

Im Fokus



Felix Uhlmann*

Die Rolle des Rechts in der Pandemie

Die Pandemie stellt die Gesellschaft in vielen Bereichen vor neue Fragen. Dies gilt auch für die Rechtswissenschaft, wobei man einwenden kann, dass die Fragen unter Umständen nicht neu sind, sondern sich erst in der Krise in dieser Deutlichkeit zeigen. Die Pandemie testet die Leistungsgrenze des Rechts. Sie bietet Anlass, einige Grundfragen der Rechtswissenschaft in diesem Kontext zu beleuchten.

Inhaltsübersicht

I. Normativität und Neutralität des Rechts

II. Funktion und Funktionsgrenzen des Rechts

III. Perfektion und Pragmatismus

IV. Kenntnisse und Krise

I. Normativität und Neutralität des Rechts

Die Rechtswissenschaft ist eine normative Wissenschaft. Sie trifft regelmässig Aussagen zum Sollen, nicht nur zum Sein. Die Grundlage zu solchen Aussagen ist das Recht selbst, was eine gewisse Selbstreferenz der Rechtswissenschaft bedeutet. Für Personen ohne juristische Ausbildung kann es schwierig sein, rechtliches Denken nachzuvollziehen. Deshalb wird der Jurisprudenz zum Teil die Wissenschaftlichkeit abgesprochen.

Es ist Aufgabe der Juristinnen und Juristen, die Besonderheit ihrer Tätigkeit zu verstehen und bei Bedarf zu erläutern. Sie tragen eine grosse Verantwortung, weil sie praktische Aussagen darüber machen, was getan werden darf und was nicht. Diese «Macht» ist offensichtlich während einer Pandemie und der damit verbundenen weitgehenden Einschränkungen des

täglichen Lebens, aber natürlich auch in der täglichen Arbeit eine Herausforderung.

Die Macht darf auch nicht missbraucht werden, indem Juristinnen und Juristen sich hinter dem Recht «verstecken». Recht und Rationalität sind untrennbar verbunden. Wenn es nicht gelingt, auch Personen ausserhalb des Zirkels der Rechtswissenschaft ein juristisches Ergebnis überzeugend zu erklären, haben die Juristinnen und Juristen ihre Aufgabe nicht erfüllt. Jedes Ergebnis sollte den «Grossmuttertest»¹ bestehen: Widerspricht ein Resultat der Intuition oder dem Gerechtigkeitsempfinden, spricht vieles dafür, dass das Ergebnis auch juristisch fehlerhaft ist. Das juristische Argumentarium kennt eine Vielzahl von Instituten wie Treu und Glauben, Willkürverbot usw., die eine Kluft zwischen strikter Normanwendung und Gerechtigkeitsempfinden überbrücken sollen. Juristisches Arbeiten wird von aussen oft als formalistisch und floskelhaft wahrgenommen. Diesem Eindruck ist entgegenzutreten. Wenn Formen gewahrt werden müssen, sollte man erklären können, weshalb die Formen von Bedeutung sind und dass sie oft dem Schutz der Rechtssuchenden dienen. Das Recht schützt explizit vor überspitztem Formalismus.

Normatives Denken bedeutet aber nicht Entscheiden nach Gefühl. Darin liegt ein weiteres verbreitetes Missverständnis. Eine juristische Analyse soll nüchtern und emotionslos stattfinden. Den Studierenden werden in gewisser Weise die Emotionen ausgetrieben, und zwar in dem Sinne, dass eine juristische Analyse nicht mit der Absicht durchgeführt werden soll, ein bestimmtes Ergebnis anzustreben – was im Alter nicht in Zynismus umschlagen sollte, der unter Juristinnen und Juristen durchaus verbreitet ist. Zusammenfassend: Juristische Hermeneutik ist im Ergebnis normativ, in der Durchführung aber neutral, ergebnisoffen. Neutralität schliesst die Grossmutter nicht aus.

