeignet sind, dasselbe Ziel zu erreichen.¹⁴ Dieser Grundsatz der Erforderlichkeit war dem Bundesgesetzgeber im Zusammenhang mit epidemiologisch motivierten Eingriffen derart wichtig, dass er ihn an drei Stellen des Epidemieggesetzes ausdrücklich verankerte, nämlich in Art. 30, Art. 31 Abs. 4 und in Art. 40 Abs. 3 EpG.

Gestützt auf den dauerhaft günstigen Verlauf der rechtserheblichen, gesicherten Daten seit Ende Januar 2021 und in Anbetracht der Tatsache, dass es bei der Bekämpfung von epidemiologischen Risiken immer auch um die Minimierung gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Schäden gehen muss (dazu nachfolgend Ziff. 3.2), hätte der Bundesrat längst zwingend Veranlassung gehabt, Massnahmen mit der individuell, gesellschaftlich und wirtschaftlich grössten Eingriffswirkung (insbesondere die Zertifikatspflicht) wieder zurückzunehmen, anstatt sie zu verlängern.

3.2. Bundeskompetenz auf besonders gravierende Krankheiten beschränkt

Das Epidemieggesetz stützt sich in epidemiologischer Hinsicht auf Art. 118 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung.¹⁵ Wie aus der massgebenden Kommentarliteratur zu dieser Verfassungsbestimmung unzweideutig hervorgeht, beschränkt sich die Kompetenz des Bundes auf Massnahmen, welche der *Abwehr besonders gravierender Krankheiten dienen, die schwerwiegende Folgen für die öffentliche Gesundheit haben*. Es geht um den Schutz

¹³ Urteil 2C_228/2021 des BGer vom 23.11.2021, E. 4.5; Urteil 2C_941/2020 des BGer vom 8. Juli 2021 (zur Publ. vorgesehen), E. 3.2.4.

¹⁴ BGE 135 I 176; E.3.3; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, N. 322.

¹⁵ Die übrigen Kompetenznormen (Art. 40 Abs. 2; 119 Abs. 2; Art. 120 Abs. 2 BV) sind im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant.

des Lebens und der Gesundheit vor ernstlicher Bedrohung. Massgeblich sind insbesondere (aber nicht nur) volkswirtschaftliche Gesichtspunkte, d.h. eine Krankheit begründet dann eine Kompetenz des Bundes zu deren Bekämpfung, wenn sie negative Auswirkungen auf die Arbeitsleistung der Bevölkerung zeitigt und hohe soziale Kosten verursacht.¹⁶

Die auf das Epidemienengesetz des Bundes abgestützten Massnahmen von Bund und Kantonen haben deshalb nicht erst dann zu enden, wenn auch die letzte infektiöse Mutation von SARS-Cov-2 erfolgreich bekämpft wurde. Vielmehr sind insbesondere jene Massnahmen mit hoher Eingriffswirkung für Private, Gesellschaft und die Wirtschaft (wie z.B. Zertifikatspflicht) schon dann zurückzunehmen, wenn die Hospitalisierungs- und Todesfallzahlen die Maxima früherer Grippejahre (welche die Schweiz auch ohne Zertifikatspflicht erfolgreich gemeistert hatte) über längere Zeit wieder unterschreitet. Dies ist vorliegend im Vergleich zu den Vorjahren 2010–2019 seit spätestens Januar 2021 dauerhaft der Fall.

Dass die Sterberaten in den einzelnen Altersgruppen – wie vorliegend für das Jahr 2021 nachweisbar – im Vergleich zu den Vorjahren sogar unter den Mittelwert sinken, ist nicht erforderlich. Mit Blick auf die verfassungsrechtlich limitierte Kompetenz des Bundes (*limitiert auf Krankheitsgeschehen mit besonders gravierenden Folgen für die öffentliche Gesundheit*) haben die vorliegend offiziell verfügbaren Zahlen für Bundesrat und Parlament ab Ende Januar 2021 zu keinem Zeitpunkt eine Basis für die Einführung der Zertifikatspflicht geboten.

