



Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Revue de droit suisse  
Rivista di diritto svizzero  
Revista da dretg svizzer

---

Sondernummer/Numéro spécial (2020)

---

**Pandemie und Recht:**

Beitrag des Rechts zur Bewältigung  
einer globalen Krise

**Pandémie et Droit:**

contribution du droit à la maîtrise  
d'une crise globale

---

Helbing Lichtenhahn Verlag





Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Revue de droit suisse  
Rivista di diritto svizzero  
Revista da dretg svizzer

---

Sondernummer der ZSR/Numéro spécial de la RDS

**PANDEMIE UND RECHT:**

**Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise**

**PANDÉMIE ET DROIT:**

**contribution du droit à la maîtrise d'une crise globale**

**Herausgeber:**

Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Ruth Arnet, Prof. Samantha Besson,  
Dr. Peter Isler, Prof. Vincent Martenet, Dr. Andreas Zünd



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie  
der Geistes- und Sozialwissenschaften  
[www.sagw.ch](http://www.sagw.ch)

ISBN 978-3-7190-4378-0

ISSN 0254-945X

© 2020 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

# Inhaltsübersicht/Sommaire

## **Avant-propos/Vorwort**

PASCAL PICHONNAZ 5

## **Regierung und Parlament in Pandemiezeiten**

ANDREAS STÖCKLI 9

## **La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie**

FRÉDÉRIC BERNARD 55

## **Pandemie – Justiz – Menschenrechte**

ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS 69

## **Staatliche Unterstützung und Wettbewerbsrecht in Pandemie-Zeiten**

SIMON HIRSBRUNNER 93

## **Entschädigung von Gesundheitseinrichtungen zu Zeiten der Epidemie und Pandemie**

TOMAS POLEDNA/RALPH TRÜMPLER/GREGORI WERDER 103

## **Versicherungsschutz in der Corona-Krise, hier: Deckung unter Betriebschliessungsversicherungen und Schadensaggregation in der Rückversicherung**

ULRIKE MÖNNICH/HELMUT HEISS/OLIVER D. WILLIAM 119

## **Un droit contractuel extraordinaire ou comment régler les problèmes contractuels en temps de pandémie**

PASCAL PICHONNAZ 137

## **Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten**

ISABELLE WILDHABER 157

## **«Digitale Pandemie» und Recht: Annäherungen an ein globales Phänomen**

URS GASSER 181

**Risk and Response – Responses to Risks – Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs im Recht mit Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen – «reality lawyering in times of crises»**

JENS DROLSHAMMER

197

**«Back to the Future»**

**Risk and Response – Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs mit Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen, in: Frank Engel (édit.), Hommage à Jacques Santer, Luxembourg 2007, p. 77–109**

JENS DROLSHAMMER

227

## Avant-propos

*«Pandémie et droit: contribution du droit à la maîtrise d'une crise globale»*. Si j'avais proposé un tel titre au comité de rédaction de la RDS en décembre 2019, on m'aurait fait remarquer, à juste titre, qu'il existe bien une Loi sur les épidémies de 2012, qui avait donné lieu à quelques débats assez intenses au Parlement, mais qu'on pourrait se déclarer déjà heureux de trouver un auteur prêt à rédiger un article sur ce thème. Depuis, la pandémie du COVID-19 est là. Le Conseil fédéral a pris des mesures très strictes, en se fondant sur les avis des experts du domaine médical, voire du domaine économique. Comme souvent, les juristes ont œuvré plutôt en coulisses, préparant les textes des ordonnances, évaluant les fondements juridiques pour les mesures prises et surtout répondant par des avis et des articles aux innombrables questions pratiques que se posent citoyens, entreprises et autorités. Les juristes sont toutefois largement absents du débat sur les grands axes stratégiques à prendre, sur la manière dont le droit peut les orienter, les soutenir ou les contrecarrer. Et pourtant, comme le montre admirablement le contenu de cet ouvrage, il y a matière à nourrir la réflexion et l'action.

C'est à la lecture d'un article de Jens Drolshammer, paru en 2007 sous le titre «Risk and Response», et après une discussion avec son auteur, que j'ai proposé l'idée de cette publication au comité de rédaction et à la maison d'édition, qui l'ont acceptée avec enthousiasme. Anticiper et penser le droit différemment à l'aune des «risques catastrophiques», voilà tout l'enjeu de la présente publication. Les juristes ont un rôle central à jouer pour prévoir les mesures à prendre, augurer des difficultés et développer des stratégies plus efficaces pour répondre aux effets d'une pandémie telle que celle du COVID-19. Si les hôpitaux ont résisté à l'afflux des malades, les tribunaux pourront-ils en faire de même face au cumul des milliers d'audiences reportées et des nouvelles procédures qui vont découler des effets directs et indirects de la pandémie? Chaque décision est ainsi inéluctablement le résultat d'un choix dans la pondération des droits fondamentaux, des priorités mais aussi des stratégies juridiques, qui ont des effets qui dépassent la seule réponse à une question concrète. Cet ouvrage entend nous amener à repenser l'apport des juristes pour atténuer l'impact de la pandémie actuelle, mais aussi proposer des solutions pour l'avenir.

Dans un temps record, les 15 auteurs de ce numéro spécial de la RDS ont développé des idées pour relever quelques-uns des défis actuels et à venir d'une telle pandémie. C'est le lieu de les féliciter et de les remercier vivement d'avoir mis tant d'énergie dans cette période extraordinaire pour proposer des perspectives innovantes. Nos remerciements vont également aux éditions Helbing Lichtenhahn d'avoir elles aussi mis toute la volonté et l'engagement nécessaires à la réalisation de ce projet, en particulier à M. Jérôme Voumard, directeur éditorial, et à Mme Simone Kaiser-Reber, responsable des revues scientifiques.

Que cette foison d'idées et de perspectives permette à chacune et chacun d'en ressortir enrichis pour affronter les difficultés qui nous attendent encore dans cette période extraordinaire de pandémie du COVID-19, mais aussi pour l'avenir!

*Prof. Pascal Pichonnaz*

*Fribourg, le 22 avril 2020*



## Vorwort

*«Pandemie und Recht: Ein Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise».* Hätte ich dem ZSR-Redaktionskomitee im Dezember 2019 einen solchen Titel vorgeschlagen, wäre ich zu Recht darauf hingewiesen worden, dass es zwar ein Epidemien-gesetz 2012 gibt, das im Parlament eine ziemlich heftige Debatte ausgelöst hat, dass man sich aber ganz schön glücklich schätzen könnte, wenn man überhaupt einen Autor fände, der bereit wäre, einen Aufsatz zu diesem Thema zu schreiben. In der Zwischenzeit ist die COVID-19-Pandemie da. Der Bundesrat hat sehr strenge Massnahmen ergriffen, die sich auf die Meinungen von Experten aus dem medizinischen und sogar wirtschaftlichen Bereich stützen. Wie so oft arbeiteten die Rechtsexperten eher hinter den Kulissen, bereiteten die Verordnungstexte vor, beurteilten die rechtlichen Grundlagen für die getroffenen Massnahmen und antworteten vor allem mit Gutachten und Aufsätzen auf die unzähligen praktischen Fragen von Bürgern, Unternehmen und Behörden. Juristen fehlen jedoch weitgehend in der Debatte über die wichtigsten strategischen Weichenstellungen, darüber, wie das Gesetz diese lenken, unterstützen oder ihnen entgegenwirken kann. Und doch gibt es, wie der Inhalt dieses Werks bewundernswert zeigt, viel Stoff zum Nachdenken und Handeln.

Nach der Lektüre eines Aufsatzes von Jens Drolshammer, der 2007 unter dem Titel *«Risk and Response»* veröffentlicht wurde, und nach einer Diskussion mit dem Autor, schlug ich die Idee dieser Publikation der Redaktion der ZSR und dem Verlag vor, die sie mit Begeisterung annahmen. Im Lichte der *«Katastrophenrisiken»* das Recht anders zu antizipieren und darüber nachzudenken, darum geht es dabei. Juristen spielen eine zentrale Rolle, wenn es darum geht, vorausszusehen, was zu tun ist, Schwierigkeiten zu erkennen und wirksamere Strategien zu entwickeln, um auf die Auswirkungen einer Pandemie wie COVID-19 zu reagieren. Die Spitäler haben dem Zustrom standgehalten, doch werden die Gerichte angesichts kumuliert tausender verschobener Sitzungen und neuer Verfahren, die sich aus den direkten und indirekten Auswirkungen der Pandemie ergeben werden, in der Lage sein, das Gleiche zu tun? Jede Entscheidung ist somit unweigerlich das Ergebnis einer Wahl zwischen der Gewichtung von Grundrechten, Prioritäten, aber auch rechtlichen Strategien, die Auswirkungen haben und über die blossе Beantwortung einer konkreten Frage hinausgehen. Dieses Werk soll dazu anregen, den Beitrag der Juristen zur Milderung der Auswirkungen der aktuellen Pandemie zu überdenken, aber auch Lösungen für die Zukunft anzubieten.

In Rekordzeit haben die 15 Autoren dieser Sonderausgabe der ZSR Ideen entwickelt, um den aktuellen und zukünftigen Herausforderungen einer solchen Pandemie zu begegnen. Ihnen ist zu gratulieren und herzlich dafür zu danken, dass sie in dieser aussergewöhnlichen Zeit so viel Energie aufgewendet haben, um innovative Perspektiven vorzuschlagen. Unser Dank geht auch an den

Helbing Lichtenhahn Verlag, der ebenfalls allen Willen und Einsatz für die Realisierung dieses Projekts aufgebracht hat, insbesondere an Herrn Jérôme Voumard, Programmleiter, und an Frau Simone Kaiser-Reber, Leiterin Zeitschriften.

Möge dieser Reichtum an Ideen und Perspektiven es jedem Einzelnen von uns ermöglichen, bereichert hervorzugehen, um den Schwierigkeiten, die uns in dieser aussergewöhnlichen Zeit der COVID-19-Pandemie, aber auch für die Zukunft noch bevorstehen, begegnen zu können!

*Prof. Pascal Pichonnaz*

*Fribourg, 22. April 2020*

# Regierung und Parlament in Pandemiezeiten

ANDREAS STÖCKLI\*

Schlagwörter: Pandemie, ausserordentliche Lage, Ausnahmezustand, Epidemien-gesetz, Notrecht, Bundesrat, Bundesversammlung, Gewaltenteilung, rechtsstaatlich-demokratische Sicherungen, Handlungsfähigkeit der Gewalten, Verfahrensbeschleunigung, dringliche Finanzbeschlüsse, Mobilisierung der Armee, Wissensgenerierung, Rechtsschutz, Informationstechnologien

## A. Einleitung

Das Coronavirus hat weite Teile der Welt in eine grosse Krise gestürzt. Auf den verschiedensten – internationalen, nationalen und lokalen – politischen Ebenen wurden Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie und deren Folgen getroffen. Gefordert wurde eine entschiedene und rasche Politik, um dieses unvorhergesehene Ereignis bewältigen zu können. Die Stunde des «Superstaates» und des «Exekutivstaates» hat geschlagen. In praktisch allen betroffenen, insbesondere auch in rechtsstaatlich-demokratisch verfassten Ländern haben Exekutivbehörden das Zepter in der Pandemie-Bekämpfung in die Hand genommen – die Parlamente wurden jedenfalls vorläufig zu «Nebendarstellern» zurückgestuft.

In der Schweiz hat der Bundesrat Ende Februar 2020 gestützt auf Art. 6 Epidemien-gesetz (EpG)<sup>1</sup> die «besondere Lage» ausgerufen und erste Massnahmen zur Bekämpfung verordnet.<sup>2</sup> Da die Virus-Infektionen in der ganzen Schweiz in einem erheblichen Tempo zunahmen, sah sich der Bundesrat am 16. März 2020

---

\* Prof. Dr. iur., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg. Ein grosser Dank für zahlreiche wertvolle Hinweise zum Text geht an Prof. Dr. Bernhard Waldmann. Ebenfalls gedankt sei meinen wissenschaftlichen Assistenten Noah Grand, MLaw, und Nicolas Maier, BLaw, für die Durchsicht des Manuskripts.

1 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG) vom 28. September 2012 (SR 818.101). Das EpG stützt sich auf Art. 40 Abs. 2, Art. 118 Abs. 2 lit. b, Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 Abs. 2 BV.

2 Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020 (AS 2020 573).

veranlasst, die «ausserordentliche Lage» gemäss Art. 7 EpG zu verkünden und die Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung erheblich zu verschärfen, die das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben weitgehend lahmlegten.<sup>3</sup> Gleichzeitig beschloss der Bundesrat unter dem Titel der «Mobilmachung der Armee», im Sinne eines Assistenzdienstes bis zu 8000 Armeeangehörige zur Unterstützung ziviler Stellen einzusetzen.<sup>4</sup> Einige Tage später folgte er mit einem insgesamt 40 Milliarden schweren Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie, das in der Folge weiter ausgebaut worden ist.<sup>5</sup> Dem Parlament, dem die Hoheit über den Bundeshaushalt zusteht, verblieb via Finanzdelegation der Eidgenössischen Räte bloss noch die Aufgabe, die entsprechenden Anträge des Bundesrats für dringliche Kredite zu genehmigen. Mitglieder des Bundesrats und der Bundesverwaltung zeigten sich auch ausgesprochen kommunikativ, indem sie in stundenlangen, vom Schweizer Fernsehen direkt übertragenen Medienkonferenzen, die auf erhebliches Interesse in der Bevölkerung stiessen, die von der Regierung beschlossenen Massnahmen erläuterten und Fragen der Journalisten beantworteten. Der Vollzug der vom Bundesrat angeordneten Massnahmen erfolgte sowohl durch Bundes- als auch durch kantonale Behörden.

Im Zuge dieser Entwicklungen schien das Bundesparlament vorläufig lahmgelegt. Einige Stunden bevor der Bundesrat die «ausserordentliche Lage» ausrief, wurde die Öffentlichkeit darüber informiert, dass die laufende Session der Eidgenössischen Räte abgebrochen wird, da der Schutz der Parlamentarierinnen und Parlamentarier sowie des weiteren Parlamentspersonals in den Räumlichkeiten des Bundeshauses nicht mehr gewährleistet werden konnte.<sup>6</sup> In einem ersten Moment stellte sich auf Bundes- und Kantonsebene sogar die (kuriose) Frage, ob Parlamente mit Blick auf die vom Bundesrat verordneten Versammlungsverbote überhaupt noch tagen dürfen – eine Frage, die in der Zwischenzeit in einem positiven Sinne geklärt worden ist.<sup>7</sup> Nachdem der

3 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. März 2020 «Coronavirus: Bundesrat erklärt die «ausserordentliche Lage» und verschärft die Massnahmen» (vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html>) [besucht am 20.4.2020]). Die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020 (SR 818.101.24) löste die Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) ab. Zur COVID-19-Verordnung 2 wurden auch umfangreiche Erläuterungen auf der Internetseite des Bundes publiziert.

4 Diese Massnahme stützt sich auf Art. 67 ff. des Bundesgesetzes über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG) vom 3. Februar 1995 (SR 510.10).

5 Die entsprechenden Verordnungen des Bundesrats stützten sich vornehmlich auf Art. 185 Abs. 3 BV.

6 Medienmitteilung der Verwaltungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 15. März 2020 «Keine dritte Sitzungswoche der Frühlingssession der Bundesversammlung» (vgl. <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-vd-2020-03-15.aspx>) [besucht am 20.4.2020]).

7 Vgl. dazu auch FELIX UHLMANN, Kompetenzen des Kantonsrates unter dem Notverordnungsrecht (Coronavirus) und weitere Fragen, Kurzgutachten zuhanden Kantonsrat Zürich, 19. März

Bundesrat beschlossen hatte, auf die Durchführung der auf den 17. Mai 2020 angesetzten eidgenössischen Volksabstimmung zu verzichten<sup>8</sup> und die Sammel- und Behandlungsfristen von eidgenössischen Volksbegehren still zu stellen<sup>9</sup>, war in den Medien auch die Rede davon, dass die Demokratie eine Pause mache.<sup>10</sup> Die Reaktion des Bundesparlaments liess allerdings nicht lange auf sich warten. Bereits am 26. März 2020 wurde verkündet, dass sich die Räte Anfang Mai zu einer ausserordentlichen Session in den Räumlichkeiten der «Bernexpo» treffen, nachdem der Bundesrat und 32 Ständerätinnen und Ständeräte dies beantragt hatten.<sup>11</sup>

In Krisenzeiten ist der demokratische Rechtsstaat besonders stark herausgefordert; er hat sich insbesondere in solchen Zeiten zu bewähren. Die Schweizerische Bundesverfassung ist, wie viele Verfassungen demokratischer Rechtsstaaten, darauf angelegt, nicht nur in «Normalzeiten», sondern auch in «Krisenzeiten», insbesondere auch in Pandemiezeiten zu funktionieren. Sie stellt Instrumente bereit, damit die politisch Verantwortlichen auch in ausserordentlichen Lagen handlungsfähig bleiben, ohne die Grundprinzipien der Verfassungsordnung ausser Kraft zu setzen. Die gewaltenteilige Ordnung in «Normalzeiten», die etwa die Kompetenz zum Erlass von wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in die Hände des Parlaments und des Stimmvolks legt, wird allerdings, wenn auch nicht vollständig ausgehebelt, so doch ein Stück weit verschoben, indem es zu einer Machtverschiebung hin zur Exekutive kommt. Die vom Bundesrat getroffenen Massnahmen sind notrechtlicher bzw. notrechtsähnlicher Natur.<sup>12</sup> Die Verwendung von Notrecht durch den Bundesrat hat allerdings keinen Seltenheitswert; in den letzten Jahren hat der Bundesrat in einigen Situationen von seinen Notrechtsbefugnissen Gebrauch gemacht.<sup>13</sup> Es bestehen aber Unterschiede zu anderen Notrechtsanwendungen in der jüngeren Zeit. Das Aussergewöhnliche der laufenden

---

2020 (vgl. <<https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/uhlmann.html>> [besucht am 20. 4. 2020]).