Natürlich kennt die Rechtswissenschaft verschiedene Rollen. Recht kann und darf Kampfmittel sein. Anwältinnen und Anwälte dürfen nichts Unwahres vertreten, aber sie nehmen eine einseitige Würdigung vor (die klugerweise nicht so weit geht, jede juristische Glaubwürdigkeit zu verlieren). Viele Klientinnen und Klienten sind aber an einer ungeschminkten (neutralen) Einschätzung interessiert, um Chancen und Risiken abwägen zu können. Richterinnen und Richter sind unparteilich und unabhängig. Verwaltungsbehörden sind dem breiten öffentlichen Interesse, nicht Partikularinteressen verpflichtet. Justitia ist blind.

Wer sich als Juristin und Jurist in der Öffentlichkeit zu Rechtsfragen der Pandemie äussert, sollte dieser Blindheit gewahr sein. In der Öffentlichkeit wird nicht immer verstanden, dass eine zustimmende oder kritische Äusserung zu dieser

oder jener Massnahme nicht bedeutet, dass die betreffende Person allgemein für oder gegen härtere Massnahmen oder Lockerungen eintritt. Massgebend ist das juristische Ergebnis.

II. Funktion und Funktionsgrenzen des Rechts

Ein juristisches Ergebnis ist keine Rechenaufgabe. Zwar gibt es Juristinnen und Juristen, die ihre Einschätzung mit naturwissenschaftlicher Wahrheit gleichsetzen. Sie überschätzen sich. Juristische Ergebnisse sind aber auch nicht beliebig, und Juristinnen und Juristen tun gut daran, die Glaubhaftigkeit des Rechts nicht mit (zu) einseitigen Einschätzungen zu beschädigen, sondern an ihre Neutralität zu denken. Dem alten Bonmot, dass zwei Juristen drei Meinungen vertreten, sollte nicht noch Vorschub geleistet werden.

Juristinnen und Juristen können und müssen aber unterschiedliche Meinungen äussern. Nach meiner Erfahrung sind Studierende fasziniert von den Diskussionen bei einer mündlichen Verhandlung am Bundesgericht. Selbstkritisch müssen sich die Universitäten fragen, ob den heutigen Studierenden die Komplexität juristischer Fragen noch bewusst ist und wie viel an juristischem Verständnis auf dem Altar leicht verdaulicher Stoffvermittlung geopfert wurde. Diese Kritik trifft nicht die Studierenden: dass diese möglichst gute Noten in Prüfungen anstreben, die aufgrund von Massenprüfungen eher in die Breite als in die Tiefe gehen, ist ihnen in keiner Weise vorzuwerfen.

Zurück zum juristischen Diskurs: Dieser war und ist gerade in der Pandemie insgesamt erstaunlich lebhaft. Juristischer Diskurs führt zu einem besseren Verständnis der Antworten. Juristinnen und Juristen sollten eingestehen können, dass sie in einer ersten Einschätzung vielleicht noch nicht alle wesentlichen Punkte gesehen haben. Für andere Wissenschaften ist dies selbstverständlich. Ziel einer guten juristischen Diskussion ist ein einigermaßen breit abgestütztes, überzeugendes Ergebnis. Es zeigt den politischen Akteuren die Grenzen und Möglichkeiten zulässigen rechtsstaatlichen Handelns. Darin liegt die zentrale Funktion der Rechtswissenschaft in einer Pandemie.

Bei einer juristischen Einschätzung muss man nicht nur die Grenzen der Hermeneutik offenlegen, etwa im Sinne, dass in der Pandemie viele Fragen so sich schlicht noch nicht gestellt haben, und dass gewisse persönliche Wertungen unvermeidbar sind. Zu beachten ist auch die hohe Interdisziplinarität der juristischen Arbeit. Ihre Aussagen sind oft abhängig von einem «Sachverhalt», dessen Klärung durch andere Disziplinen erst eine juristische Analyse erlaubt.

Die Abschichtung von Fakten und Recht ist aber alles andere als trivial. Dies lässt sich anhand der *Prüfung der Verhältnismässigkeit* verdeutlichen, die gerade in der Pandemie einen zentralen rechtsstaatlichen Anker darstellt und für die zu klären ist, was Sache der Fachexpertinnen und -experten, was Sache der Juristinnen und Juristen sowie der Politik ist.