Die Schärfe epidemiologisch motivierter Massnahmen sowie die daraus resultierenden massnahmenbedingten Opfer für Private, die Gesellschaft und für die Wirtschaft stehen jedenfalls Stand heute in keinem halbwegs vernünftigen Verhältnis mehr zur mittlerweile abgeschwächten Bedrohung, welche von SARS-Cov-2 und seinen diversen Mutationen im heutigen Zeitpunkt für die öffentliche Gesundheit tatsächlich noch ausgeht.

3.3. Erheblicher Korrekturbedarf bzgl. BAG-Hospitalisierungszahlen

Eine unerwartete Wendung bei der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts ergab sich kürzlich aus dem Eingeständnis von Bundesrat CASSIS¹⁷ und durch zahlreiche Medienberichte¹⁸, wonach rund 50% der vom BAG als «Covid-19-Hospitalisierungen» ausge-

¹⁶ SG Kommentar BV-POLEDNA, Artikel 118 N 14; SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, RZ 8 ff.; BS Kommentar BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, N 21.

¹⁷ Bundesrat Ignazio Cassis in SRF-Sendung Arena vom 7. Jan 2022: «[...] Wer mit einem Auto verunfallt und stirbt und Corona-positiv ist, ist ein Corona-Toter. Das hängt von der [WHO-] Definition ab. [...]».

¹⁸ Blick-online, 07.01.2022, «Spitaleinweisungen wegen Corona sind tiefer als ausgewiesen»; Sonntagszeitung, 09.01.2022, S. 9, «Vergesst die Fallzahlen»; NZZ-online 12.1.2022, «Aus Angst, Fehler zu machen, begeht der Bund seinen grössten Irrtum.».

wiesenen Fälle in Tat und Wahrheit aus anderen Gründen (als wegen einer SARS-Cov-2-Infektion) hospitalisiert wurden.

Dieser Korrekturbedarf um rund 50% (Reduktion der SARS-Cov-2 bedingten Spitaleinweisungen) ist eine neue Tatsache von erheblicher Bedeutung. Sie hat in die Risikobeurteilung der verantwortlichen Behörden umgehend einzufließen und bestätigt die bereits mit Schreiben des Juristen Komitees vom 24. Dezember 2021 ausgeführten Tatsachen, wonach (i.) sich aus der Auslastung der Spitäler in keiner Weise eine effektive Bedrohung der öffentlichen Gesundheit aufgrund von SARS-Cov-2 ablesen lässt,¹⁹ und (ii.) hohe Fallzahlen für sich allein mitnichten ein taugliches Kriterium zur Quantifizierung der Bedrohung der öffentlichen Gesundheit sind.²⁰

4. Zusammenfassung

Aufgrund dieser Tatsachen und rechtlichen Überlegungen sowie unter Verweis auf die 2G-Deklaration des Juristen Komitees an die Präsidenten von National- und Ständerat **lehnt das Committee Board des Juristen Komitees jede Verlängerung der Zertifikatspflicht (2G und 3G) und jede weitere Verschärfung von Massnahmen gegenüber der allgemeinen Bevölkerung als zusätzliche Verfassungsverletzung ab.**

Das Committee Board fordert vielmehr die Aufhebung dieser extremen Massnahmen. Der rechtserhebliche Sachverhalt, der Rechtsstatus der besonderen Lage (Art. 6 EpG) und die angeordneten Massnahmen sind vielmehr umgehend einer unabhängigen und wirksamen Überprüfung im Sinne von Art. 169 und 170 Bundesverfassung zu unterziehen.

Vor diesem Hintergrund wird das Committee Board in den kommenden Tagen weitere Schritte prüfen, damit den in der 2G-Deklaration vom 24. Dezember 2021 formulierten und ausreichend substantiierten Anliegen (betreffend wirksame Überprüfung der rechtserheblichen Grundlagen aller aktuell geltenden Massnahmen; Rückkehr zur verfassungsmässigen Grundordnung) das erforderliche rechtliche Gehör zuteil wird.

Das Committee Board:

Lic. iur. Michelle Cailler;

Lic. iur. Henri Gendre, Rechtsanwalt;

Dr. iur. Danica Gianola, Solicitor;

Fürsprecher Philipp Kruse, LL.M.;

Dr. iur. Markus Zollinger, Rechtsanwalt.

¹⁹ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff. 1.2.

²⁰ 2G-Deklaration (vorn FN 2), Ziff. 1.4.