- 8 Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. März 2020 «Coronavirus: die eidgenössische Volksabstimmung vom 17. Mai 2020 wird nicht durchgeführt» (vgl. <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78485.html>> [besucht am 20. 4. 2020]).
- 9 Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren vom 20. März 2020 (SR 161.16).
- 10 Tagesanzeiger online vom 15. 3. 2020 («Die Demokratie macht Pause») (vgl. <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/die-demokratie-macht-pause/story/17355973>> [besucht am 20. 4. 2020]).
- 11 Medienmitteilung der Ratspräsidien vom 26. März 2020 «Corona-Krise: Das Parlament tagt Anfang Mai in der Bernexpo» (vgl. <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-information-2020-03-26.aspx>> [besucht am 20. 4. 2020]).
- 12 Vgl. zu den Begriffen des Notrechts und des Rechts in ausserordentlichen Lagen ausführlich DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen*, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 6 ff.; RALPH TRÜMPLE, *Notrecht*, Diss. Zürich, Zürich 2012, Rz. 1 ff.
- 13 Vgl. zu aktuellen Fällen eingehend TRÜMPLE (Fn. 12), Rz. 336 ff.

Pandemiebekämpfung liegt darin, dass die Massnahmen des Bundesrats praktisch alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens betreffen; es wurden zahlreiche Verordnungen erlassen, wodurch ein COVID-19-Parallel-Regelwerk entstanden ist; die Massnahmen mussten auch stets der sich verändernden Situation angepasst werden. Es muss auf jeden Fall sichergestellt werden, dass dieser exekutive Machtzuwachs nicht missbraucht wird – und diesbezüglich kommt dem Parlament eine wichtige Rolle zu. Diese Forderung ist besonders dringlich, da die bundesrätlichen Massnahmen in sehr weitgehender Weise in grundrechtliche Freiheiten eingreifen. Erforderlich ist freilich auch eine kritische Öffentlichkeit. Der Bundesrat bewegt sich bisher aber grundsätzlich auf dem Boden verfassungsrechtlicher Zuständigkeiten; ob allerdings die einzelnen Massnahmen rechtskonform sind, wird letztlich von den zuständigen Kontrollinstanzen, namentlich auch von Gerichten zu beurteilen sein. Im Gegensatz zu einigen autoritären Regierungen im Ausland hat der Bundesrat sich bisher auch nicht mit Kompetenzen ausstatten lassen, die über das zur Bekämpfung der Pandemie Notwendige hinausgehen. Insofern hinkt der Vergleich mit den «Vollmachtenregimen» während der beiden Weltkriege, als die Bundesversammlung durch die sog. «Vollmachtenbeschlüsse», die nicht dem Referendum unterstanden und gemäss den Kategorien der Bundesverfassung nicht zu qualifizieren waren, den Bundesrat mit unbeschränkten Vollmachten ausstatteten, die weitgehende Durchbrechungen der verfassungsmässigen Ordnung erlaubten.<sup>14</sup> Hierbei handelte es sich um sog. «extrakonstitutionelles Notstandsrecht», das in der Verfassungsrechtslehre aber ebenfalls – wenn auch nicht einhellig<sup>15</sup> – grundsätzlich anerkannt ist.<sup>16</sup>

14 Vgl. dazu ausführlich JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Band II, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 1539 ff.; FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1976 (unveränderter Nachdruck der Neubearbeitung von 1949), S. 786 ff.

15 In der Lehre hatte vor allem ZACCARIA GIACOMETTI (Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945) eine ablehnende Meinung eingenommen; vgl. auch FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 14), S. 786 ff. («Mit der Verfassung steht und fällt der Rechtsstaat. Es kann daher vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus betrachtet auch kein Notrecht ausserhalb der Verfassung bestehen. Das, was als Notrecht bezeichnet wird, ist lediglich eine Maxime der Staatsräson bei einem staatlichen Notstand und kein Rechtsinstitut. Die Vollmachtenbeschlüsse sind infolgedessen illegal. Eine Verfassung, die nicht in umfassender Weise für den Fall eines staatlichen Notstandes sorgt, enthält jedoch eine unechte Lücke, die durch Aufnahme eines Notstandsartikels ausgefüllt werden sollte» [S. 789 f.]). Das Bundesgericht stellte im Jahr 2000 das «Vollmachtenregime» des Zweiten Weltkriegs allerdings nicht in Frage (BGE 126 II 145 E. 4c/cc).

16 Vgl. FRÉDÉRIC BERNARD, État de droit et situations extraordinaires, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 979–998, Rz. 41 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1802 f.; ANDREAS KLEY, § 25 Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 25 Rz. 59 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 10 Rz. 12 ff.

# La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie

FRÉDÉRIC BERNARD\*

Mots-clés: droit constitutionnel, droit administratif, santé publique, répartition des compétences, fédéralisme, cantons

## A. Introduction

En raison de sa propagation extrêmement rapide, le nouveau coronavirus et la maladie qu'il cause, le COVID-19, font peser, depuis le début du mois de mars 2020, une pression extrême sur la population et le système de santé helvétiques<sup>1</sup>. Simultanément, l'épidémie, devenue par la suite pandémie, met sous tension l'ensemble de l'ordre juridique suisse.

Si, contrairement à d'autres Etats<sup>2</sup>, la Suisse s'était juridiquement préparée pour faire face à une pandémie, en révisant intégralement, en 2012, la loi fédérale sur les épidémies<sup>3</sup>, l'apparition du nouveau coronavirus constitue un test grandeur nature pour les outils et solutions alors adoptés.

Dans le cadre de la présente contribution, nous nous concentrerons sur la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le cadre des mesures de lutte contre l'épidémie. Nous laisserons donc de côté d'autres aspects de la loi, qui comportent aussi une facette fédéraliste, comme les mesures de prévention (programmes de vaccination, obligation de déclarer certaines maladies à l'Office fédéral de la santé publique [OFSP], etc.)<sup>4</sup>.

---

\* Prof. Dr. iur., Professeur de droit public à l'Université de Genève.

1 MICHEL GUILLAUME, Dans les coulisses d'une crise inédite, *Le Temps*, 4 mars 2020, p. 2.

2 Comme, par exemple, la France, qui s'est dotée, le 23 mars 2020, de la loi n° 2020290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 ou le Royaume-Uni, dont le Parlement a voté le 25 mars 2020 le Coronavirus Act 2020.

3 FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, *Jusletter* du 30 mars 2020.

4 Pour un panorama général de la structure de la LEp, voir THOMAS GÄCHTER, *Gesundheitsrecht: Ein Grundriss für Studium und Praxis*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2018, p. 202 s.

## B. Historique

La question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans la lutte contre certaines maladies se pose en tout cas depuis la période de la Médiation (1803–1813)<sup>5</sup>. Conformément à un mouvement plus général<sup>6</sup>, ce domaine se caractérise depuis lors par un renforcement progressif des compétences fédérales, tempéré par des craintes de concentration excessive de pouvoirs en mains du Conseil fédéral<sup>7</sup>.

L'art. 118 Cst. prévoit que, dans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé, en légiférant notamment sur la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux. Cette compétence fédérale ponctuelle<sup>8</sup> – les cantons étant généralement compétents en la matière<sup>9</sup> – est l'aboutissement d'une longue évolution qui a débuté avec la Constitution de 1848<sup>10</sup>.

La mise en œuvre législative du mandat constitutionnel a aussi été progressive et s'est heurtée à certaines résistances. Ainsi, en 1882, le peuple a rejeté à une très large majorité (79% des votants) la loi fédérale concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général<sup>11</sup>, en raison notamment d'une centralisation jugée excessive<sup>12</sup>. Une loi fédérale moins ambitieuse a donc été adoptée en 1886<sup>13</sup>, avec un champ d'application expressément limité à quatre maladies (variole, choléra asiatique, typhus pétéchial et peste).

En 1921, après les ravages de la grippe espagnole<sup>14</sup>, la loi a été modifiée pour permettre au Conseil fédéral d'étendre son applicabilité à d'autres mala-

5 ALESSANDRO CAMPANELLI, *L'émergence de l'Etat helvétique entre unité et fédéralisme: l'exemple des législations médicales et pharmaceutiques (1798–1900)*, Lausanne 2018.

6 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I: *L'Etat*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013, p. 330.

7 Voir SÉVERIC YERSIN, Une lutte faible et décentralisée, *Le Courrier*, 15 mars 2020.

8 ATF 139 I 242 c. 3.1. Cf. OFK-BIAGGINI, BV 118 N 2.

9 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, p. 3.

10 La Confédération pouvait initialement prendre des mesures de police sanitaire lors d'épidémies et d'épizooties offrant un danger général (art. 59 aCst. 1848), puis elle a reçu une compétence législative (art. 69 aCst. 1874) qui a été élargie, en 1913, aux «maladies transmissibles, [aux] maladies très répandues et [aux] maladies particulièrement dangereuses de l'homme et des animaux», ce qui a permis à la Confédération de lutter également contre certaines maladies endémiques – et non épidémiques – telles que la tuberculose. Cf. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose, FF 1925 III 9, p. 9.

11 FF 1882 I 21.

12 JEAN-CHRISTIAN LAMBELET, *Répertoire des votations fédérales depuis 1848*, Genève 2018, p. 14.

13 RS 4 359.

14 L'épidémie de grippe espagnole a touché la Suisse entre juillet 1918 et mai 1919, entraînant environ 25 000 décès. Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *La grippe espagnole de 1918: Un pic de mortalité exceptionnel pour la Suisse*, novembre 1918. A l'échelle de la planète, cette épi-



dies transmissibles et de prendre, si les circonstances l'exigeaient, les mesures jugées nécessaires pour empêcher la propagation d'une épidémie<sup>15</sup>. Le Conseil fédéral faisait notamment valoir la nécessité d'une action rapide et unique contre la propagation de certaines maladies<sup>16</sup>, mais la révision visait également à faire rentrer dans le giron de la légalité des mesures prises par le Conseil fédéral pendant la Première Guerre mondiale, sous le régime des pleins pouvoirs, et qui avaient démontré leur efficacité<sup>17</sup>.

A la suite, en particulier, de l'épidémie de fièvre typhoïde ayant touché Zermatt en 1963<sup>18</sup>, la loi de 1886 a été remplacée, en 1970, par la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme<sup>19</sup>. La nouvelle loi a mis en place un système à deux échelons: en situation normale, les cantons prenaient les mesures propres à lutter contre les maladies transmissibles (art. 11) tandis que, dans des circonstances exceptionnelles, le Conseil fédéral pouvait ordonner les mesures nécessaires pour la totalité ou certaines parties du pays (art. 10).

A nouveau, c'est l'apparition de nouvelles maladies (en particulier le SRAS – syndrome respiratoire aigu sévère, appartenant déjà à la famille des coronavirus – en 2003 et la grippe pandémique H1N1 en 2009) qui a mis en lumière les failles de la législation et déclenché le projet de révision totale qui a conduit à l'adoption, le 28 septembre 2012, de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies; LEp)<sup>20</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

---

démie a fait entre 50 et 100 millions de victimes. Cf. LAURA SPINNEY, *Pale Rider: The Spanish Flu of 1918 and How it Changed the World*, Londres 2018.

- 15 Voir la loi fédérale du 18 février 1921 portant modification de la loi fédérale du 2 juillet 1886 concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général. Notons que, parallèlement, la Confédération s'est dotée, en 1928, d'une loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose. Cf. RS 4 377.
- 16 Message du Conseil fédéral du 3 décembre 1920 à l'appui du projet de loi portant modification de la loi fédérale sur les épidémies du 2 juillet 1886, FF 1920 V 329, p. 333.
- 17 Rapport du Conseil fédéral sur sa gestion en 1920, FF 1921 II 695, p. 777. En s'appuyant sur les pleins pouvoirs qui lui avaient été conférés par l'arrêté de l'Assemblée fédérale du 3 août 1914, le Conseil fédéral avait notamment, le 18 juillet 1918, autorisé les cantons et les communes à interdire toutes les manifestations susceptibles d'entraîner la réunion d'un grand nombre de personnes dans un même lieu ou sur un même point et, le 11 octobre 1918, étendu à l'influenza l'obligation de notification prévue par la loi. Cf. LAURA MARINO, *La Grippe espagnole en Valais (1918–1919)*, Lausanne 2014, p. 149.
- 18 Cf. Message du Conseil fédéral du 11 février 1970 concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), FF 1970 I 389, p. 396. Sur l'épidémie de fièvre typhoïde ayant touché Zermatt, voir MARIE-FRANCE VOUILLOZ BURNIER, 1963, épidémie à Zermatt: La fièvre typhoïde à Zermatt, *Sierre* 2010.
- 19 RO 1974 1071.
- 20 Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291, p. 292.

## C. La répartition des compétences dans la LEp révisée

L'un des objectifs de la LEp consistait à clarifier la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons pour lutter contre les épidémies<sup>21</sup>.

### I. Le système légal

L'un des points centraux de la révision de la LEp consistait à remplacer le modèle à deux échelons datant de 1970 (situation normale – circonstances exceptionnelles) par un modèle à trois échelons<sup>22</sup>: situation normale – situation particulière – situation extraordinaire<sup>23</sup>.

En situation normale, les cantons sont seuls compétents pour prendre des mesures de lutte visant les individus (art. 30 et ss LEp: surveillance médicale, quarantaine, isolement, traitement médical, etc.) ou la population (art. 40 LEp: interdiction des manifestations, fermeture des écoles, interdiction d'entrée et de sortie de certains bâtiments ou zones, etc.).

En situation particulière, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons – ce qui peut être effectué dans le cadre de l'Organe de coordination de la loi sur les épidémies (OrC LEp)<sup>24</sup> ou d'une consultation de la Conférence suisse des directeurs de la santé<sup>25</sup> –, ordonner les mesures visant les individus ou la population susmentionnées (art. 6 al. 2 LEp). Une situation particulière est réalisée (art. 6 al. 1) lorsque les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible et qu'il existe un risque élevé d'infection et de propagation, un risque spécifique pour la santé publique ou un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux (let. a) ou lorsque l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse (let. b). Le Message cite, à titre d'exemples, une pandémie modérée d'influenza et le SRAS<sup>26</sup>.

En situation extraordinaire – qui correspond aux circonstances exceptionnelles de la loi de 1970 –, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays (art. 7 LEp). Il s'agit là d'une disposition de

21 Message (n. 20), p. 310.

22 Cf. THOMAS GÄCHTER/SARA LÓPEZ, Entwurf zu einer Totalrevision des Epidemienengesetzes, Sicherheit & Recht 2/2011, p. 118–121, p. 118; EVA MARIA BELSER/ANDREAS STÖCKLI/BERNHARD WALDMANN, Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus, Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020, p. 3.

23 Message (n. 20), p. 343 s. Cf. BERGAMIN/MAZIDI (n. 9), p. 6 s.

24 Cf. art. 54 al. 1 LEp. Le Département fédéral de l'intérieur coordonne, pour sa part, les mesures de la Confédération (art. 6 al. 3 LEp).

25 OFSP, Fiche d'information: Situation normale, situation particulière, situation extraordinaire, 28 février 2020, p. 1.

26 Message (n. 20), p. 344.

# Pandemie – Justiz – Menschenrechte

ANDREAS ZÜND\*/CHRISTOPH ERRASS\*\*

Schlagwörter: Pandemie, Epidemie, endemisch, pandemisches Risiko, Risikoprävention, Vorbereitung des Risikoeintritts, Risikobewältigung, Epidemiengesetz, Epidemienverordnung, COVID-19-Verordnung 2, WHO, Grund- und Menschenrechte, insb. Art. 12 UNO-Pakt I, Grundrechtskollision, Kerngehalt, Verhältnismässigkeitsprüfung, Nichtwissen

## A. Einleitung

Am 16. März 2020 hat der Bundesrat wegen des Coronavirus<sup>1</sup> gestützt auf Art. 7 EpG<sup>2</sup> die «ausserordentliche Lage» erklärt.<sup>3</sup> Mit der COVID-19-V 2<sup>4</sup> hat er bereits am 13. März 2020 einschränkende Massnahmen erlassen. Die Verordnung wurde und wird beinahe täglich revidiert und dabei erweitert.<sup>5</sup> Sie gilt grundsätzlich nur für die Dauer von sechs Monaten (Art. 12 Abs. 3). Daneben hat der Bundesrat weitere Verordnungen erlassen.<sup>6</sup> Zuvor hat der Bundesrat Massnahmen gestützt auf die Verordnung (1) vom 28. Februar 2020 über Mass-

---

\* Dr. iur., Bundesrichter an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts/Lausanne.

\*\* Prof. Dr. iur., Advokat, Titularprofessor für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater und Gerichtsschreiber an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts/Lausanne.

1 Coronaviren sind eine Virusfamilie, zu der auch das Virus Sars-CoV-2 gehört (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2). Die durch Sars-CoV-2 ausgelöste Atemwegserkrankung nennt man «COVID-19» (coronavirus disease 2019).

2 Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; SR 818.101).

3 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78454.html>.

4 Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19); SR 818.101.24.