Die Frage der *Eignung*, also die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit und in welchem Grad eine Massnahme ihren Zweck erreicht, ist in gesundheitspolizeilicher Hinsicht von Expertinnen und Experten zu beurteilen.² Hier ist epidemiologisches Sachwissen gefragt. Eine juristische bzw. politische Frage ist hingegen, ob die Massnahme geeignet genug erscheint, um den gesundheitspolizeilichen Zweck zu erreichen. Die Anforderungen diesbezüglich sind in der Regel nicht hoch. Ein «tauglicher» Versuch genügt. Den Gesetzgeber bzw. hier den Verordnungsgeber trifft aber eine Beobachtungspflicht.

Die *Erforderlichkeit* ist ebenfalls eine Frage, die zunächst einmal von Expertinnen und Experten beurteilt werden muss. Diese müssen eine Rangierung der einzelnen Massnahmen vornehmen, d.h. vergleichen, welche Massnahme welche Wirksamkeit entwickelt. Teilweise ist offensichtlich, welche Massnahme weiter geht als erforderlich, weil sie durch eine gleich wirksame, weniger weitgehende Massnahme ersetzt werden kann. Allerdings ist diese Rangierung nicht immer selbstverständlich. So muss etwa im Bereich der Contact-Tracing-App die Verpflichtung auf diese Methode (die von der Politik abgelehnt worden ist) mit ähnlich wirksamen Massnahmen verglichen werden. Es kann sein, dass eine Einschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit, Maskenpflichten, elektronische Nachverfolgung usw. sich gegenüberstehen. Hier können Expertinnen und Experten zwar etwas zur Wirksamkeit der einzelnen Massnahmen sagen; welche aber weniger einschränkend und demzufolge vorzuziehen ist, ist auch eine juristische und eine politische Frage – und der Gesetzgeber schafft Wertungswidersprüche, wenn er einen indirekten Impfbzwang zulässt, aber einen indirekten Zwang zur Nutzung der Contact-Tracing-App verbietet, also private Veranstalter nur geimpfte Personen zulassen, nicht aber die Verwen-

dung der App verlangen können. Auch auf solche Widersprüche sollten Juristinnen und Juristen hinweisen.

Erst recht eine Beurteilung durch Juristinnen und Juristen sowie durch die Politik erfolgt auf der dritten Stufe der Verhältnismässigkeit, d.h. der Verhältnismässigkeit von Zweck und Wirkung der Massnahme, oft auch Zumutbarkeit genannt. Bei dieser Frage geht es um eine Abwägung zwischen dem Interesse daran, den angestrebten Zweck zu erreichen, und entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen. Hier werden Äpfel mit Birnen verglichen, im Bereich der Corona-Krise oftmals wirtschaftliche Nachteile mit gesundheitspolizeilichen Vorteilen. Bei dieser Frage können Expertinnen und Experten nur die Grundlagen schaffen, die sich im Wesentlichen auf Eignung und Erforderlichkeit beziehen, nicht aber einzelne öffentliche Interessen gegeneinander abwägen. Dies ist eine Aufgabe von Politik und in beschränkterem Masse von Juristinnen und Juristen.

Insgesamt ist eine Prüfung der Verhältnismässigkeit ein komplexes Zusammenspiel zwischen einzelnen Zweigen der Wissenschaft und der Politik. Die Strukturierung solcher Fragestellungen gehört zu den Aufgaben von Juristinnen und Juristen. Der Klärung der Rechtslage geht somit oft die Klärung der Funktionsgrenzen des Rechts voraus.

III. Perfektion und Pragmatismus

Die Pandemie hat auch die Grenzen der Rechtsetzung aufgezeigt. Das Verhalten der Bürgerinnen und Bürger wird durch Recht gesteuert, aber nur bis zu einem gewissen Punkt, wo der Regelung Ablehnung und Obstruktion entgegenschlägt. Effektive Rechtsetzung ist Vertrauenssache.

