



Isabelle Häner

Prof. Dr. iur.
Rechtsanwältin
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch

Covid-19-Verordnung: Die Terrassen in den Skigebieten sind zu schliessen!

Die Massnahmen des Bundesrates sind in das Kreuzfeuer der Kritik geraten. Heute, Montag, den 1. März 2021, werden die Kantone mit Skigebieten den Anordnungen des Bundesrates folgen und dort, wo die Restaurantterrassen in den Skigebieten offen waren, diese schliessen. Erlaubt bleiben nur Takeaways. Die Terrassen in den Skigebieten sind nicht die einzigen betroffenen Betriebe, bei welchen es Unsicherheiten gab oder noch immer gibt. Die Anordnungen in der Covid-19-Verordnung des Bundesrates gaben und geben immer wieder zu Diskussionen insbesondere in Bezug auf die zum Teil sehr schweren Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, in Bezug auf das Rechtsgleichheitsgebot und die Wettbewerbsneutralität Anlass. Doch die Frage ist, wie man sich dagegen rechtlich überhaupt zur Wehr setzen kann.

Dazu sind verschiedene Fälle zu unterscheiden.

1. Zunächst zu den *Skigebieten*: Hier bestand die Ansicht verschiedener Kantone, dass es in ihre Kompetenz fällt zu bestimmen, ob die Terrassen der Restaurants in den Berggebieten, die Takeaway anbieten, offen gelassen werden können (Art. 5c der Covid-19-Verordnung; SR 818.101.26 in der Fassung vom 1. März 2021). Diejenigen Kantone, welche die Öffnung der Terrassen erlaubten, müssen dies nunmehr zurücknehmen. Ergehen individuelle Bewilligungen und werden diese geändert, ist die Anfechtung einer konkreten Bewilligungsänderung grundsätzlich ohne weiteres möglich und zulässig, da sie als Verfügung an eine konkrete Betriebsinhaberin ergehen. Verfügen die Kantone z.B. per Regierungsratsbeschluss jedoch generell über das gesamte Kantonsgebiet, dass die Terrassen in den Skigebieten zu schliessen sind, stellt sich die Frage, ob man hier ein genügendes Anfechtungsobjekt hat. Erst wenn man ein solches hat, ist es möglich, den Rechtsweg, z.B. an das Verwaltungsgericht zu beschreiten. Die Bundesverfassung garantiert gestützt auf Art. 29a BV, dass Rechtsschreitigkeiten von einem Gericht beurteilt werden müssen. Denkbar wäre, eine solche Anordnung als Allgemeinverfügung zu qualifizieren, zumal die Tatbestandserfassung hier genügend konkret ist, ohne dass es eines weiteren umsetzenden Hoheitsaktes bedürfte. Diesfalls wäre die Anordnung grundsätzlich wie eine ge-

wöhnliche individuell-konkrete Verfügung anfechtbar oder – je nach dem, wenn eine Allgemeinverfügung ausser Betracht fällt, als Realakt. Die Praxis des Bundesgerichts verlangt nicht, dass Realakte nur dann angefochten werden können, wenn sie sich gegen eine bestimmte Person richtet, sondern diese können auch genereller Natur sein, sich an unbestimmt viele Adressaten wenden und zahlreiche Sachverhalte regeln. Selbstverständlich, weil es ja um die Frage der Schliessung geht, ist ein Antrag auf vorsorgliche Massnahmen – wiederum je nach kantonalem Recht – zu prüfen, damit die Terrassen zumindest während der Dauer des Verfahrens offen bleiben können.

2. Während Detailhandelsgeschäfte mit nur einem Sortiment schliessen müssen, kann dieselbe Ware in den Läden der Grossverteiler erworben werden. In der aktuellen Verordnung fällt auf, dass z.B. Sportanlagen für den Reitsport auch im Innenbereich genutzt werden dürfen, die restlichen Sportanlagen hingegen nur im Aussenbereich (Art. 5d Abs. 1 Bst. b Covid-19-Verordnung in der Fassung vom 1. März 2021). Eishallen müssen somit weiterhin geschlossen bleiben. Will sich eine Anlagenbetreiberin unmittelbar gestützt auf die Covid-19-Verordnung zur Wehr setzen und sich insbesondere auf das Rechtsgleichheitsgebot berufen, müsste sie wohl eine Feststellungsverfügung gegebenenfalls beim Bundesamt für Sport (BASPO) verlangen, um nicht direkt eine Busse zu riskieren, indem sie gleichwohl öffnet und erst den Schliessungsbefehl und die auferlegte Busse anfechtet.
3. Die Bundesämter publizieren zum Teil ihre eigene Auslegung der Covid-19-Verordnung, so auch z.B. das BASPO in den FAQ. Erachtet z.B. eine Betreiberin einer Eishalle eine entsprechende Information, dass diese geschlossen bleiben müssen, als rechtsverletzend, kann sie wiederum direkt gegen diese Information vorgehen und eine Verfügung darüber verlangen, weil Informationen ebenfalls als sogenannte Realakte qualifiziert werden.

All diese Fälle zeigen zweierlei: (i) Es ist sehr schwierig, gegen die Massnahmen der Covid-19-Verordnung, die zum Teil sehr schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zur Folge haben, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Verordnungen des Bundesrates können nicht direkt angefochten werden. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, wie man eine Verfügung erlangen kann, damit die auf die Verordnung abgestützten Massnahmen und indirekt auch die Verordnung selbst (akzessorische Normenkontrolle) einem Gericht zur Prüfung vorgelegt werden können. (ii) Hinzu kommt das zeitliche Element. Es lohnt sich angesichts der raschen Änderungen kaum, Rechtsmittel zu ergreifen. Ein Gerichtsverfahren dauert ca. drei Viertel bis ein Jahr. Will man folglich gegen die Massnahmen der Covid-19-Verordnung vorgehen, ist es unabdingbar, dass auf dem Weg der vorsorglichen Massnahmen erreicht werden kann, dass Betriebe nicht sofort geschlossen werden müssen. Das lohnende Vorgehen ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Angesichts der Dringlichkeit und Kurzlebigkeit der Anordnungen bildet der politische Weg allenfalls der raschere Weg.