5 Letzter Stand: 17. April 2020.

6 Z.B. die Verordnung vom 20. März 2020 über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19), SR 173.110.4, welche sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützt.

nahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) verordnet.<sup>7,8</sup> Schon am 11. März 2020 hat die WHO<sup>9</sup> COVID-19 als Pandemie charakterisiert.<sup>10</sup> Im Anschluss daran haben viele Länder verschiedene Massnahmen ergriffen mit dem Ziel, die Infektionskurve abflachen zu lassen.<sup>11</sup>

Übertragbare Krankheiten, also Krankheiten, die durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte auf den Menschen übertragbar sind,<sup>12</sup> haben die Menschheit seit je beschäftigt. Sie sind Begleiter von Migrations- und Zirkulationsräumen,<sup>13</sup> wie etwa die Beulenpest um ca. 1330 (zweite Pestpandemie), welche sich während rund vier Jahrhunderten von Zentralasien bis nach Portugal und Marokko (allenfalls bis in einige Städte im spanischen Mittelamerika) ausbreitete<sup>14</sup> oder die Grippe-Epidemie 1918 (spanische Grippe)<sup>15</sup>, die von amerikanischen Soldaten nach Europa eingeschleppt wurde und sich danach auf den europäischen Schlachtfeldern ausbreitete.<sup>16</sup> Parallel dazu haben Menschen – wohl erstmals GIROLAMO FRACASTORO (1478–1553) – versucht, den Ursachen auf den Grund zu gehen.<sup>17</sup> Noch 1890 äusserte sich ROBERT KOCH, dass man nichts über die Krankheitserreger der Influenza wisse und diese wohl nicht zu den Bakterien gehörten, sondern es sich bei diesen um andere Mikroorganismen handeln müsse.<sup>18</sup> Auch auf schweizerischer politischer Ebene war die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten seit Langem virulent. Trotz fehlender Kompetenz in der Mediationsverfassung

7 Vgl. AS 2020 573. Aufgehoben durch Art. 11 COVID-19-V 2. Dazu BENJAMIN MÄRKLI, Die «Corona-Verordnung» des Bundesrats vom 28. Februar 2020, in: Jusletter 9. März 2020.

8 Zum historischen Ablauf FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, in: Jusletter 30 mars 2020, Rz. 32–46.

9 World Health Organization. Die Weltgesundheitsorganisation ist eine Sonderorganisation der UNO mit universellem Charakter (vgl. z.B. JURIJ DANIEL ASTON, Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin, Berlin 2005, S. 141).

10 <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020> («We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic»).

11 BERNARD (Fn. 8), Rz. 2.

12 Art. 3 lit. a EpG. Siehe auch LUTZ EHLKES/JÜRGEN MAY, Seuchen – gestern, heute, morgen, APuZ 20–21/2015, S. 3 ff., 3.

13 JÜRGEN OSTERHAMMEL/NIELS P. PETERSSON, Geschichte der Globalisierung, Dimensionen – Prozesse – Epochen, 5. Aufl., München 2012, S. 32.

14 STEFAN WINKLE, Geisseln der Menschheit, Kulturgeschichte der Seuchen, 3. Aufl. 2014, S. 422 ff.; PAUL SLACK, Die Pest, Stuttgart 2015, S. 31 ff.

15 Obwohl die spanische Grippe die verheerendste Pandemie der Neuzeit darstellte, war die Basisreproduktionszahl «lediglich» 2, während diese bei Masern oder Keuchhusten 15 beträgt. D.h. jeder Masern- oder Keuchhustenfall führt zu 15 weiteren Erkrankten (vgl. EHLKES/MAY [Fn. 12], S. 5 m.H.).

16 Vgl. OSTERHAMMEL/PETERSSON (Fn. 13), S. 76; WINKLE (Fn. 14), S. 1045 ff.; EHLKES/MAY (Fn. 12), S. 6 ff.

17 Vgl. HERBERT A. NEUMANN, Die Entstehung der Virologie, Berlin 2019, passim. Bereits Hippokrates stellte einen Zusammenhang zwischen äusserer Umwelt und Auftreten von Krankheiten fest (vgl. EHLKES/MAY [Fn. 12], S. 4).

18 Vgl. NEUMANN (Fn. 17), S. 7.

oder des Bundesvertrages beschäftigte sich die Tagsatzung bereits 1805 mit diesem Thema und nahm 1807 – mit Ausnahme von Waadt und Freiburg – eine entsprechende Verordnung an.<sup>19</sup> In der BV 1848<sup>20</sup> und BV 1874<sup>21</sup> finden sich – wie in der BV (Art. 118 Abs. 1 und 2 lit. c) – denn auch bereits entsprechende Bundeskompetenzen. Von 1973 bis 2010 sind rund 40 neue Krankheitserreger (Bakterium oder Virus) identifiziert worden.<sup>22</sup> Neue wissenschaftliche Entdeckungen zu deren wirksamen Bekämpfung und Behandlung konnten damit nicht Schritt halten.<sup>23</sup> Nicht jeder Krankheitserreger löst indes eine Pandemie aus.<sup>24</sup>

Der Begriff der Pandemie findet sich weder im EpG noch in der dazugehörigen Epidemienverordnung<sup>25</sup> noch in der COVID-19-V 2 noch im übrigen Bundesrecht.<sup>26</sup> Die nunmehr aufgehobene Influenza-Pandemieverordnung vom 27. April 2005<sup>27</sup> enthält in Art. 2 lit. b folgende Definition: Zeitlich begrenzte, weltweite und massive Häufung von Erkrankungen beim Menschen, die durch ein neuartiges Influenzavirus verursacht werden, das sich rasch ausbreitet, hoch ansteckend ist und gegen das ein grosser Teil der Weltbevölkerung keine Immunität besitzt. Etwas kürzer lautet die Glossardefinition der Botschaft EpG 2010: Zeitlich begrenztes, weltweites, massiv gehäuftes Auftreten einer Infektionskrankheit.<sup>28</sup> Pandemien grenzen sich gegenüber Epidemien dadurch ab, dass sie weltweit und nicht nur örtlich begrenzt auftreten.<sup>29</sup> Endemisch ist eine Infektionskrankheit, wenn sie einheimisch ist und konstant in der Bevölkerung zirkuliert.<sup>30</sup>

- 
- 19 Vgl. WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 611 ff.
  - 20 Art. 59 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848 (BB1 1849 I 3).
  - 21 Art. 69 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 I).
  - 22 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) (Botschaft EpG 2010), BBl 2011 311, 319 f.
  - 23 Botschaft EpG 2010, BBl 2011 319.
  - 24 Zu den Gründen vgl. EHLKES/MAY (Fn. 12), S. 9 f.; ALEXANDER S. KEKULÉ, Von Ebola lernen: Was gegen künftige Epidemien getan werden muss, APuZ 20–21/2015, S. 25 ff.
  - 25 Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpV; SR 818.101.1).
  - 26 Der gleiche Befund gilt für Deutschland (vgl. ANIKA KLAFKI, Risiko und Recht, Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien, Tübingen 2017, S. 163).
  - 27 Verordnung vom 27. April 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung einer Influenza-Pandemie (IPV; AS 2005 2137).
  - 28 Botschaft EpG 2010, BBl 2011 454.
  - 29 Vgl. EHLKES/MAY (Fn. 12), S. 3; KLAFKI (Fn. 26), S. 163.
  - 30 Vgl. EHLKES/MAY (Fn. 12), S. 3; KLAFKI (Fn. 26), S. 163.

## B. Die Regulierung des Pandemierisikos

Die Pandemie ist die Verwirklichung eines Risikos<sup>31</sup>. Risiken, ob sie anthropogen gemacht oder natürlich sind oder ob sie zwischen<sup>32</sup> diesen beiden anzusiedeln sind, sind in einem Rechtsstaat nicht einfach hinzunehmen, sondern u.a. auch wegen Grundrechten rechtlich handhabbar zu machen.<sup>33</sup> Dies erfolgt in mehreren Schritten, die sich mit folgenden Stichworten umschreiben lassen: Risikoprävention, Vorbereitung des Risikoeintritts, Bekämpfung bzw. Bewältigung der Risikorealisation.<sup>34</sup> Diese Dreiteilung findet sich auch im Epidemien-gesetz, allerdings nicht explizit mit diesen Worten.<sup>35</sup> Jedenfalls hat der Bundesrat in seiner Botschaft EpG 2010 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mit der Totalrevision des EpG auch Regelungen über die Vorbereitung zur Bewältigung von Pandemien aufzunehmen seien, habe doch die SARS-Krise und die Situation im Zusammenhang mit der Vogelgrippe gezeigt, dass hier noch Verbesserungspotential bestünde.<sup>36</sup>

Die Phase der *Risikoprävention* soll verhindern, dass das Risiko überhaupt eintritt. Dabei muss das Risiko erkannt, abgeschätzt und überwacht werden. Darunter fallen z.B. die Meldepflichten nach Art. 12 EpG.<sup>37</sup> Anschliessend ist das Risiko zu bewerten und sind entsprechende Massnahmen zu verfügen (z.B. Impfempfehlungen<sup>38</sup> nach Art. 20 EpG, welche einen Realakt<sup>39</sup> darstellen, aber auch das bereits früh kommunizierte «social distancing»<sup>40</sup>). In der Phase der *Vorbereitung des Risikoeintritts* sollen geeignete Massnahmen im Vorfeld eines Risikoeintritts getroffen werden, damit der Schaden möglichst gering ausfallen

31 Zum Begriff des Risikos z.B. KLAFFKI (Fn. 26), S. 9 ff.; CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, Freiburg 1998, S. 29 ff.

32 So nehmen nach KLAFFKI (Fn. 26), S. 162, Pandemierisiken eine Zwitterstellung zwischen den klassischen «Naturrisiken» und den modernen «Zivilisationsrisiken» ein.

33 Zur Regulierung von technischen Risiken CHRISTOPH ERRASS, Technikregulierung zur Gewährleistung von Sicherheit, Sicherheit & Recht 2016, S. 63 ff.

34 Klassische Beispiele sind das gesamte Kernenergie- und Strahlenschutzrecht sowie der Katastrophenschutz nach Art. 10 USG (Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, SR 814.01]) i.V.m. der Störfallverordnung (Verordnung vom 27. Februar 1991 über den Schutz vor Störfällen [StFV, SR 814.012]).

35 Vielfach werden die Massnahmen zur Vorbereitung des Risikoeintritts bei den Präventionsmassnahmen angesiedelt (siehe z.B. in Bezug auf Kernkraftwerke BGE 139 II 185 E. 14.4 S. 230 ff., wonach das Notstandssystem SUSAN nach einer Betriebsstörung oder einem Störfall die Wärmeabfuhr sicherstellen soll). Anders wiederum bei der Kostenüberwälzung für die Abgabe von Jodtabletten (BGE 144 II 454).

36 Botschaft EpG 2010, BBl 2011 z.B. 329, 330, 335 f., 366 f. Siehe auch BERNARD (Fn. 8), Rz. 8.

37 Zur Unerlässlichkeit einer kontinuierlichen und systematischen Datenerhebung vgl. THOMAS GÄCHTER/SARA LÓPEZ, Entwurf zu einer Totalrevision des Epidemien-gesetzes, Sicherheit & Recht 2011, S. 118 ff., 118.

38 Amtliche Empfehlungen sind staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensoptionen (BGE 144 II 233 E. 4.1 i.F. S. 236). Siehe auch ALEXANDRE FLÜCKIGER, (Re)faire la loi, Berne 2019, S. 306 ff.

39 BGE 144 II 233 E. 4.2–4.4 S. 236 ff.

40 Vgl. Botschaft EpG 2010, BBl 2011 392, 454.

# Staatliche Unterstützung und Wettbewerbsrecht in Pandemie-Zeiten

SIMON HIRSBRUNNER\*

Schlagwörter: Beihilfenrecht, EU, EU-Recht, Exit-Strategie, Freihandelsabkommen Schweiz-EU, Industriepolitik, Kartellgesetz, Kartellrecht, Krisenkartell, Institutionelles Abkommen Schweiz-EU, Luftverkehrsabkommen, Preissmissbrauch, Preisüberwacher, Preisüberwachungsgesetz, Staatliche Beihilfe, Subvention, Unternehmenskooperation, Wettbewerbskommission, Wettbewerbsrecht

## A. Ausgangslage

Das Wettbewerbsrecht, unter dem im Folgenden das Kartell- und Staatsbeihilfenrecht verstanden wird, gehört zu den Rechtsgebieten, die seit dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie in Europa und der Schweiz im Mittelpunkt des Interesses stehen. Die für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zuständigen Behörden haben zur Linderung der Folgen der Krise die Vorschriften vorübergehend gelockert und werden diese voraussichtlich noch weiter lockern müssen. Dieser Prozess ist noch nicht abgeschlossen. Die Vor- und Nachteile, die sich aus diesen kurzfristig angeordneten Massnahmen ergeben, müssen erst noch in ihrer ganzen Tragweite verstanden und verarbeitet werden. Gleichzeitig richtet sich die Aufmerksamkeit schon auf die Zukunft und die Vorbereitung einer geeigneten *«Exit-Strategie»*. Doch ist es illusorisch zu meinen, es werde sich einfach wieder der bis anhin gewohnte *«Courant normal»* einstellen. Die gegenwärtige Krise bedeutet auch für den ordnungspolitischen Rahmen einen Belastungstest, der nicht spurlos am Wettbewerbsrecht sowie dem Handlungsspielraum und Selbstverständnis der zuständigen Behörden vorbeigehen wird. Insbesondere droht längerfristig das Risiko einer verstärkten Instrumentalisierung des Wettbewerbsrechts zu industriepolitischen Zwecken und international eine deutlichere Fragmentierung der bis anhin zumindest in Europa weitgehend

---

\* LL.M, DHEE, Fürsprecher und Rechtsanwalt (DE), tätig in Brüssel.

konvergenten wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen. Für die betroffenen Wirtschaftskreise und Unternehmen ergeben sich aus den absehbaren Entwicklungen neue Chancen und Argumentationsspielräume, aber auch rechtliche Herausforderungen und Erschwernisse, die bei der geschäftlichen Planung einkalkuliert werden müssen.

Aus Schweizer Sicht sind nachvollziehbar vor allem die Rechtsfragen von Interesse, die sich aus Sicht des Schweizer Wettbewerbsrechts stellen. Doch aufgrund der engen politischen und wirtschaftlichen Verknüpfungen zwischen der Schweiz und der EU sowie des Einflusses, den die EU-Rechtsetzung und -Praxis auf das Schweizer Wettbewerbsrecht hat, macht es Sinn, gleichzeitig die Entwicklungen in der EU zu beleuchten.

## **B. Unterschiedliche Reaktionen in der EU und der Schweiz**

Nach dem Ausbruch der Pandemie ordneten praktisch alle betroffenen Länder einen mehr oder weniger strengen «*Lockdown*» an, was zu einer dramatischen Verlangsamung der Wirtschaftstätigkeiten führte, die immer noch nachwirkt. Es wurde rasch deutlich, dass die geänderten Umstände die Wettbewerbsbehörden mit aussergewöhnlichen Fragestellungen konfrontierten. Die Europäische Kommission und die Schweizer Wettbewerbskommission reagierten unterschiedlich auf diese Herausforderung.

### **I. EU-Wettbewerbsrecht**

#### *1. EU-Kartellrecht*

Im EU-Kartellrecht veröffentlichte die Kommission eine Mitteilung, in der sie darlegte, wie sie die Kooperationen, die von Unternehmen zur Bewältigung der Notfallsituation geschlossen würden, beurteilen werde.<sup>1</sup> Die Mitteilung soll vorübergehend ab dem Stichtatum des 8. April 2020 gelten, bis sie von der Kommission wieder aufgehoben wird.

In materiellrechtlicher Hinsicht legt die Kommission in der Mitteilung dar, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen zur Sicherstellung der Versorgung mit unentbehrlichen Waren, wie insbesondere Medikamenten und medizinischer Ausrüstung, und Dienstleistungen miteinander kooperieren dürfen. Die Kommission befürwortet eine Zusammenarbeit über Verbände zur Koordinierung von gemeinsamen Logistiktätigkeiten, der Identifizierung von drohenden Versorgungsengpässen und anderen Aufgaben. Abhängig vom Ernst der Lage

---

<sup>1</sup> Befristeter Rahmen für die Prüfung kartellrechtlicher Fragen der Zusammenarbeit von Unternehmen in durch den derzeitigen COVID-19-Ausbruch verursachten Notsituationen, ABIEU C116 I vom 8.4.2020, S. 7.



kämen jedoch auch weitergehende Formen der Zusammenarbeit in Frage, wie etwa Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung bei der Produktion oder Lagerung von bestimmten Medikamenten und ähnlichen Funktionen sowie Vereinbarungen über den erforderlichen Informationsaustausch in diesem Zusammenhang. Die Kommission werde solche, unter normalen Umständen problematische, Formen der Kooperation als wettbewerbsrechtlich unbedenklich behandeln oder zumindest ihrer Verfolgung keine Priorität zumessen. Dies setze jedoch voraus, dass erstens die Kooperation objektiv erforderlich sei und zudem so konzipiert, dass sie möglichst effizient zu einer Produktionssteigerung beitrage. Die Kooperation sollte zweitens nur so lange dauern, wie die Gefahr eines Versorgungsengpasses bestehe, oder jedenfalls nicht länger als bis zum Ende der Pandemie. Die Kooperation dürfe drittens nicht über das erforderliche Mass hinausgehen. Die Kommission fordert die Unternehmen weiter auf, Dokumente aufzubewahren und auf Verlangen Rechenschaft abzulegen.