Rechtsetzungstechnisch gleichen die Verordnungen des Bundesrates einem Schlachtfeld, auf dem die Rekonstruktion des Rechtszustandes zu einem bestimmten Zeitpunkt einer Denksportaufgabe gleichkommen kann – auch wenn gerade die Darstellung des Bundes diesbezüglich weit fortgeschritten und vergleichsweise gut ist. Gesetze und Verordnungen sind aber schlicht nicht dazu gemacht, im Wochentakt geändert zu werden.³

In der Pandemie ist es zu Fehlern gekommen. Dabei sind nicht nur Unachtsamkeiten gemeint, die vergleichsweise technischen Charakter haben.⁴ Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen warf und wirft Fragen auf.⁵ Auch wird es vermutlich fast keine Einschränkung des täglichen Lebens geben, die nicht an einer anderen Einschränkung gemessen werden kann und in diesem Vergleich nicht Fragen der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit aufwirft. Es ist richtig, wenn Juristinnen und Juristen auf diese Inkongruenzen hinweisen. In den allgemeinen Chor der Empörung sollten sie aber nicht vorschnell einstimmen. Pragmatismus geht der Perfektion vor.

Eine schwierige Frage des Pragmatismus stellt sich, wenn Juristinnen und Juristen zum Schluss kommen, dass eine eigentlich unverzichtbare Massnahme des Bundesrates verfassungsrechtlich heikel ist. In der Tat kann man sich fragen, ob Bund und Kantone zu allem befugt gewesen sind, was sie beschlossen haben. Es gibt gewichtige Stimmen, die einen Verfassungsbruch angemahnt haben.⁶ Was sollen Juristinnen und Juristen tun, wenn auch die Grossmutter nicht weiterhilft? Sollen sie ihre juristische Meinung ohne Rücksicht auf mögliche Kollateralschäden zum Ausdruck bringen? Oder staatstragend bis zur Verbiegung bleiben? Die Frage muss wohl jeder und jede Einzelne für sich selbst beantworten. Einfache Antworten gibt es nicht.

IV. Kenntnisse und Krise

Der kritische Blick der Juristinnen und Juristen muss sich nach der Pandemie auch nach innen richten. Konkret stellt sich die Frage: Haben wir hinreichend in der Logik von Krisen gedacht? Eigentlich ist dies unsere Grundaufgabe, und es

sollte Anspruch der juristischen Ausbildung sein, dass die Studierenden lernen, in Krisen zu denken. Damit ist bei Weitem nicht nur die Pandemie gemeint.

Ein guter Vertragstext regelt nicht die Situation, in der sich alle einig sind, sondern den Disput, die Krise. Der Vertragsbruch ist wichtiger als die Erfüllung. Das Scheidungsrecht ist wichtiger als die Eheschliessung, rechtlich gesprochen, versteht sich. Und der Konkurs ist der «Prüfstein aller Rechtsgeschäfte», wie ein geflügeltes Wort die Studierenden lehrt.

Ähnliches gilt im öffentlichen Recht. Die Herausforderung guter Gesetzgebung liegt weniger im Normalfall, den alle vorhergesehen haben und auf den das Gesetz ausgerichtet ist, son-

dem im Unerwarteten. Dort muss das Gesetz seine Anpassungsfähigkeit zeigen und Antworten bereithalten. Die Verfassung in der allgemeinen Schönwetterlage mag sinnstiftend und identitätsfördernd sein. Ihre Sternstunde zeigt sich aber in der Krise.

Für die Schweiz fällt auf, dass Notstandsregelungen und die juristische Diskussion darüber zwar nicht gänzlich vernachlässigt wurden, aber letztlich doch überblickbar blieben.⁷ Diskutiert wurden etwa die Rettung der UBS und die Übermittlung von Steuerdaten in die USA.⁸ Bei der Erarbeitung des Epidemiengesetzes wurde die Möglichkeit einer Pandemie zwar verschiedentlich mitgedacht.⁹ Der für die Bewältigung einer Pandemie zentrale Art. 7 blieb aber konturenlos; seine Reichweite und sein Verhältnis sowohl zu anderen Bestimmungen des Epidemiengesetzes als auch zu Art. 185 Abs. 3 BV wurden im Gesetzgebungsprozess letztlich nicht eindeutig und zufriedenstellend geklärt.¹⁰

«Wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen», lautet Art. 7 Epidemien-gesetz. Wer hätte vor zwei Jahren gedacht, dass diese Norm zu einer Schlüsselbestimmung des Jahres 2020 werden würde? Juristinnen und Juristen haben zu wenig in Krisen gedacht. Nicht nur sie, aber sie auch. Die Aufarbeitung ist im Gange. Das ist erfreulich. Juristinnen und Juristen sollten aber weiter denken als die jetzige Krise. Die nächste Krise wird anders sein.