Wenn eine staatliche Stelle eine Zusammenarbeit zwischen Unternehmen fördere oder gar koordiniere, sei dies ein wichtiges Indiz für eine kartellrechtliche Unbedenklichkeit. Oder zumindest werde die Kommission einem solchen Fall keine Priorität zumessen. Geschehe die Zusammenarbeit aufgrund eines dringenden Begehrens von Seiten einer Behörde, um vorübergehend einer Notfallsituation im Zusammenhang mit dem COVID-19-Ausbruch, wie einem dramatischen Versorgungsengpass, zu begegnen, könne dies als kartellrechtlich zulässig gelten.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht kündigt die Kommission in der Mitteilung an, sie werde vorübergehend die frühere Praxis der *«Comfort Letter»* wieder einführen. Mit solchen *«Letter»* können sich Unternehmen und Verbände auf Gesuch die Vereinbarkeit mit EU-Kartellrecht von bestimmten Kooperationsprojekten bescheinigen lassen.

Die Kommission verwies schliesslich auf die gemeinsame Erklärung des European Competition Network (ECN) über die Anwendung des Wettbewerbsrechts während der COVID-19-Krise<sup>2</sup> sowie die entsprechende Mitteilung des Steering Committee des (globalen) International Competition Network (ICN).<sup>3</sup>

## 2. EU-Beihilfenrecht

Bei der Kontrolle staatlicher Beihilfen fand die Kommission eine ähnliche Ausgangslage vor, wie schon anlässlich der Finanzkrise. Die Kommission war nicht nur fachlich gefordert, sie musste auch politisch ihre Position gegenüber den Mitgliedstaaten behaupten. Die Behörden der Mitgliedstaaten standen unter enormem Druck, der Wirtschaft helfend unter die Arme zu greifen. Wenn die

2 [https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003\\_joint-statement\\_ecn\\_corona-crisis.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf)

3 <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19-Statement-April2020.pdf>

Kommission nicht Gefahr laufen wollte, dass die Mitgliedstaaten sie durch unkoordiniertes Vorpreschen vor vollendete Tatsachen stellten, musste sie ohne Verzögerung eine kohärente Lösung präsentieren und den Mitgliedstaaten die Gewissheit vermitteln, dass sie der Aufgabe gewachsen war. Ähnlich wie damals mit der sogenannten Bankenmitteilung,<sup>4</sup> legte die Kommission einen befristeten Rahmen für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 vor.<sup>5</sup> Nach dem gleichen vertrauten Muster wie während der Finanzkrise wurde die Mitteilung seither bereits einmal abgeändert.<sup>6</sup> Eine weitere Änderung stand zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Manuskripts kurz bevor, weil die Kommission den Rahmen auf Rekapitalisierungsmassnahmen für Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten ausweiten wollte. Später wird sicherlich noch die eine oder andere Adjustierung folgen. Erwähnenswert ist schliesslich, dass die Kommission auch die beihilfenrechtlichen Bedingungen für die Gewährung von kurzfristigen Exportkredit-Versicherungen durch staatliche Versicherer lockerte.<sup>7</sup>

Mit dem soeben erwähnten befristeten Rahmen macht die Kommission zwei Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) fruchtbar, die eine differenzierte Beurteilung von staatlichen Beihilfen in Krisenzeiten ermöglichen. Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV sieht zum einen vor, dass staatliche Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige aussergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, als vereinbar mit dem Vertrag gelten. Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV sieht zum anderen vor, dass Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats als vereinbar angesehen werden können. Beide Kategorien von Beihilfen müssen gemäss Art. 108 Abs. 3 AEUV vor ihrer Durchführung bei der Kommission notifiziert werden,<sup>8</sup> wobei die Kommission bei der Beurteilung von Beihilfen im Sinn von Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV über einen grösseren Ermessensspielraum verfügt.<sup>9</sup>

Wichtig ist, dass der befristete Rahmen bisher vor allem für wenig komplexe Beihilfengefässe gilt, von denen die meisten in Form von allgemeingültigen

---

4 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1.8.2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise («Bankenmitteilung»), ABIEU C 216 vom 30.7.2013, S. 1; es handelt sich hierbei um eine überarbeitete und aktualisierte Fassung der Bankenmitteilung, die erstmals 2008 erlassen wurde.

5 ABIEU C91 I vom 20.3.2020, S. 1.

6 ABIEU C112 I vom 4.4.2020, S. 1.

7 Mitteilung der Kommission zur Änderung des Anhangs der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf die kurzfristige Exportkreditversicherung, ABIEU C 101 I vom 28.3.2020, S. 1.

8 ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Rz. 8 zu Art. 107 Abs. 2 AEUV, 5. Aufl., München 2016.

9 MAXIAN RUSCHE, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Fn. 8), Bd. 3, Rz. 1 zu Art. 107 Abs. 3 AEUV.

# Entschädigung von Gesundheitseinrichtungen zu Zeiten der Epidemie und Pandemie

Eine Skizze bestehender und möglicher Entschädigungsgrundlagen  
mit Blick auf die Corona-Pandemie

TOMAS POLEDNA<sup>\*</sup>/RALPH TRÜMLER<sup>\*\*</sup>/  
GREGORI WERDER<sup>\*\*\*</sup>

Schlagwörter: Epidemie, Pandemie, Notrecht, Notstand, Epidemiengesetz,  
Katastrophenrecht, Pflichtlagerhaltung, Entschädigungsrecht,  
Vorhalteleistungen, COVID-19-Verordnung 2,  
Kompensationszahlungen, Inpflichtnahme Privater

## A. Der Epidemie- und Pandemiefall als nationaler Notstand

### I. Ausgangslage

Ein ungewöhnlich gehäuftes Auftreten von Fällen einer übertragbaren Krankheit wird als Epidemie bezeichnet. Bei globaler Ausbreitung spricht man von Pandemie. Die Ende 2019 aufgetretene Lungenkrankheit COVID-19 reiht sich hier ein – sie wurde am 12. März 2020 von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als Pandemie bezeichnet.<sup>1</sup>

Zur Bekämpfung solcher Krisen greifen Staaten auf Instrumente im geschriebenen und ungeschriebenen Recht zurück und erlassen Massnahmen, welche die Gesundheitseinrichtungen eines Landes schwer treffen. In aller Regel werden sie aktiv in die Bewältigung der Pandemie eingebunden, indem sie den Grossteil ihrer Ressourcen auf verschiedenen Wegen zur Verfügung stellen oder noch vorhandene Ressourcen als Reserven schonen müssen. Zudem sind sie im selben Masse wie die Akteure anderer Wirtschaftsbereiche von der weit-

---

<sup>\*</sup> Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für öffentliches Recht an der Universität Zürich.

<sup>\*\*</sup> Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Verwaltungsrecht an der Kalaidos Law School.

<sup>\*\*\*</sup> Dr. iur., Rechtsanwalt.

1 <http://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/3/who-announces-covid-19-outbreak-a-pandemic>, besucht am 18. April 2020.

gehenden Lahmlegung des öffentlichen Lebens betroffen. Aus dieser Kombination von staatlichen Requisitionen, medizinischen Vorhalteleistungen und allgemeiner Regression resultieren Einnahmenausfälle, die bei zahlreichen Gesundheitseinrichtungen existenzbedrohend werden können und die Strukturen der Gesundheitsversorgung gefährden.<sup>2</sup> Mithin besteht nicht nur ein sehr hohes öffentliches Interesse an der Bewältigung einer Epidemie- bzw. Pandemiesituation, sondern auch daran, eine etablierte medizinische Grundversorgung über einen Pandemiefall hinaus aufrechtzuerhalten. Aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht ist das öffentliche Interesse an einer über die Akutsituation hinausgehenden Gesundheitsversorgung mit Blick auf die hier bestehende Gewährleistungsverantwortung des Staates verpflichtend. Insofern ist für Lösungen und Ansätze zu plädieren, mit denen medizinische Vorhalteleistungen, Ertragsausfälle und Requisitionen bei Gesundheitseinrichtungen durch kompensatorische Leistungen entschädigt werden.

In der Gemengelage zwischen den bisherigen Rechtsregeln und der Notstandsgesetzgebung entstehen ad hoc geschaffene Entschädigungsregelungen. Dies führt zu Einbrüchen in der Kohärenz der Rechtsordnung. Die notrechtlichen Entschädigungsregeln einerseits sind lückenhaft und wirken zufällig. Die Notsituation andererseits offenbart die Lücken der Regelgesetzgebung schonungslos. Vorliegender Beitrag geht diesen Divergenzen und Lücken nach und prüft den rechtspolitischen Anpassungsbedarf von verschiedenen Entschädigungssystemen. Im Ergebnis postulieren wir einen kompensatorischen Ausgleich in Ergänzung zum bislang eingesetzten Entschädigungsinstrumentarium.

## **II. Überblick über bestehende und mögliche positiv-rechtliche Regelungen zur Bewältigung von Epidemien und Pandemien**

### *1. Intrakonstitutionelles Notrecht*

Intrakonstitutionelles Notrecht besteht zunächst nach Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV in Form eines Notverordnungs- und Notverfügungsrechts des Bundesrates. Es dient dem Schutz gewichtiger öffentlicher Interessen entweder im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Schweiz gegenüber dem Ausland oder um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. In letzterem Fall handelt es sich um eine Polizeigeneralklausel, die konkurrierend und parallel zu einer Notverordnungs- und Notbeschlussfassungskompetenz der Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. a–c BV besteht. Faktisch funktioniert Art. 173 Abs. 1 lit. c BV als Modifikations- und

---

2 Zur Schilderung von finanziellen Notlagen bei Spitälern z.B. SIMON HEHLI/TOBIAŠ GAFAFER, Wegen Corona droht manchem Spital das Aus, NZZ Nr. 82/Jg. 241 vom 8. April 2020, S. 8.; zur Schilderung der dramatischen Situation bei Physiopraxen vgl. Medinside vom 9. April 2020, «Hälfte der Physio-Praxen steht vor dem Konkurs».

Annulationsrecht der Bundesversammlung gegenüber notrechtlichen Anordnungen des Bundesrates.<sup>3</sup> Der Epidemie- und Pandemiefall erfüllt als nationaler Notstand die Anwendungskriterien von Art. 185 Abs. 3 BV und Art. 173 Abs. 1 lit. b und c BV, weil das moderne Sicherheitsverständnis auf die nationale öffentliche Sicherheit abzielt – zu den heutigen aktuellen Gefahren und Bedrohungen des Landes gehören auch der Gesundheitsschutz und die Existenzsicherheit des Menschen in Zeiten der Epidemie oder Pandemie.<sup>4</sup>

Ein Beispiel für intrakonstitutionelles Notrecht auf Bundesebene ist die COVID-19-Verordnung 2, die der Bundesrat zur Bekämpfung des Coronavirus im Frühjahr 2020 gestützt auf seine Notrechtskompetenz erlassen hat.<sup>5</sup> Darin werden verschiedene Verpflichtungen für Gesundheitseinrichtungen mit dem Ziel statuiert, die Verbreitung der grassierenden Krankheit zu stoppen. Primäres Ziel dieses Notrechtserlasses ist der Schutz besonders gefährdeter Personen und das Aufrechterhalten von Kapazitäten zur Bewältigung der Pandemie, insbesondere mit Blick auf die Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln.<sup>6</sup>

Aufgrund von Polizeigeneralklauseln im kantonalen Verfassungsrecht besteht das Instrument des intrakonstitutionellen Notrechts auch auf kantonaler Ebene.<sup>7</sup> Dabei können Kantonsregierungen in ihrem Kompetenzbereich sich nur solange auf ihre eigene Notrechtsberechtigung berufen, als diese nicht durch den Notrechtsgebrauch des Bundes beschnitten ist. Um die temporär geltende föderalistische Zuständigkeitsordnung abzusichern, sind Zuständigkeits- und Vollzugsregeln vorzusehen.<sup>8</sup>

- 
- 3 Dazu und zu den Regelungen in Art. 7d des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) ausführlich RALPH TRÜMLER, *Notrecht*, Zürich 2012, Rz. 299 und 474 ff.
  - 4 Zum heutigen Sicherheitsverständnis, das auf den Schutz nationaler öffentlicher Sicherheit abzielt und von der Dichotomie von «innerer» und «äusserer» Sicherheit Abstand nehmen muss, vgl. TRÜMLER (Fn. 3), Rz. 212, 215 und 282.
  - 5 Die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) stützte sich gemäss Ingress in ersten Versionen noch auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV (vgl. AS 2020 773), in späteren Versionen nur noch auf Art. 7 EpG (vgl. AS 2020 783). Korrekterweise wäre auch dann noch neben Art. 7 EpG die Notrechtsgrundlage von Art. 185 Abs. 3 BV anzuführen gewesen (vgl. dazu auch hinten Fn. 10).
  - 6 Art. 1 Abs. 2 lit. d COVID-19-Verordnung 2 (vgl. AS 2020 773).
  - 7 Vgl. beispielsweise Art. 91 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1) oder Art. 72 der Verfassung des Kantons Zürich (LS 101).
  - 8 Die erste Version der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 enthielt noch keine solchen Bestimmungen (vgl. AS 2020 773). Sie wurden am 16. März 2020 mit Art. 1a (Zuständigkeit der Kantone) und am 2. April 2020 mit Art. 1b (Vollzug) erst sukzessive eingeführt (vgl. AS 2020 783 und AS 2020 1131).

## 2. *Recht in und für besondere Lagen*

### a. *Epidemiengesetz*

Für den Epidemienfall enthält das Epidemiengesetz des Bundes<sup>9</sup> Regelungen für Bedrohungslagen bis zu einer «besonderen Lage».<sup>10</sup> Eine darüberhinausgehende Bedrohung, die einer «ausserordentlichen Lage» entspricht, wird mit Art. 7 EpG angesprochen, dies aber in rein deklaratorischer Natur – sie wiederholt die Notrechtskompetenz des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV.<sup>11</sup> Be ruft sich der Bundesrat infolge eines nationalen Notstands auf Art. 7 EpG und damit auf intrakonstitutionelles Notrecht, werden die materiellen Regelungen des EpG übersteuert.<sup>12</sup>

Das EpG verpflichtet die Gesundheitseinrichtungen zu Meldungen, Mithilfe bei der Quarantäne, der Umsetzung des Impfplans und zur Behandlung der In-fizierten.<sup>13</sup> Die notrechtlich etwa in der COVID19-Verordnung 2 angeordneten Massnahmen, wie die Beschränkung der Tätigkeiten von Gesundheitseinrichtungen auf zwingend notwendige Eingriffe,<sup>14</sup> finden im ansonsten ein reiches Interventionsinstrumentarium aufweisenden EpG keine Grundlage.

### b. *Katastrophenrecht*

Soweit durch intrakonstitutionelles Notrecht des Bundes nicht beschnitten,<sup>15</sup> können im Epidemie- und Pandemiefall einzelne Regelungen des sog. Katastrophenrechts zum Zuge kommen. Dazu gehören auf kantonaler Ebene Dienst- oder Betriebspflichten für Medizinalpersonen und im Gesundheitswesen tätige Organisationen. Hierbei wird an gesetzliche Beistandspflichten oder bestehende Bewilligungen angeknüpft.<sup>16</sup> Wie das Katastrophenrecht der Kantone bietet

9 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpG; SR 818.101) vom 28. September 2012.

10 Vgl. hierzu Art. 6 EpG. Bei der ersten Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020 (AS 2020 573) handelte es sich in wesentlichen Teilen nicht um eine Notverordnung, sondern wurden ein Gros von Regelungen gestützt auf das Recht für besondere Lagen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG erlassen. Dort, wo darüber hinausgegangen wurde, stützte man sich zusätzlich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV ab.

11 Vgl. Botschaft zum Epidemiengesetz, BBl 2011 311, 363 (Tabelle) und 365 f.

12 In der Lehre wurde beschrieben, dass damit das «gesamte Zuständigkeitsgefüge innerhalb des Gesetzes» aus den Angeln gehoben werde, vgl. THOMAS GÄCHTER/SARA LOPEZ, Entwurf zu einer Totalrevision des Epidemiengesetzes, Sicherheit&Recht 2 (2011), S. 118 ff., 119. Korrekterweise ist im Ingress von bundesrätlichen Notverordnungen neben Art. 7 EpG auch die Notrechtsgrundlage aufzuführen.

13 Insbesondere Art. 12, 19, 34 und 39 EpG. Dazu THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018, Rz. 800.

14 Art. 10a Abs. 2 und 3 COVID-19-Verordnung 2 (vgl. AS 2020 773).

15 Art. 10a Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 (vgl. AS 2020 783) lautet: «Die Kantone können private Spitäler und Kliniken verpflichten, ihre Kapazitäten für die Aufnahme von Patientinnen und Patienten zur Verfügung zu stellen».

16 DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, St.Gallen 2016, Rz. 801 ff. m.w.H.

# Versicherungsschutz in der Corona-Krise, hier: Deckung unter Betriebschliessungsversicherungen und Schadensaggregation in der Rückversicherung

ULRIKE MÖNNICH\*/HELMUT HEISS\*\*/  
OLIVER D. WILLIAM\*\*\*

Schlagwörter: Pandemie-Deckung, Pandemie-Ausschluss, Risikoausschluss,  
Deckungsausschluss, Betriebsschliessungsversicherung,  
Betriebsunterbruchversicherung, Aggregation,  
Schadenaggregation, Serienschadenklausel, PRICL

## A. Einleitung

Die WHO erklärt COVID-19 am 11. März 2020 zur Pandemie.<sup>1</sup> Seit dem 28. Februar 2020<sup>2</sup> erlässt der Bundesrat («BR») in der Schweiz sukzessiv immer striktere Massnahmen, um die Ausbreitung von COVID-19 zu verlangsamen und um die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems aufrecht zu erhalten. Am 16. März 2020 wird die «ausserordentliche Lage» gemäss Art. 7 Epidemien-gesetz<sup>3</sup> ausgerufen. Neben zahlreichen weiteren Einschränkungen verfügt der BR, dass alle Läden, Restaurants, Bars (mit Ausnahme von systemrelevanten Einrichtungen) ab dem 17. März bis (zunächst) zum 19. April 2020<sup>4</sup> schliessen müssen.

---

\* Dr. iur., Rechtsanwältin, Zürich.

\*\* Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Professor für Privatrecht, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt, Zürich.

\*\*\* Dr. des. iur., Postdoc an der Universität Zürich, Rechtsanwalt, Zürich.

1 <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>>, zuletzt besucht am 20. April 2020.

2 Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020 (COVID-19-Verordnung 1) (SR 818.101.24), aufgehoben am 13. März 2020 durch Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2) (Stand: 13. März 2020) (SR 818.101.24).

3 COVID-19-Verordnung 2 (Stand: 17. März 2020).

4 Für Restaurants, Bars etc. wurde die Schliessungsverfügung verlängert. Wann sie wieder öffnen dürfen, wird derzeit diskutiert.

Die mittel- und langfristigen Folgen für die Wirtschaft sind noch nicht abzu-  
sehen. Offenkundig ist bereits jetzt, dass Betreiber von Läden, Restaurants,  
Bars, Hotels wirtschaftlich hart betroffen sind, da ausbleibenden Umsätzen  
weiterlaufende Kosten gegenüberstehen.

Wir befassen uns in diesem Beitrag damit, ob und in welchem Umfang  
finanzielle Schäden wegen Betriebsschliessungen im Zusammenhang mit der  
COVID-19 von entsprechenden betrieblichen Versicherungen gedeckt (unter B.)  
sind und wie diese Schäden dann in der Rückversicherung aggregiert werden  
(unter C.). Am Ende (unter D.) werden die Ergebnisse ganz kurz zusammen-  
gefasst.

## **B. Betriebliche Versicherung (Erstversicherung)**

### **I. Vorbemerkung zur Auslegung von Versicherungsverträgen**

#### *1. Grundsatz: Vertragsfreiheit*

Das schweizerische Versicherungsvertragsrecht überlässt die Definition des  
Deckungsumfangs einer Police grundsätzlich der Vereinbarung der Parteien.  
Von wenigen zwingenden Regelungen abgesehen (z.B. Art. 59 VVG), besteht  
also Vertragsfreiheit.<sup>5</sup> Für die Auslegung von Versicherungsverträgen gelten  
grundsätzlich die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung.<sup>6</sup>

#### *2. Vertragspraxis*

In der Vertragspraxis wird der Deckungsumfang typischerweise mittels einer  
Deckungsklausel (primären Risikoumschreibung)<sup>7</sup> festgelegt. Soweit der Ver-  
sicherer bestimmte Risiken, die von der primären Risikoumschreibung erfasst  
sind, nicht decken will, vereinbart er mit dem Versicherungsnehmer Deckungs-  
ausschlüsse (sekundäre Risikoumschreibungen)<sup>8</sup>. Dadurch können einzelne  
Risiken völlig oder auch nur teilweise von der Deckung ausgenommen wer-  
den.<sup>9</sup> Im Massengeschäft erfolgt die Definition des Deckungsumfangs typi-  
scherweise durch AVB, die ihrer Rechtsnatur nach nichts anderes sind als All-  
gemeine Geschäftsbedingungen (AGB).<sup>10</sup>

---

5 Vgl. HANS ROELLI/MAX KELLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den  
Versicherungsvertrag, Band I, 2. Aufl., Bern 1968, S. 451; WILLY KOENIG, Schweizerisches Pri-  
vatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, S. 165; BGer 4A\_631/2016 vom 21.4.2017, E. 2.2.

6 BGer 4A\_152/2017 vom 2.11.2017, E. 4.

7 Z.B. RENÉ BECK, Haftpflicht II: Haftpflichtversicherung, 2. Aufl., Zürich 2012, S. 51: «primäre  
Risikoabgrenzung».

8 Z.B. BECK (Fn. 7), S. 53: «sekundäre Risikoabgrenzung».

9 Vgl. ROELLI/KELLER (Fn. 5), S. 456.

10 Vgl. z.B. ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995,  
S. 158.



### 3. Besonderheiten bei der Auslegung von Versicherungsverträgen

#### a. Art. 33 VVG

Wenngleich die Bestimmung des Deckungsumfangs grundsätzlich der Parteienvereinbarung unterliegt, hat eine solche den Grundsätzen des Art. 33 VVG zu folgen, der nach seiner Marginalie den «Umfang der Gefahr» regelt. Er lautet:

«Soweit dieses Gesetz nicht anders bestimmt, haftet der Versicherer für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, un-zweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.»

Art. 33 VVG enthält zwei Anordnungen<sup>11</sup>: Zum einen statuiert Art. 33 1. Teilsatz VVG den Grundsatz der umfassenden Gefahrtragung durch den Versicherer.<sup>12</sup> Hierin liegt eine Besonderheit des schweizerischen VVG. Im deutschen VVG und im österreichischen VersVG fehlt es an einer vergleichbaren Bestimmung. Der Grundsatz der umfassenden Gefahrübernahme dient dem Interesse der Sicherheit des Geschäftsverkehrs und der Rechtsprechung.<sup>13</sup> Hieraus folgt, dass die versicherte «Gefahr als solche» ohne Einschränkungen gedeckt ist<sup>14</sup>, da nämlich Einschränkungen der Deckung grundsätzlich im «Widerspruch zum Zweck der Versicherung» stehen<sup>15</sup>. Demnach hat der Vertrag «zum Ausdruck zu bringen, welche Gefahrmomente nicht unter die Versicherung fallen, wenn die Gefahr nicht als *tale quale* übernommen gelten soll».<sup>16</sup> Dem Versicherer ist es insbesondere verwehrt, eine Deckungsbeschränkung unter Berufung auf die Versicherungstechnik, die herrschende Praxis oder eine herrschende Übung zu behaupten.<sup>17</sup>

Zum anderen fordert Art. 33 2. Teilsatz VVG für Deckungsbeschränkungen eine «bestimmte, unzweideutige Fassung». Diese «Unklarheitenregel» gilt für alle Beschränkungen der Deckung, egal ob sie in der primären Risikoumschreibung (Deckungsklausel) oder in der sekundären Risikoumschreibung (Deckungsausschlüsse) enthalten sind<sup>18</sup> und führt zu einer Auslegung «*in dubio contra asscuratorem*», sofern mit einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Klarheit über den Inhalt einer Ausschlussklausel erzielt

11 Vgl. MAURER (Fn. 10), S. 246 ff.; auch KOENIG (Fn. 5), S. 167 ff.

12 Art. 33 1. Teilsatz VVG; hierzu MAURER (Fn. 10), S. 246; KOENIG (Fn. 5), S. 167 f.

13 BGer 4A\_153/2015 vom 25.6.2015, E. 4.1; ROELLI/KELLER (Fn. 5), S. 446.

14 Vgl. BGer 4A\_153/2015 vom 25.6.2015, E. 4.1, wonach «von einer umfassenden Übernahme der versicherten Gefahr durch den Versicherer auszugehen ist». So auch schon ROELLI/KELLER (Fn. 5), S. 447.

15 BGer 4A\_153/2015 vom 25.6.2015, E. 4.1

16 ROELLI/KELLER (Fn. 5), S. 447

17 ROELLI/KELLER (Fn. 5), S. 447.

18 Vgl. ROELLI/KELLER (Fn. 5), S. 456; MAURER (Fn. 10), S. 247 unter Verweis auf BGE 100 II 403, wo das Bundesgericht eine Einschränkung in der Deckungsklausel nach der Unklarheitenregel des Art. 33 2. Teilsatz VVG ausgelegt hat.

werden kann.<sup>19</sup> Sind Risikobeschränkungen nicht «bestimmt und unzweideutig», kommen sie nach Art. 33 2. Teilsatz VVG nicht zur Anwendung.<sup>20</sup>

### *b. Ungewöhnlichkeitsregel*

Liegen dem Versicherungsvertrag für die Umschreibung des Deckungsumfangs und allfälliger Deckungsausschlüsse AVB zugrunde, handelt es sich um AGB.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGer wird die Geltung von AGB durch die sog. Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt.<sup>21</sup> Diese konkretisiert das Vertrauensprinzip<sup>22</sup>, welches dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dient und nicht primär darauf abzielt, die schwächere Partei vor der stärkeren zu schützen<sup>23</sup>. Nach der Ungewöhnlichkeitsregel gilt daher Folgendes: Von der global erklärten Zustimmung zu AGB durch den Vertragspartner des Verwenders sind alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von AGB muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass der Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt.<sup>24</sup>

Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses<sup>25</sup> unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls<sup>26</sup>.

## **II. Deckung von Betriebsschliessungen**

### *1. Deckung unter «reiner» Betriebsunterbrechungsversicherung*

Zahlreiche Betriebe unterhalten sog. Betriebsunterbrechungsversicherungen (nachfolgend: «BU-Versicherung»), um sich gegen vorübergehende «Zwangspausen» im Betrieb abzusichern. Oft sind diese Versicherungen Teil einer betrieblichen Sachversicherung. Regelmässig besteht Deckungsschutz im Rahmen einer solchen BU-Versicherung, wenn der Betrieb infolge eines *versicherten Sachschadens* eine Zwangspause einlegen muss. Ein versicherter Sachschaden liegt vor, wenn Sachen oder Sachgesamtheiten infolge von versicherten Risiken (z.B. Feuer, Elementarereignisse, Wasser, Sturm, Einbruchdiebstahl) verloren gehen oder zerstört, beschädigt oder unbrauchbar werden.

---

19 BGer 4A\_152/2017 vom 2. 11. 2017, E. 4.2.

20 BGer 4A\_499/2018 vom 10. 12. 2018, E. 3.3.1; BGer 4A\_397/2010 vom 28. 9. 2010, E. 5.4.

21 BGer 4A\_499/2018 vom 10. 12. 2018, E. 3.3.1; BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1.

22 BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1.

23 BGer 4A\_499/2018 vom 10. 12. 2018, E. 3.3.3.

24 BGer 4A\_499/2018 vom 10. 12. 2018, E. 3.3.3.

25 BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1; 119 II 443 E. 1a; 109 II 452 E. 5b; BGer 4A\_475/2013 vom 15. 7. 2014, E. 5.1.

26 BGE 135 III 1 E. 2.1; 119 II 443 E. 1a.

# Un droit contractuel extraordinaire ou comment régler les problèmes contractuels en temps de pandémie

PASCAL PICHONNAZ\*

«*This is a time for science and solidarity*»

ANTÓNIO GUTERRES<sup>1</sup>

Mots-clés: droit contractuel, contrat relationnel, impossibilité, *clausula rebus sic stantibus*, *hardship*, obligation de renégocier, négociation de groupe, extension du caractère obligatoire, *remissio mercedis*

## A. Introduction

Dans cette période de pandémie du COVID-19, l'Ordonnance 2 COVID-19<sup>2</sup> qui centralise les décisions du Conseil fédéral fondées sur le droit de nécessité (art. 185 al. 3 Cst.) et la loi sur les épidémies<sup>3</sup> ont porté d'abord sur des mesures sanitaires et de restrictions des libertés fondamentales (distance sociale, interdictions de manifestations et de rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public<sup>4</sup>) ou de libre circulation des personnes et des marchandises, puis sur des mesures en matière de procédure, de poursuites pour dettes et de faillite<sup>5</sup>, des mesures en matière de droit du travail et de chômage partiel,

---

\* Prof. Dr. iur., Chaire de droit privé et de droit romain de l'Université de Fribourg, vice-président du European Law Institute (<[www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu)>), président de la Commission fédérale de la consommation. L'auteur tient à remercier ses assistantes, Me Annick Fournier, Me Chiara Bottaro, Mme Aurélie Santarossa et Mme Margaux Schroeter, de leur relecture critique et de leurs suggestions bienvenues.

1 Discours du Secrétaire général des Nations Unies du 14 avril 2020, cf. <<https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/time-science-and-solidarity>> (dernière visite le 20 avril pour tous les sites Internet cités).

2 Cf. les versions successives de l'ordonnance 2 du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19) du 13 mars 2020 (dernier état au 27 avril 2020), RS 818.101.24.

3 Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp), RS 818.101.

4 Art. 7c Ordonnance 2 COVID-19.

5 Mise en œuvre des mesures prévues par l'art. 62 LP entre le 19 mars à 7h00 et le 4 avril à minuit, suivi des fêtes de Pâques qui se terminent le 19 avril 2020; cf. ég. la communication de la

ainsi que des mesures pour la relance économique, sous diverses formes<sup>6</sup>. Toutefois, les problèmes liés à l'équilibre économique entre les parties à un contrat n'ont pas fait l'objet d'interventions spécifiques du Conseil fédéral. Celui-ci ne s'est par exemple pas prononcé sur les différends entre locataires de locaux commerciaux et bailleurs relatifs à la question de savoir si le paiement des loyers devait être suspendu durant la période de fermeture obligatoire des entreprises; il a en revanche prolongé les délais de l'art. 257d al. 1 CO et de l'art. 282 al. 1 CO en cas de demeure du locataire ou du fermier, ainsi que les délais de congé de l'art. 266e CO<sup>7</sup>.

Depuis l'Antiquité déjà, le droit des contrats a développé des mécanismes pour gérer les conséquences économiques des risques hors de la responsabilité des parties. Ce fut d'abord le domaine du risque («*periculum*») et de la «*vis maior*», liés à des événements souvent imprévisibles ou imprévus<sup>8</sup>, puis petit à petit la question de la *clausula rebus sic stantibus* et de l'imprévision pour tout type de contrat. En outre, depuis quelques décennies, le droit suisse a aussi développé l'idée d'un droit privé social, qui entend gérer une partie des situations structurellement inéquitables lors de la conclusion des contrats ou en cas de modifications ultérieures des circonstances. On pourrait donc penser que le droit des contrats est bien préparé pour résoudre les problèmes contractuels découlant d'une pandémie telle que celle du COVID19.

Toutefois, régler par les moyens traditionnels les problèmes de chaque contrat pris individuellement pourrait produire sur le monde judiciaire le même effet que la pandémie a failli entraîner pour le monde hospitalier: faire exploser le système existant. En effet, l'accumulation de procédures supplémentaires, largement similaires, mais à chaque fois différentes, pourrait non seulement entraîner un déni de justice, mais acculer encore plus d'entreprises à la faillite, sans une résolution rapide et collective des différends.

---

Confédération: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78482.html>; ég. Ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (COVID-19), RS 173.110.4.

- 6 Mesures prises le 20 mars 2020 par le Conseil fédéral et accessibles sur le site du SECO: <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neuescoronavirus.html#accordion1587055331225>, résumées dans le document du SECO intitulé: «Coronavirus: aperçu du train de mesures pour atténuer les conséquences économiques».
- 7 Ordonnance du 27 mars 2020 sur l'atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme (Ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme), RS 221.213.4 (avec effet jusqu'au 31 mai 2020).
- 8 On ne mentionnera ici que la fameuse définition de la *vis maior* de Gaius (2<sup>e</sup> s. apr. J.-C.): D. 13.6,18 *pr.* (9 ad ed. prov.), qui invoque notamment la mort d'esclaves survenue sans dol ni faute de quelqu'un, les incursions des bandits et des ennemis, les attaques des pirates, les naufrages, les incendies; ou encore Gai. D. 44.7,1,4 (2 lib. aur.), qui évoque les incendies, la ruine ou le naufrage; pour une évolution de la notion, cf. WOLFGANG ERNST, Wandlungen des «vis maior»-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, in: Index, Hommage à Peter Stein, Naples 1994, p. 293 ss.

C'est pour résoudre les problèmes posés par cette situation extraordinaire que nous proposons une série de mesures à l'aune d'un **droit contractuel extraordinaire**, qui vaudrait tant pour les contrats commerciaux que pour les contrats avec des consommateurs. Les idées présentées ici ne portent pas sur le droit du travail, qui est traité spécifiquement par une autre contribution<sup>9</sup>; toutefois, il se pose des enjeux similaires. Ce domaine est cependant déjà plus largement traversé par des mesures collectives. Cet article ne traite pas non plus des contrats internationaux pour lesquels le recours à des mécanismes alternatifs (arbitrage international ou médiation) devrait permettre d'éviter une explosion du système judiciaire étatique. Néanmoins, on pourrait s'inspirer de certaines idées développées ici.

Après avoir présenté les enjeux de la question (B.), nous proposerons un régime de réponses standardisées sur le fond (C.) et une mise en œuvre collective ou de groupe (D.).

## B. L'analyse des enjeux

Une crise implique une situation dont *l'impact* sur les contrats existants est à la fois important et variable selon le type de contrats. Une pandémie qui provoque des mesures étatiques de fermeture de magasins, de fermeture d'entreprises et de fermeture de frontières entraîne des conséquences importantes sur l'exécution d'obligations de *très nombreux contrats en cours*.

Les *contrats de durée* sont évidemment touchés en priorité. Ainsi, les entreprises, magasins ou indépendants qui ont dû fermer sur décision du Conseil fédéral<sup>10</sup> n'ont plus de rentrées financières, mais leur obligation de payer un loyer ou un fermage (pour les baux à ferme non agricoles de certains restaurants) existe encore<sup>11</sup>. De même, les clients de centres de fitness qui n'ont plus accès à leur salle d'entraînement ont souvent payé leur abonnement à l'avance (pour un ou trois mois ou une année), mais ne reçoivent pas la prestation attendue.