Mit der Rubrik Im Fokus hat «recht» ein Forum geschaffen, in dem ausgewählte Juristinnen und Juristen zu aktuellen und gesellschaftlich relevanten Fragestellungen aus subjektiver Sicht und pointiert Stellung nehmen können. Im Fokus soll auf Probleme oder Mängel im geltenden Recht hinweisen, Debatten eröffnen oder bereichern, alternative Optiken vermitteln und allen Leserinnen und Lesern lebhafter Denkanstoss sein.

* Prof. Dr. *Felix Uhlmann*, LL.M., Advokat, Professor an der Universität Zürich

1 Die Figur der Grossmutter steht für eine weibliche Person im biblischen Alter, mit oder ohne Kinder, Grosskinder, Partnerschaften usw., ohne juristische Ausbildung, aber mit grosser Lebenserfahrung und Klugheit. Man darf natürlich auch vom «Grossvateretest» sprechen, wenn man Männern die gleiche Lebenserfahrung und Klugheit (sowie das gleiche Alter) zugesteht.

2 Vgl. dazu und nachfolgend *Felix Uhlmann/Martin Wilhelm*, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in: *Felix Uhlmann/Stefan Höfler* (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, S. 49 ff., 54 ff., m.w.H.

3 *Stefan Höfler*, Legistische Herausforderungen, in: *Felix Uhlmann/Stefan Höfler* (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, S. 81 ff., 83, spricht in Bezug auf die Covid-19-Verordnungen des Bundesrates von «Rechtsetzung [und] Rechtsanwendung im Zeitraffer».

4 Da notrechtliche Verordnungstexte unweigerlich Teil der behördlichen Krisenkommunikation werden, können im Übrigen auch eher technische Unstimmigkeiten spürbar negative Folgen zeitigen. Vgl. dazu *Stefan Höfler*, Notrecht als Krisenkommunikation?, Redaktionelle Fallgruben in der COVID-19-Verordnung 2, AJP 6/2020, S. 702 ff.

5 Vgl. etwa *Bernhard Waldmann*, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: *Felix Uhlmann/Stefan Höfler* (Hrsg.),

Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, S. 3 ff., 31 f.; *Florian Bergamin/Simon Mazidi*, Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien: Erste Einschätzungen unter besonderer Berücksichtigung der COVID-19-Verordnungen, Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020; *Ralph Trümpler/Felix Uhlmann*, Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: *Helbing Lichtenhahn Verlag* (Hrsg.), Covid 19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 567 ff., 586 ff.

- 6 Vgl. nur *Giovanni Biaggini*, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 5/2020, S. 239 ff., den Begriff «Verfassungsbruch» allerdings vermeidend; *Andreas Kley*, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 5/2020, S. 268 ff.
- 7 Vgl. aus jüngerer Vergangenheit immerhin *Ralph Trümpler*, Notrecht (Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda), Diss., Zürich 2014; *David Rechsteiner*, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Diss. St. Gallen, Zürich/ St. Gallen 2016.
- 8 Vgl. etwa *Luzius Mader*, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS, in: SVVOR-Jahrbuch 2009, Bern 2010, S. 107 ff.; *Andreas Lienhard/Agata Zielniewicz*, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBI 3/2012, S. 111 ff.; *Markus Schott/Daniela Kühne*, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBI 8/2010, S. 409 ff.
- 9 Vgl. Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. September 2010, BBl 2021 311 ff., insb. 324, 363, 415, 429 f., 450.
- 10 Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion im Kontext der Covid-19-Pandemie etwa *Biaggini* (Fn. 6), S. 260 ff.; *Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann*, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, AJP 6/2020, S. 685 ff., 693 f.; *Kley* (Fn. 6), S. 272 f.; *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 5), S. 573 ff., Rz. 5; *Waldmann* (Fn. 5), S. 13 f.