Certains *contrats ponctuels* sont bien entendu aussi touchés. Toutes les manifestations culturelles ou sportives ont été et seront encore annulées<sup>12</sup>, alors que les travaux préparatoires ont souvent déjà été largement réalisés. Les ar-

9 Cf. ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, RDS 2020, p. 157–179 (dans ce fascicule).

10 Art. 6 al. 2 Ordonnance 2 COVID-19.

11 La question est toutefois débattue; cf. cep. contre un droit à la réduction, PETER HIGI, Welche Fragen covid-19 im Mietrecht aufwirft und die Lösungsansätze, RSJ online 1<sup>er</sup> avril 2020, cf. <https://www.sjz.ch/themen/recht-aktuell/welche-fragen-covid-19-im-mietrecht-aufwirft-und-die-losungsansatze/>; en faveur d'un tel droit, l'avis de droit de l'ASLOCA: [https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/03/Avis-de-droit-loyers\\_locaux\\_commerciaux\\_ASLOCA-1.pdf](https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/03/Avis-de-droit-loyers_locaux_commerciaux_ASLOCA-1.pdf); et l'avis de droit plus nuancé de Wilhelm Avocats: <https://www.wilhelm-avocats.ch/blog/bail-locaux-commerciaux-coronavirus/>.

12 Art. 6 al. 1 Ordonnance 2 COVID-19.

tistes qui devaient être rémunérés (ou qui ont reçu seulement une partie de leur cachet), les exposants qui ont investi pour une manifestation annulée n'ont pas le bénéfice de leur investissement, voire ont permis un préfinancement de l'organisateur sans pour l'instant obtenir un remboursement des sommes avancées<sup>13</sup>. De même, les contrats de construction prévoient souvent des délais de livraison de l'ouvrage très stricts, sous peine de paiement de peines conventionnelles; ou encore, les prix (forfaitaires notamment) de construction ont été calculés sans tenir compte des difficultés d'approvisionnement et d'une hausse des coûts pour fournir la prestation.

*Les équilibres contractuels établis sont ainsi rompus* non seulement pour chaque contrat pris individuellement, mais de façon systémique, du fait de la crise ou de la pandémie, sans que cela soit de la responsabilité de l'une ou l'autre des parties au contrat. La question est dès lors celle de savoir *comment allouer les conséquences de ces risques* entre les parties ou sur l'une d'elles.

L'approche en matière de contrat est par essence une **approche individualiste**. Les parties, voire les tribunaux, vont se référer d'abord au régime contractuel prévu par les parties. Les clauses de force majeure et les clauses de *hardship* ont fleuri dans les contrats internationaux depuis des décennies<sup>14</sup>; elles sont de plus en plus entrées dans la pratique habituelle des contrats nationaux et même des contrats de masse.

Chacune de ces clauses est toutefois source de conflits supplémentaires. La pandémie du COVID-19, tout comme la prochaine crise de masse, n'est pas spécifiquement mentionnée dans une clause de force majeure ou une clause de *hardship*. Même si les prochains modèles de contrat vont probablement intégrer le terme de «pandémie» dans les nouvelles moutures proposées, cela ne règle pas la difficulté actuelle ni ne règlera la prochaine crise d'un genre nouveau.

Dans les *contrats internationaux*, les clauses de force majeure, mais souvent aussi celles de *hardship*, reposent en principe sur une *définition générale* de la force majeure, accompagnée d'une série de cas typiques, soit soumis au régime de la définition, soit reconnus par fiction comme remplissant ces exigences.<sup>15</sup> La reprise de ces clauses typiques dans de nombreux contrats, mais aussi leur adaptation spécifique posent la question de savoir *si la gestion individualiste du contrat doit encore valoir en présence d'une pandémie qui affecte toute*

13 On peut penser p.ex. à la situation du salon de l'horlogerie *Baselworld*, cf. VALÈRE GOGNIAT, Menacée par les horlogers suisses, *Baselworld* pourrait mourir, *Le Temps* du 7 avril 2020.

14 Cf. p.ex. les modèles de la Chambre de commerce internationale «ICC Force majeure and hardship clauses», révisés en mars 2020: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>; é.g. MARCEL FONTAINE/FILIP DE LY, *Droit des contrats internationaux: Analyse et rédaction des clauses*, 2<sup>e</sup> éd. Leiden 2004, p. 387 ss; MARCEL FONTAINE/FILIP DE LY, *Drafting International Contracts, An Analysis of Contract Clauses*, 2<sup>e</sup> éd., Leiden/Boston 2009, p. 453–490 (pour de nombreux exemples de clauses de *hardship*); également pour des conseils en droit suisse, cf. PASCAL PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, th. Fribourg, Zurich 1997, N 1330 ss.

15 FONTAINE/DE LY (note 14), p. 453 ss.

# Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten

ISABELLE WILDHABER\*

Schlagwörter: Coronavirus, COVID-19, Katastrophen, Bevölkerungsschutz, ausserordentliche Lage, Epidemien-gesetz, Lohnfortzahlung, Kinderbetreuung, Erwerbsausfall, Fürsorgepflicht, Schutzmassnahmen, besonders gefährdete Personen, Home-Office, Kurzarbeit, Ferien, Überstunden

## A. Einleitung

Die Geschichte der Menschheit ist eine Geschichte der Katastrophen<sup>1</sup> und zu diesen Katastrophen gehören auch **übertragbare Infektionskrankheiten**.<sup>2</sup> Im Mittelalter dominierte die Pest das Leben der Menschen, Napoleon unterlag 1812 im Russlandfeldzug, weil 80% seiner Soldaten vom Fleckfieber dahingerafft wurden, und die Spanische Grippe forderte zwischen 1918 und 1920 unglaubliche 25–50 Millionen Todesopfer weltweit.<sup>3</sup> Die Bedrohung durch übertragbare Krankheiten ist in jüngster Zeit weiterhin ungebrochen. Die World Health Organization (WHO) musste schon zwei Mal den Pandemiefall ausrufen, im Juni 2009 anlässlich der Schweinegrippe und im März 2020 anlässlich von COVID-19 (*corona virus disease 2019*).

Aber anders als bei den ebenfalls coronavirenbedingten SARS (2002) und MERS (2012) und anders als bei der Schweinegrippe hat das neue Coronavirus SARS-CoV-2 zum Ausbruch einer Pandemie geführt, welche den **«Lock-down» eines grossen Teils des öffentlichen Lebens** in der Schweiz und vielen

---

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Direktorin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG). Dieser Aufsatz ist auf dem Stand vom 20.4.2020. Für Hinweise und Gespräche danke ich THOMAS PIETRUSZAK und ANNE WILDHABER.

1 ISABELLE WILDHABER, Von Hochwasserschäden bis zu AKW-Störfällen: Wer ersetzt Katastrophenschäden?, ZSR 2013 I, S. 381 ff.

2 MICHAEL KLOEPFER, Einleitung, in: Michael Kloepper (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Baden-Baden 2011, S. 9 ff.

3 MANFRED VASOLD, Grippe, Pest und Cholera, Eine Geschichte der Seuchen in Europa, Stuttgart 2008.

Teilen der Welt zur Folge hatte und weiterhin hat. In der Schweiz kam das öffentliche Leben am 16. März 2020 zum Stillstand. Der schweizerische Lockdown beinhaltete Massnahmen wie die Untersagung öffentlicher und privater Veranstaltungen, die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen sowie Schul- und Kindergartenschliessungen.

Die **Auswirkungen staatlicher Lockdowns auf die Arbeitswelt** sind tiefgreifend, weitreichend und beispiellos.<sup>4</sup> Es handelt sich nicht nur um eine globale Gesundheitskrise, sondern auch um eine Arbeitsmarkt- und Wirtschaftskrise mit enormen Auswirkungen auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die COVID-19-Pandemie betrifft per 7. April 2020 weltweit 2,7 Milliarden Arbeiter bzw. 81% der Erwerbstätigen.<sup>5</sup> Sie wirft zahlreiche arbeitsrechtliche Probleme auf, die es in dieser Form noch nie gab. Das geltende Arbeitsrecht in der Schweiz sieht keine konkreten Lösungen für einen Pandemiefall vor.

Leider wird nach COVID-19 die **nächste Pandemie nur eine Frage der Zeit** sein. Neuartige Viren werden auch in Zukunft auf nicht-immune Menschen treffen, selbst wenn sich die hygienischen Zustände und medizinischen Behandlungsmöglichkeiten erheblich verbessert haben. Verschiedenste Faktoren tragen zum Auftauchen neuer Krankheiten bei, wie z.B. die Globalisierung von Markt und Transport, Bevölkerungswachstum und Armut, welche zu massivem Städtewachstum führen, politische und ökonomische Instabilität und Krieg sowie Veränderung der Landnutzung, ökologische Degenerierung und klimatische Veränderungen.<sup>6</sup>

Es ist deshalb **Ziel dieses Aufsatzes**, ein paar grundsätzliche Gedanken zum Arbeitsrecht in Pandemiezeiten zu entwickeln. Im Allgemeinen Teil will der Aufsatz aufzeigen, welches die Ziele des Katastrophenschutzes und des Arbeitsrechts sind, wie die beiden zusammenhängen und welche Abwägungen vorgenommen werden müssen (B.). Im Besonderen Teil folgt ein kurzer Überblick über die bereits beschlossenen Massnahmen sowie andere drängende Themen aus der COVID-19-Arbeitsrechtspraxis (C.). Angesichts der Dynamik der aktuellen Situation ist dieser Überblick eine Momentaufnahme per 20. April 2020. Der Aufsatz schliesst mit einem Fazit (D.).

---

4 International Labor Organization (ILO) 2<sup>nd</sup> edition: COVID-19 and the world of work, Updated estimates and analysis, Geneva 7.4.2020, <[https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS\\_740877/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_740877/lang-en/index.htm)>, S. 3.

5 ILO: COVID-19 and the world of work (Fn. 4), S. 1.

6 PATRICK MATHYS, Leiter Sektion Krisenbewältigung BAG, Gastvortrag im Rahmen meiner Vorlesung «Katastrophenrecht», Gesetzliche Grundlagen zur Bewältigung von Krisen im Bereich der öffentlichen Gesundheit, Universität St. Gallen, 18.11.2011.



## B. Allgemeiner Teil – Pandemien als Herausforderung für das Arbeitsrecht

### I. Ziele des Katastrophenschutzes

Lange Zeit waren Katastrophenrecht und Katastrophenschutz aus der allgemeinen Wahrnehmung der Rechtswissenschaft, aber auch der öffentlichen Meinung nahezu verschwunden; seit dem Jahrtausendwechsel sind sie – aufgrund von Naturkatastrophen, sog. *man-made*-Katastrophen wie Fukushima, oder Terrorakten wie 9/11 – wieder in das allgemeine Bewusstsein gerückt.<sup>7</sup> Die Bewältigung solcher Katastrophen und Notlagen stellt aus heutiger Sicht die grösste Herausforderung für den **Schutz der Bevölkerung** dar, insbesondere weil sie aufgrund der zunehmenden Vernetzung der modernen Gesellschaft, der steigenden Verletzlichkeit kritischer Infrastrukturen<sup>8</sup> und der hohen Wertedichte zu immer grösseren Schäden führen.<sup>9</sup> Der Risikobericht 2015 des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz BABS bezeichnete Pandemien als eines der grössten Risiken.<sup>10</sup> Bevölkerungsschutz ist Grundvoraussetzung für den inneren Frieden einer Gesellschaft, für die innere Sicherheit des Staates und für die Funktionsfähigkeit seiner Behörden und seiner Volkswirtschaft.

Im Bereich der Pandemien verfügt die Schweiz über ein am 1. Januar 2016 totalrevidiertes **Epidemiengesetz** (EpG) und einige dazu gehörige Rechtsverordnungen,<sup>11</sup> mit dem Zweck, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen (Art. 2 Abs. 1 EpG). Gemäss Art. 7 EpG kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen, wenn es eine sog. ausserordentliche Lage erfordert.<sup>12</sup> Denn in ausserordentlichen Lagen herrscht Zeit- und Entscheidungsdruck; rasches und einheitliches Handeln ist erforderlich und gewünscht.<sup>13</sup>

---

7 Statt vieler MICHAEL KLOEPFER, Einführung, in: Michael Kloepper (Hrsg.), *Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven*, Baden-Baden 2008, S. 9 ff., S. 9; WILDHABER (Fn. 1), S. 384.

8 Siehe dazu das Sonderheft EJRR in Zusammenarbeit mit dem BABS: ANNE VAN AAKEN/ISABELLE WILDHABER, *Symposium on Critical Infrastructures: Risk, Responsibility and Liability*, Opening Editorial, EJRR 2015, S. 171 ff.

9 <https://www.babs.admin.ch/de/verbund/auftrag.html>; WILDHABER (Fn. 1), S. 383.

10 BABS, *Risikolandschaft Schweiz*, Zeitschrift Bevölkerungsschutz, Nr. 22, Juli 2015.

11 Bundesgesetz vom 28.9.2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101); Verordnung vom 29.4.2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV, SR 818.101.1); Verordnung des EDI vom 1.12.2015 über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101.126).

12 DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Zürich/St. Gallen 2016, N 885.

13 ISABELLE WILDHABER, *Die Verantwortung von Experten beim Risikomanagement von Naturkatastrophen*, ZSR 2015 I, S. 257 ff., S. 274; DIES., *Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund*, Sicherheit & Recht 2015, S. 170 ff., S. 178; DAVID RECHSTEINER,

Am **16. März 2020** ist in der Schweiz eine solche **ausserordentliche Lage** durch eine Pandemie eingetreten und der Bundesrat hat kurzfristige Verordnungen erlassen und **Lockdown**-Massnahmen ergriffen. Im Mittelpunkt steht dabei die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus («COVID-19-VO 2»)<sup>14</sup>. Gemäss dessen Art. 1 Abs. 2 sollen die Massnahmen die Verbreitung des neuen Coronavirus eindämmen, die Gesundheitsversorgung sichern sowie besonders gefährdete Personen schützen.

**Wichtig** scheint mir, dass es auch in Pandemiezeiten immer um Bevölkerungsschutz- und Katastrophenschutzmassnahmen geht. Aus dem Bevölkerungsschutz und dem Epidemien-gesetz lässt sich im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wenig ableiten (ausser dass besonders gefährdete Personen hoher Sicherheitsmassnahmen und spezieller Fürsorge bedürfen, unten C.II.). Ziel der Massnahmen sind der Schutz der öffentlichen Gesundheit und der inneren Sicherheit, nicht die Abfederung und der finanzielle Ausgleich drohender oder bestehender Arbeitsausfälle zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

## II. Ziele des Arbeitsrechts

Bis anhin hatten **Bevölkerungsschutz und Katastrophenschutz wenig mit Arbeitsrecht zu tun**. Bei der Schweinegrippe haben Arbeitsrechtler die Schutzpflichten der Arbeitgeber und die Frage, inwiefern Arbeitnehmer sich impfen lassen müssen, diskutiert.<sup>15</sup> Ansonsten gab es aber in den letzten Jahrzehnten keine Pandemien, welche zu einer ausserordentlichen Lage und zu einem Lockdown geführt hätten. Das geltende schweizerische Arbeitsrecht sieht denn auch für ausserordentliche Lagen keine ausserordentlichen Lösungen vor. Es ist unklar, wie eine **«virusfreundliche» Auslegung arbeitsrechtlicher Bestimmungen**<sup>16</sup> aussehen soll. Vielleicht hilft es zur Entwicklung sinnvoller Antworten, sich darauf zurück zu besinnen, was das Ziel des Arbeitsrechts eigentlich ist.

Es war die Schutzbedürftigkeit eines bestimmten Personenkreises, die dem Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts Anlass gegeben hat, im Lebensraum, den

---

Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, Sicherheit & Recht 2016, S. 143 ff., S. 148.

14 Verordnung 2 vom 13.3.2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24, Stand 17.4.2020).

15 FRANK EMMEL, Schweinegrippe am Arbeitsplatz, Auswirkungen der Pandemie auf die Arbeitsverhältnisse, ein juristischer Überblick, NZZ vom 30.9.2009, S. 15; SASKIA CRUCHON/UELI SOMMER/DANIEL STAFFELBACH, Schweinegrippe und Arbeitsrecht, HILL 2009 II Nr. 11; ROGER RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), ARV 2010, S. 1 ff.

16 MICHAEL FUHLROTT/KATHARINA FISCHER, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S. 345 ff.

# «Digitale Pandemie» und Recht: Annäherungen an ein globales Phänomen

URS GASSER\*

Schlagwörter: Digitale Pandemie, COVID-19, Digitalisierung, Big Data, Künstliche Intelligenz, Information Governance, Datenschutz, Digitale Grundrechte

## A. Einleitung

Ausgangspunkt dieses Beitrags ist die Wahrnehmung und eine daraus abgeleitete Hypothese, dass die gegenwärtige Pandemie – anders als ihre historischen Vorläufer<sup>1</sup> – eine **fundamentale digitale Dimension** in und mit sich trägt.<sup>2</sup> Daraus ergeben sich auch aus rechtlicher Sicht interessante Fragestellungen, denen sich der vorliegende Text im Sinne einer ersten Spurensuche annähern möchte. Aufgrund der Echtzeitbedingungen – die ausserordentliche Lage dauert während des Entstehungsprozesses dieses Textes an – sind die Überlegungen provisorischer Natur. Die Beobachtungen basieren auf Wahrnehmungen aus dem eigenen transatlantischen Tätigkeitsfeld und Betrachtungshorizont.<sup>3</sup>

---

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Direktor des Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard University & Professor of Practice, Harvard Law School. Der Autor dankt HERBERT BURKERT, SANDRA CORTESI, PETER GASSER, SIMON OSTERWALDER, PASCAL PICHONNAZ, ANDREAS THIER und KERSTIN NOËLLE VOKINGER für Gespräche und Hinweise; besonderer Dank geht an JENS DROLSHAMMER für den transatlantischen Austausch zu Recht, Patterns und COVID-19. (Bearbeitungsstand: 20. April 2020).

1 Instruktiv im historischen Rückblick GEORGE A. SOPER, The Lessons of the Pandemic, in: Science, Vol 49, Issue 1274, 30 May 1919, S. 501–506.

2 Zu den Charakteristika von COVID-19 als «Verbundkrise» JENS DROLSHAMMER, Risk and Response – Responses to Risks: Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs im Recht mit Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen, in dieser Sondernummer.

3 Bezugspunkte zur Schweiz ergeben sich u.a. aufgrund früherer Arbeiten, vgl. in diesem Kontext etwa FLORENT THOUVENIN/PETER HETTICH/HERBERT BURKERT/URS GASSER, Remembering and Forgetting in the Digital Age, Berlin 2018; URS GASSER, Perspectives on the Future of Digital Privacy, in: ZSR 2015 II, S. 335–448, oder URS GASSER/JENS DROLSHAMMER, The brave new world of (Swiss) law: Contours of a framework and call for a strategy to shape law's digital

Der erste Teil dieser Skizze (Abschnitt B.) nimmt eine phänomenologische Perspektive ein und spürt den digitalen Dimensionen der Pandemie nach. Im zweiten Teil (Abschnitt C.) werden Beobachtungen aus rechtlicher Sicht zur weiteren Diskussion gestellt, wobei die Frage nach den Reaktionsweisen des Rechts auf die digitalen Sachverhalte erkenntnisleitend ist. Im dritten Teil (Abschnitt D.) werden im Sinne eines spekulativen Ausblicks drei grosse Aufgaben für die Zukunft des Rechts im digitalen Zeitalter umrissen. Zusammenfassende Thesen runden diese erste thematische Exploration ab (Abschnitt E.).

## B. Pandemie als digitales Phänomen

Die Anzeichen verdichten sich, dass COVID-19 nicht nur ein biologisches oder virologisches Phänomen ist, sondern eine inhärent digitale Dimension aufweist. Dies zunächst im Blick auf die extrem rasche weltweite Verbreitung des die Erkrankung auslösenden Virus: Interoperable **digitale Technologien** als Grundinfrastrukturen und Sinnbild der globalisierten Welt haben jene Menschenströme ermöglicht, die für die weiträumige Verbreitung des Erregers verantwortlich sind.<sup>4</sup> Umgekehrt kann COVID-19 auch als die erste «digitale Pandemie» angesehen werden, weil digitale Technologien im Umgang mit dieser Krise eine historisch einmalige und inhaltlich massgebliche Rolle spielen. Die Digitalisierung ist wechselseitig Ausdruck und Treiberin des massiven Informationsbedarfs unter den für eine Pandemie charakteristischen Komplexitäts- und Unsicherheitsbedingungen – ein Informationsbedarf, der sich auf einer sehr komprimierten Zeitachse manifestiert und der dabei entscheidenden Akteure (in diesem Falle: alle Menschen) unter Druck setzt. Augenscheinlich wird dies etwa im Blick auf die **zentrale Rolle von Daten** als Input beim Management der Krise durch Behörden und Wissenschaft, sei das beim Modellieren der Verbreitungsweise, der Erhebung und Erfassung von Fallzahlen und Krankheitsverläufen, oder der Entschlüsselung der Struktur des Virus. Hier folgt der Einsatz digitaler Instrumente sozialwissenschaftlich vertrauten Mustern.<sup>5</sup> Auf der Output-Seite geht es aber auch um die Echtzeitversorgung der betroffenen Öffentlichkeit mit Information über die verschiedenen Aspekte der Krise, wobei digitale Plattformen und soziale Medien zugleich eine wichtige und problematische Rolle einnehmen.<sup>6</sup>

---

revolution, in: Recht im digitalen Zeitalter: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 179–203.

4 Zur Rolle der Interoperabilität im digitalen Kontext JOHN PALFREY/URS GASSER, *Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, New York 2012.

5 ARMIN NASSEHI, *Muster: Theorie der digitalen Gesellschaft*, München 2019.

6 MARK JURKOWITZ/AMY MITCHELL, *Americans who primarily get news through social media are least likely to follow COVID-19 coverage*, in: Pew Research Center Blog, March 2020, <<https://perma.cc/6L6B-TCY4>>.

Zumindest in Teilen der Welt mit hohem Digitalisierungsgrad verdeutlicht COVID-19 umgekehrt auch die **Bedeutung der Digitalisierung** und den Stand der digitalen Transformation: Eine Vielzahl der Verrichtungen des täglichen Lebens unter den Bedingungen von «Lockdown» und «Social Distancing» sind vom Digitalen erfasst oder zumindest berührt: Das digitale Leben erstreckt sich von den News auf der Handy-App bis zum Streaming von Unterhaltungsangeboten, von Remote Work bis hin zum virtuellen Klassenzimmer oder dem Gebrauch der Fitness App im Wohnzimmer, je nach Generation alles begleitet durch häufige «Chats». <sup>7</sup> Bemerkenswert ist, dass sich die technische Infrastruktur trotz der massiven Verschiebungen von Nutzungsverhalten und -orten insgesamt als belastbar erwiesen hat. <sup>8</sup> Die Palette der dabei im Einsatz zu beobachtenden digitalen Technologien – von den aus dem Alltag vertrauten Gerätschaften bis hin zu den weitgehend unsichtbaren Telekommunikationsnetzwerken aus Glasfasern und Kupferkabeln und den physischen Daten Centern – sind eingebettet in persönliche, ökonomische, politische und kulturelle Kontexte, die den Zugang und den Umgang mit diesen Technologien beeinflussen. Rechtliche Aspekte, insbesondere in Bezug auf Geheimnis-, Daten- und Persönlichkeitsschutz, bleiben zunächst in der allgemeinen Wahrnehmung im Hintergrund.

Die intensivierte Nutzung digitaler Technologien unter diesen Ausnahmebedingungen hat im Übrigen eine Reihe von **Grenzverwischungen** sichtbar gemacht, die bisher unter der Oberfläche verborgen waren. Durch den breiten Einsatz von Software-Anwendungen zum Abhalten von virtuellen Meetings wird etwa deutlich, dass die Grenze zwischen «online» und «offline» heute weniger trennscharf ist, als noch vor einigen Jahren. <sup>9</sup> Umgekehrt wird in dieser Krisensituation zunehmend «online» transportiert, was bisher oftmals nur «offline» sichtbar war; im besten Falle betrifft dies humoreske Anekdoten, weil die Videofunktion versehentlich nicht ausgeschaltet wurde; im schlimmsten Falle Online-Begegnungen, wo das virtuelle Gegenüber Zeuge von häuslicher Gewalt oder sensitiven Geschäftsgeheimnissen oder Staatsinformationen wird. Bisher subkutane Verwischungen treten sodann auch deutlicher zum Vorschein, was die Abgrenzung von Arbeit und Spiel oder Freizeit sowie das Zusammen spielen von Online-Shopping und analogen Lieferketten betrifft. <sup>10</sup>

Wie bereits angedeutet, erscheint die veränderte Nutzung digitaler Technologien im Krisenfall einer Pandemie zunächst als ein Phänomen jenseits von

---

7 Vgl. ELLA KOEZE/NATHANIEL POPPER, The Virus Changed the Way We Internet, in: The New York Times, April 7, 2020, <<https://perma.cc/N7EN-ZAL9>>.

8 Statt vieler: EIKE KÜHL, Überlastet die Pandemie das Internet?, in: Spektrum.de, 25. März 2020, <<https://perma.cc/FCW3-XSWN>>.

9 Dazu JOHN PALFREY/URS GASSER, Born Digital: How Children Grow Up in a Digital Age, New York 2016.

10 Illustrativ DAVID VONPLON, Die Post kürzt in der Krise ihre Leistungen – und bringt damit Händler in Nöte, in: Neue Zürcher Zeitung, 2. April 2020, <<https://perma.cc/7UYG-ASY3>>.

Recht, wobei je nach Perspektive **persönliche, organisationelle, wirtschaftliche** und zunehmend **politische Traktanden** die individuelle Wahrnehmung und den öffentlichen Diskurs prägen. Eine erste Analyse von Medienberichterstattungen deutet darauf hin, dass rechtliche Gesichtspunkte ausserhalb eng definierter Felder und Foren im Vergleich zur breit und prominent angelegten Diskussion der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Implikationen der Pandemie mit Bezug auf die digitalen Entwicklungen eine untergeordnete Rolle spielen. Dies mag aus einer Perspektive des Rechtlichen als Zeichen gelesen werden, dass bestehendes Recht den Umgang mit digitalen Technologien auch in Zeiten einer Krise aufzufangen vermag; darauf wird zurückzukommen sein.

Trotz oder gerade angesichts der Betonung des Digitalen ist festzuhalten, dass auch die bestehenden **digitalen Gräben und Partizipationslücken** zwischen sog. «Digital Haves» und «Have Nots» deutlich sichtbar werden. Dies betrifft nicht nur die Frage des Zugangs zum Internet etwa im globalen Süden oder in den Armenvierteln grosser Städte, sondern auch in sehr unterschiedlich versorgten Regionen der USA, um nur ein Beispiel aus der westlichen Welt zu nennen.<sup>11</sup> Hinzu kommt, dass die forcierte Nutzung digitaler Technologien bestehende sozio-ökonomische Ungleichheiten zu vertiefen droht, mit negativen Folgen für die ohnehin gesellschaftlich unterprivilegierten und verletzlichen Gruppen.<sup>12</sup> Obwohl vorderhand eine gesellschaftspolitische Frage, wird darauf mit Blick auf mögliche menschen- und grundrechtliche Implikationen am Ende des Beitrags zurückzukommen sein.

### C. Schnittstellen zum Recht: Erste Triangulation

Was die **rechtliche «Heatmap»** der hier traktandierten Schnittstelle von Digitalisierung, Pandemie und Recht betrifft, haben früh jene Bereiche des «digitalen Lebens» aufgeleuchtet, in denen bestehende Rechtsverhältnisse von den veränderten Einsatz- und Nutzungsbedingungen digitaler Technologien betroffen sind.<sup>13</sup> Im E-Commerce-Recht ist etwa mit der Verlagerung von Personal weg von Arbeitsumgebungen mit sehr hohen Sicherheitsstandards hin zum «Home-office» mit seinen zahlreichen Vulnerabilitäten unmittelbar die Frage entstanden, wie vertragliche Sicherheitsanforderungen etwa zwischen Dienstleistern und Payment-Verarbeitern temporär angepasst werden können und welche

11 SUSAN CRAWFORD, *Fiber: The Coming Tech Revolution – And Why America Might Miss It*, New Haven/London 2018.

12 Vgl. CHRISTINA MAXOURIS/ALICE YU, The coronavirus crisis spotlights the inequalities in American education, in: CNN, April 17, 2020, <<https://perma.cc/9U88-N92R>>.

13 Für eine bereichsübergreifende und umfassendere Gesamtschau der rechtlich relevanten Issues vgl. DROLSHAMMER (Fn. 2), Abschnitt C.II.

# Risk and Response – Responses to Risks

Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs im Recht mit  
Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und  
wissenschaftlicher Entwicklungen

«reality lawyering in times of crises»

JENS DROLSHAMMER\*

Schlagwörter: Existenzgefährdende Catastrophic Risks (R. Posner),  
Inpflichtnahme des Rechts, Sicherheitspolitische Krisenfälle  
und Verbundkrise, «Risiken» und «Schwarze Schwäne»,  
Rechtsrelevante Charakteristika der Pandemie, Strategische  
Perspektive im Recht, Legal Crisis Management, Legal Issues  
vor (7) und Legal Issues nach (28) Ausbruch der Pandemie

«*See it fresh – see it whole – see it as it works*»,

KARL LLEWELLYN, amerikanischer Jurist (1898–1962)

«*Lieber nie als spät*»,

TOMI UNGERER, Zeichner und Schriftsteller (1931–2019)

Den im Anschluss an den nachfolgenden Text als *Reprint* abgedruckten Text  
habe ich im Jahre 2005 während eines Aufenthalts als Visiting Research Profes-  
sor an der Harvard Law School geschrieben mit dem Titel: *Risk and Response –  
Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs mit Catastrophic Risks in  
Grenzbereichen technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen*. Ich  
habe diesen Text 2007 in einer Festschrift für JACQUES SANTER<sup>1</sup> und 2009

---

\* Prof. em.Dr. iur. MCL, Rechtsanwalt, Titularprofessor für angloamerikanisches Recht und Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung an der Universität St. Gallen (bis 2008); Visiting Research Professor am European Center for Law Research, Harvard Law School (fall terms 1999 und 2003–2008) and Faculty Associate am Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard University (seit 2014). Seit 1989 Mitglied des International Institute for Strategic Studies (IISS), London.

1 JENS DROLSHAMMER, *Risk and Response – Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs mit Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen*, in: Festschrift Jacques Santer, Luxembourg 2007; Reprint in *A Timely Turn to the Lawyer*

in einer Essaysammlung mit dem Haupttitel «A Timely Turn to the Lawyers?» publiziert; er ist nach meiner Vermutung und Wahrnehmung in der Schweiz nicht bekannt. Nach Ausbruch der weltweiten COVID-19-Pandemie, am Sonntag vor dem *Lockdown* in der Schweiz am 16. März 2020, wurde ich des Texts wieder gewahr und las ihn erneut. Ich habe ihn in einer ersten Runde URS GASSER, JÖRG PAUL MÜLLER und PASCAL PICHONNAZ geschickt mit der Frage: «Habt ihr eine Idee, was ich mit diesem Text in Anbetracht der eingetretenen Katastrophe tun könnte?». PASCAL PICHONNAZ gegenüber fügte ich die Anregung bei, dass er erwäge, in seinen Herausgeberfunktionen, zum Ziehen erster Flaggen der Juristen in der Schweiz, eine Sonderausgabe zu machen.

Der folgende Text ist ein neuer und gleich langer und gleichwertiger Text. Er stellt konzeptionell auf gleicher Stufe eine Aktualisierung der Grundfragen der Stellung des Rechts und der Juristen im konkreten Prozess des Krisenmanagements vor und nach Ausbruch der Krise dar und führt die Grundideen des Texts 2005 in die während des Lockdowns vorherrschenden Rechtswirklichkeiten.

Die beiden Texte sind verbundene Zwillinge der besonderen Art. Sie sollen die Grundvorstellungen neu, gleichenorts und gleichzeitig im gleichen Publikationsorgan zugänglich machen.

Verba volant – scripta manent? «Eigentlich» spricht mein Text vor 15 Jahren im angestammten Verständnis des «Lesens» und der «Leser» «für sich selbst». Im vorliegenden Fall ist dies in Anbetracht des Ausbruchs der globalen Krise der COVID-19-Pandemie anders. War der im Text 2005 anvisierte Denk-, Handlungs- und Kommunikationsraum im Umgang mit Katastrophen als Skizze offen und zukunftsbezogen, ist dieser Text und dessen mögliche Bedeutungen hier und jetzt, nach Eintritt der COVID-19-Pandemie, unter verschiedenen Gesichtspunkten neu und anders zu lesen und zu deuten. Der vorliegende Text erläutert und kommentiert den Text von 2005 und aktualisiert diesen in Schlüsselbereichen als Text 2020 auf den heutigen Zeitpunkt. Er beobachtet und stellt die zentralen Aspekte des Topos «law in crisis» im konkreten Krisenmanagement hic et nunc dar. Ich blicke in den «gesprungenen Rückspiegel» und schaue in den «zersplitterten Zeitspiegel». Ich weise darauf hin, dass der ursprüngliche Text 2005 ein *Essay* und keine wissenschaftliche Abhandlung ist, der als *Skizze* «Beobachtungen» und «Anregungen» machte und der vom Stil her – als Dank an JACQUES SANTER für eine im Jahre 2000 in Zürich gehaltene Rede «Das Europa der Klein-Staaten» – ein Narrativ ist. Der vorliegende Text ist wiederum eine fusssnotenlose *Skizze* als Essay in der Gestalt eines *Telegramms mit Depeschen aus der Krise*. Ich versuche, in Anbetracht der Tatsache,

---

– Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen – Essays, Zürich 2009, S. 751; siehe detaillierte Liste unter <[www.drolshammer.net](http://www.drolshammer.net)>, Publikationen, eine Reihe von Beiträgen mit spezifischen Bezügen zur Frage der Einführung einer strategischen Perspektive im Bereich von Recht und Juristen unter den Metaphern «lawyering», «actual lawyering» und «actual lawyering in crisis» and beyond.



dass sich ein Extremereignis als Risiko mit tiefer Wahrscheinlichkeit und grossem Schadenspotential durch die COVID-19-Pandemie als *Catastrophic Risk* «realisiert» hat, im Text die Ungleich-Zeitigkeiten von 2005 und 2020 zu verbinden. Ich habe den Text während des Lockdowns, auch über die Ostertage – dem Fest der Wiederauferstehung und Fest an einem Geburtstag (13.4.1944) – auf dem «Tummelplatz» meines Home-Office geschrieben und begab mich auf das «gesprungene Eisfeld», auf dem ich in der Regel mit Altersküren in «normalen Lagen» Schlittschuh lief. Der Text beobachtet die Zeit vom Sonntag, 15. März bis zum Montag, 20. April 2020, Tag der Abgabe des Manuskripts, in den Niederungen des Handwerklichen mit Caran-d'Ache Bleistiften, Borkum Riff Pfeifentabak und einer *Frist* des Herausgebers bis 20. April 2020. Es geht um erste Aussagen und Einblicke und Einsichten, auch persönlicher Natur, die unter engsten Zeitverhältnissen und unter besonderen Zeitumständen entstanden. Entstanden ist wiederum ein *Essay*, gewissermassen als Reportage, der entlang der Zeitachse die Entwicklungen und Ereignisse nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie täglich beobachtet und beschreibt. *Er bezieht sich ausschliesslich auf Aspekte der Rolle des Rechts und der Juristen im aktuellen staatlichen Krisenmanagement vor und nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie als existenzgefährdende Krise – gewissermassen unter der «Kommandobrücke» «in den Maschinenräumen», und «mit den Fingern im Schmieröl».* Sicherheitspolitik und Strategie sind Juristen im beruflichen Alltag eher fern, welches die konkreten Rollen des Rechts und der Juristen im «actual lawyering» in «law in crises» sind oder sein könnten erst recht. Unter der Leitmetapher «see it fresh – see it whole» – und zuvorderst «see it as it works» (KARL LEWELLYN) möchte ich als Pfad-Finder interessierten und motivierten Lesern einen Weg weisen, sich in diesem «reality lawyering in law in crisis» zurechtzufinden. Auf diesen tiefen Flughöhen der juristischen Tätigkeiten in den aktuellen Wirklichkeiten verwende ich mit einem holistischen Ansatz und auf einer Metaebene einen issue-bezogenen, gefächerten Raster mit Blick auf die spezifischen Hitzekarten (heat maps) des Rechts in der vorliegenden Krise. *Die Aussagen sind alle ausgerichtet auf das Leit-State-ment «reality lawyering in law in crisis is what crisis lawyers do».* Motiviert bin ich wiederum auch von meinem beruflichen, anwaltlichen, akademischen und militärischen Umgang mit Krisen (siehe Endnote). Mir halfen zur Gewähr der sachlichen Richtigkeit als Gegenleser und Kommentatoren<sup>2</sup> während des Schreibens sachkundige und befreundete Kollegen zu je bestimmten Fragen und Bereichen.

2 URS GASSER (Grundkonzept und Digitalisierung), GÜNTER MÜLLER-STEWENS (Strategie und Recht), PAUL RICHLI (Liste der Legal Issues als Beispiele), BRUNO LEZZI (schweizerische Sicherheitspolitik), HEINZ WANNER (allgemeine Drittsicht), JÖRG PAUL MÜLLER, freundschaftlicher Gegenleser (Inhalt und Form); ich danke diesen kollegialen Begleitern für Ihre zeit- und sachgerechten, fachlichen und selbstlosen Beiträge in einem kurzen und bewegten Zeitraum; ich danke Frau SUSANNE MEIER SCHMID, dass sie im Lockdown die Wege auf sich genommen und das Entstehen des Manuskripts unter Druck e-Office präzise begleitet hat.

Das Menetekel an aller Welten Wänden laute gemäss dem Chefökonom der Financial Times MARTIN WOLF in der Weekend Edition vom 8. April 2020 (Front Page und S. 17) «Our Path lies between Mass Death and Economic Mayhem».

**A. Aktualisierender Merkpunkt: Der Ansatz- und Ausgangspunkt RICHARD POSNERS im Buch *Catastrophe – Risk and Response* (2004) über die Existenz, das Potential und den Umgang mit menscheitsgefährdenden Catastrophes gilt in dieser Krise COVID-19 erst recht und ist rechtsrelevant – eine White Box**

Der Text knüpft wiederum an das Buch von RICHARD POSNER, *Catastrophe – Risk and Response* (2004)<sup>3</sup> an, in dem er im Umfeld der nach 9/11 intensiven politischen und wissenschaftlichen Diskurse und Publikationen in den Vereinigten Staaten über *Catastrophes* erstmals und radikal die Frage nach dem Umgang von wissenschaftlich erkannten Extremrisiken, die existenz-, ja menscheitsgefährdend sind, ins Licht rückt. Der unmittelbare Anlass für RICHARD POSNER, dieses Buch zu schreiben, war die Lektüre und seine Rezension des Romans von MARGARET ATWOOD, der nachmaligen Nobelpreisträgerin für Literatur, «*Oryx and Crane*» in The New Republic unter dem Titel «The End is Near» (2003)<sup>4</sup>. Der Roman behandelt eine biologisch-chemische Katastrophe, die als menscheitsgefährdend dargestellt wird. RICHARD POSNER beschreibt zum ersten Mal wissenschaftlich die Existenz einer Reihe von *Catastrophes*, die menscheitsgefährdend sind; dazu zählt er unter dem Titel «What are the Catastrophic Risks and How Catastrophic are they?» (S. 21) *natural catastrophes* (*pandemic, asteroids, other natural catastrophes*), *scientific accidents* (*the strangelet scenario, omnivorous nanomachines, genetically modified crops, artificial intelligence*), *other unintended man-made catastrophes* (*global warming, exhaustion of natural resources, loss of biodiversity, a note on population, bioterrorism, cyberterrorism, digitalization and concealment, intentional catastrophes* («*nuclear winter*», *bioterrorism, cyberterrorism, digitalization: surveillance and concealment*), *catastrophic synergies and lesser included catastrophes* auf und postuliert eine Verpflichtung der Wissenschaften und der Politik – erstmals klar auch des Rechts und der Juristen – sich mit diesen Katastrophen systematisch, vorausschauend und global auseinanderzusetzen. Er beschreibt, was sich im Umgang mit Catastrophic Risks verändert habe und identifiziert kulturelle, psychologische und ökonomische Faktoren, warum in diesem

3 RICHARD A. POSNER, *Catastrophe – Risk and Response*, Oxford University Press, 2004.

4 MARGARET ATWOOD, *Oryx and Crane*, 1st published in Great Britain by Bloomsbury, 2003.

# Risk and Response<sup>1</sup>

Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs im Recht mit  
Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und  
wissenschaftlicher Entwicklungen

JENS DROLSHAMMER<sup>\*</sup>

**für Jacques Santer, Ehrenabt und  
Schutzpatron des Klosters La Claustra  
an strategischem Ort auf dem Gotthard**

## I. Einleitung

1. Dieser Text ist ein Geburtstagsgruss, ein Dank und insbesondere auch ein Wunsch an Jacques Santer. Der Dank gilt einer vielbeachteten Rede, die Jacques Santer im Herbst 1999 mit dem Titel «Die Kleinstaaten als Meister von Handlungsmöglichkeiten – Die Zukunft des Kleinstaats in Europa» – seine Zürcher Rede – in Zürich

---

<sup>\*</sup> Prof. em. Dr. iur. MCL, Rechtsanwalt, Titularprofessor für angloamerikanisches Recht und Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung an der Universität St. Gallen (bis 2008); Visiting Research Professor am European Center for Law Research, Harvard Law School (fall terms 1999 und 2003–2008) and Faculty Associate am Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard University (seit 2014). Seit 1989 Mitglied des International Institute for Strategie Studies (IISS), London. Ich danke den Studentenassistenten Joel Brandeis und Benjamin Gottlieb für das Nachforschen, Schreiben und Korrigieren.

<sup>1</sup> Erstmals veröffentlicht in: Festschrift Jacques Santer, 2007, Éditions Saint Paul, Luxembourg; S. 77–109. In der hier verwendeten Version zudem als Reprint erschienen in JENS DROLSHAMMER, A Timely Turn to the Lawyer?, Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen – Essays, 2009, Dike, Nomos, S.751–772.

gehalten hat. Der Wunsch gilt dem in einer Tischrede zum Ehrenabt und Schutzipatron des Klosters *La Claustra* an strategischem Ort Gekorenen. Er möge helfen, dass die Schutzzräume des zum Kloster umgebauten Artilleriewerks San Carlo, tief im Berginnern im schweizerischen Reduit auf dem Gotthard – der europäischsten Landschaft der Schweiz – nicht infolge der Gefährdungen von Catastrophic Risks wie eines «nuklearen Winters» oder eines «bio-technischen Terroranschlags» wieder Menschen Schutz bieten müssten. Dies der Anlass zu einem nicht nur erbaulichen Text.

2. Wir schreiben eine narrative Betrachtung der Notwendigkeit und der Schwierigkeiten eines Zuganges und Umganges mit Grossrisiken in der Kategorie der Catastrophic Risks auch im Bereiche des Rechts. Es geht weitgehend um einen Sonder- und Ausnahmbereich der deskriptiven und praeskriptiven Inpflichtnahme durch Technik und Wissenschaft sowie Recht und Politik eines Grenzbereichs vorwiegend technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen im Zeitalter der Globalisierung. Solche Risiken gehören heute in Anbetracht des sich laufend vergrößernden Wissens- und Risikobestandes zur notwendigen Befassung mit der erfähr- und hoffentlich gestaltbaren Zukunft und verlangten eine entsprechende Ausweitung auch der Erfassung durch das Recht mit strategischem Denken mit einer strategischen Perspektive. Die Anknüpfung an Catastrophic Risks dient uns also als veranschaulichender Unter- und Grenzfall für die Anregung der Reposititionierung – vielleicht auch Nobilitierung – einer spezifischen Denkart – einer strategischen – auch im Anwendungsbereichs des Rechts.
3. Zum kognitiven, voluntativen, emotionalen und institutionellen Verständnis und Vorverständnis des Umgangs mit diesen Risikokategorien ist folgender Vorfall vor wenigen Tagen bezeichnend. An der diesjährigen Jahrestagung der American Society of International Law, die unter dem Motto «The Future of International Law» stand<sup>2</sup>, hielt Professor Philip C. Bobbitt<sup>3</sup> anlässlich des traditionellen annual dinners am Freitag Abend dem 28. März 2007, einen Vortrag mit dem Titel «The Future of International Security – Four Scenarios». In der Kurzbeschreibung im Tagungsprogramm stand «In this address, Prof. Bobbitt will present four alternative futures for the next 30 years: These possible worlds – called «American Buffalo», «The Real Thing», «The Spanish Prisoner» and «Otherwise Engaged» – clarify the choices to be made in the coming era of WMD proliferation, multipolarity, and increasing civilian vulnerability to catastrophe». Von legitimierendem Interesse war auch die Biographie des Referenten – mit PhD 1983, Oxford, JD 1975, Yale und AB 1971, Princeton mit allen Insignien einer amerikanischen Spitzenausbildung versehen – mit einer seltenen Kombination zwischen Rechtsausbildung und Ausbildung in Strategie, die der Referent zudem praktisch in Regierungsämtern erprobte. Zu den Interessensgebieten von Philip Bobbitt gehören neben

<sup>2</sup> <http://www.asil.org/events/am07/agenda.html> (Stand: April 2007).

<sup>3</sup> Für den ausführlichen Lebenslauf von Professor Philip C. Bobbitt siehe: [http://www.law.columbia.edu/fac/Philip\\_Bobbitt](http://www.law.columbia.edu/fac/Philip_Bobbitt) (Stand: April 2007).

«constitutional law» auch «international security» und «history of strategy». Neben anderen Ämtern war er Director of Intelligence, Senior Director for Critical Infrastructure und Senior Director for Strategic Planning am National Security Council und lehrte am War Studies Department des Kings College in London.

Wie in der deutschen Umgangssprache formuliert wird, befanden eine Mehrzahl der Zuhörer – mit Sicherheit der Vortragende aber –, sie seien «im falschen Film». The College of International Lawyers schloß, schwieg auch in der Diskussion und verließ teilweise den Saal aus Protest trotz Brillanz des Referates, Legitimation in Biografie und in Berufserfahrung des Referenten, trotz der auf die Fahne geschriebenen Zukunftsorientiertheit des Jahresthemas des Annual Meetings einer führenden internationalen Berufsorganisation und einer an der Tagung programmierten Paneldiskussion mit dem Titel «Tsunamis, Hurricanes, Earthquakes, and Asteroids: Are We Ready for the Next 100 Years?» – offensichtlich nicht, mindestens nicht im Umgang mit der sprachlichen Auseinandersetzung eines in Strategie geschulten Rechtswissenschaftlers zur juristischen Perspektive und Diskussion der Thematik vor einem juristischem Fachpublikum. plenus venter non studet libenter?

Dies scheint im Bereiche dieses Themas eine Grundgegebenheit zu sein, obwohl in der wissenschaftlichen und der populären Literatur die Bedeutung der Themen von Megakatastrophen gross ist. Es ist bezeichnend, dass auf den literarischen Bestsellerlisten der letzten Jahre Bücher wie *Oryx and Crake* von Margaret Atwood<sup>4</sup>, Michael Crichton, *State of Fear*<sup>5</sup> oder damit verwandt Jared Diamond, *How societies choose to fail and succeed*<sup>6</sup> standen. Es geht in diesen Büchern immer um die Darstellung von technologischen Grossrisiken, die zur Kategorie der Catastrophic Risks gehören. Von den Filmen *Deep Impact*, *Meteor Asteroid* und vor allem *Outbreak* (1995) und *Armageddon* (1998) nicht zu reden.

4. Eine unübliche Neugierde, intellektuelle Redlichkeit, unfassliche Schaffenskraft und ein unvoreingenommener Scharfsinn veranlassten Richard A. Posner, der meistzitierte Jurist und Richter in den Vereinigten Staaten, im Jahre 2004 ein Buch mit dem Titel *Catastrophe: Risk and Response* zu schreiben – ein Ereignis vor wenigen Monaten. Wir lehnen den Titel unserer Betrachtung an seinem Buchtitel an, nehmen einige Grundgedanken auf und lassen uns durch das Buch einen Anlass und eine – zugegebenermassen elitär anspruchsvolle – Anlass- und Messlatte vorgeben für unsere Anregung zu strategischem Denken im Recht<sup>7</sup>. Richard Posners Buch ist ein selbstredender und selbstverständlicher Ausdruck einer spezifischen Denkhaltung – einer strategischen – ohne dass er dies über die spezifische Art der Behandlung des Themas hinaus explizit anspricht und bewusst macht.

---

<sup>4</sup> ATWOOD MARGARET, *Oryx and Crake*, London 2003–Shortlistet for the Man Booker Prize 2003.

<sup>5</sup> CRICHTON MICHAEL, *State of Fear*, London/New York 2004.

<sup>6</sup> DIAMOND JARED M., *Collapse: how societies choose to fail or succeed*, New York, 2005.

<sup>7</sup> POSNER RICHARD A., *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford New York, 2004.

Richard Posner schreibt im Vorwort «Certain events, quite within the realm of possibility, such as a major asteroid collision, global bioterrorism, abrupt global warming, even certain lab accidents, could have unimaginably terrible consequences up to and including the extinction of the human race, possibly within the near future»<sup>8</sup>. Mit kritischer Distanz stellt Richard Posner fest, dass sich Recht- und Sozialwissenschaften mit teilweiser Ausnahme der Wirtschaftslehre, mit diesen Möglichkeiten nicht auseinandersetzen. Mit Understatement schreibt er «This seems to me regrettable. I'm not a Green, an alarmist, an apocalyptic visionary, a catastrophist, a Chicken Little, a Luddite, an anticapitalist or even a pessimist.» Seine Schlussfolgerung lautet «I have come to believe, that what I shall be calling «the catastrophic risk» are real and growing and that the social scientists, in particular economics, statistics, cognitive psychology and law, have an essential role to play in the design of policies and institutions for combating them»<sup>9</sup>. Angeregt wurde Richard Posners Buch bemerkenswerterweise durch Margaret Atwoods Roman, den er vorerst in einer ausführlichen Buchbesprechung untersuchte. Es ist der irritierend unkontrollierbare technologische Fortschritt, worauf sich Richard Posners Augenmerk anhand der Catastrophic Risks richtet. Die Darstellung von Catastrophic Risks dient also als Anlass und als veranschaulichender Unterfall dieses gesellschaftlichen Schlüsselproblems. Das dahinter liegende wissenschafts- und berufsspezifische Problem ist für den Juristen Richard Posner die Frage «Whether the laws conventional methods for resolving science – laden legal disputes were adequate in an area of increasing scientific complexity. The research that I have done for this book has convinced me, that the law is indeed lagging dangerously behind an accelerating scientific revolution»<sup>10</sup>.

5. Der Schreiber dieses Geburtstagsgrusses hat die letzten 20 Jahren seiner Militärdienstzeit in der Schweiz vor allem als Mitarbeiter des damaligen Stabschefs für operative und strategische Schulung und später als Mitglied im Beratungsgremium des Generalstabchefs und heute Chef Armee – parallel auch im International Institute for Strategic Studies<sup>11</sup> – an Szenarienbildungen für die damals in der Schweiz noch legendären Gesamtverteidigungsübungen<sup>12</sup>, in denen die gesamte massgebliche Schweiz in der Bewältigung von Schlüsselrisiken beübt wurde, gearbeitet. Die Einfügung eines Erdbebens, einer Pandemie, eines Staudammbruches oder einer Nuklearkatastrophe im Bereiche der Kernkraftwerke gehörte damals zur Kür phantasievoller Szenarienbildung; Die Ende der Achtziger Jahre beginnende Öffnung und Erweiterung des Sicherheitsbegriffes, welche verallgemeinernd die Existenzsicherung ins Zentrum rückte, erlaubte, mit der Gnade des didaktisch Virtuellen, des politisch Folgenlosen und des milizionär Dilettantischen, eine lustvolle Befassung mit den teilweise damals erkenn- und ahnbaren Grossrisiken, die aller-

<sup>8</sup> POSNER RICHARD A., *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford New York, 2004.

<sup>9</sup> POSNER RICHARD A., *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford New York, 2004.

<sup>10</sup> POSNER RICHARD A., *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford New York, 2004.

<sup>11</sup> [www.iiss.org](http://www.iiss.org).

<sup>12</sup> DÄNIKER GUSTAV, *Schweizerische Selbstbehauptungsstrategien im Kalten Krieg*, Frauenfeld, 1995.



