

Postfach, CH-8021 Zürich

Einschreiben
Aktionsbündnis freie Schweiz
Lättichstrasse 8a
6340 Baar

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5473462

Zürich, 13. Mai 2024

Rechtsgutachten

über den WHO Pandemievertrag / Internationale Gesundheitsvorschriften

von Prof. Dr. Isabelle Häner
Rechtsanwältin

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Obschon der Pandemievertrag der World Health Organization («**WHO-Pandemievertrag**») erst in einem Entwurf¹ vorliegt, hat er bereits grosse mediale und politische Aufmerksamkeit erlangt.²
- 2 Die Arbeiten am WHO-Pandemievertrag wurden als Reaktion auf die Coronavirus-Pandemie initiiert. Während dieser hat sich gezeigt, dass sowohl die WHO als auch ihre Mitgliedsstaaten mit der Pandemiebekämpfung oder Teilaspekten davon überfordert waren. Vor diesem Hintergrund hat der WHO-Pandemievertrag zum Ziel, den Ausbruch von Pandemien zu verhindern sowie die Handlungsfähigkeit der WHO und ihrer Mitgliedstaaten in möglichen zukünftigen pandemischen Lagen zu erhöhen.³
- 3 Damit sind unter Umständen weitreichende Auswirkungen auf die Pandemiebekämpfung durch die einzelnen Länder verknüpft. Die Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie war bislang eine innere Angelegenheit der Staaten, eine *domaine réservé*; entsprechend unterschiedlich fiel das Vorgehen der Länder aus.⁴ Die Existenz eines wie auch immer gearteten WHO-Pandemievertrags weckt Befürchtungen, wonach bei künftigen Pandemien keine Sonderwege mehr möglich sein werden, sondern das Vorgehen von der WHO via Pandemievertrag vorgegeben wird.
- 4 Wie genau die Ziele des WHO-Pandemievertrages erreicht werden sollen, bleibt vorläufig unklar. Zum einen fragt sich, ob der Vertragsinhalt oder ein Teil davon für die Schweiz rechtlich verbindlich ist und somit im nationalen Gesetzesrecht konkretisiert wird. Zum anderen stellt sich die Frage, welche demokratischen Mitwirkungsrechte bei der Genehmigung des Vertrages durch die Schweiz zu beachten sind.

¹ Entwurf WHO-Pandemievertrag in der Fassung vom 22. April 2024.

² Vgl. dazu die umfangreiche Berichterstattung in den Medien sowie die grosse Anzahl Geschäfte im Parlament mit dem Suchbegriff «WHO-Pandemievertrag».

³ Präambel im Entwurf WHO-Pandemievertrag, Art. 2 Entwurf WHO-Pandemievertrag.

⁴ Siehe dazu insbesondere den Corona-Sonderweg Schwedens.

5 Für die Internationalen Gesundheitsvorschriften vom 23. Mai 2005 (SR 0.818.103) sind im Prinzip die gleichen Fragen zu klären. Die Ausgangslage ist jedoch insofern unterschiedlich, als die Internationalen Gesundheitsvorschriften, im Unterschied zum WHO-Pandemievertrag, in der Schweiz bereits in Kraft sind. Aktuell werden sie, ebenfalls unter dem Eindruck der Coronavirus-Pandemie, auf Ebene der WHO angepasst.⁵

B. Fragestellung

6 Das Aktionsbündnis freie Schweiz (ABF Schweiz) bittet vor diesem Hintergrund um die Beantwortung der folgenden Fragen:

- Inwieweit tangieren der WHO-Pandemievertrag und die Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV) das souveräne Recht der Schweiz? (nachfolgend: **Fragestellung 1**)
- Käme eine Ratifizierung des Pandemievertrags durch die Schweiz dem Beitritt zu einer supranationalen Organisation gleich und müsste diese daher gemäss Art. 140 Abs. 1 lit. b BV dem obligatorischen Referendum unterstellt werden? (nachfolgend: **Fragestellung 2**)
- Käme eine Ratifizierung des Pandemievertrags durch die Schweiz einem völkerrechtlichen Vertrag gleich, der wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält oder dessen Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert und deshalb gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV dem fakultativen Referendum unterstehen würde? (nachfolgend: **Fragestellung 3**)
- Wie ist die Frage eines Referendums zu beurteilen, wenn im Mai 2024 die revidierten IGV mit einfacher Mehrheit (und Zustimmung der Schweiz) angenommen werden? Die Änderungen der IGV treten grundsätzlich innerhalb von 12 Monaten für alle Staaten in Kraft, es sei denn, ein Staat lege innerhalb einer 10-monatigen Frist proaktiv Ablehnung oder Vorbehalte ein (Opting-Out). Käme auch in diesem Fall ein obligatorisches (faktische Änderung der Bundesverfassung im Sinne von Art. 140 Abs. 1 lit. a BV) oder ein fakultatives

⁵ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/internationale-beziehungen/multilaterale-zusammenarbeit/organisation-mondiale-sante/who-laufende-verhandlungen.html> [zuletzt besucht am 6. Mai 2024].

Referendum (gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV) in Frage? (nachfolgend:

Fragestellung 4)

- Welche Rolle resp. Aufgabe hat die Bundesversammlung in diesem Zusammenhang (Art. 148 Abs. 1 i.V.m. Art. 169 BV)? Kann der Bundesrat verpflichtet werden, den Pandemievertrag und die IGV dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 166 i.V.m. Art. 184 BV)? Hat das Parlament die Möglichkeit, den Bundesrat zu verpflichten, den Pandemievertrag und die IGV dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum zu unterstellen (Art. 166 i.V.m. Art. 184 und Art. 140 f. BV) resp. bei den IGV das Opting-Out zu erklären? (nachfolgend: **Fragestellung 5)**
- Gemäss aktuellen Verhandlungstexten sehen sowohl der Pandemievertrag als auch die revidierten IGV u.a. Bestimmungen vor, welche die unterzeichnenden Staaten dazu verpflichten sollen, «Fake News» in Bezug auf Gesundheitsfragen zu unterbinden. Wie lassen sich solche Bestimmungen mit der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit vereinbaren? (nachfolgend: **Fragestellung 6)**
- Während der Corona-Zeit hat der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV in einer Art Selbstermächtigung Notrecht erlassen (s. dazu auch Aufsatz von Prof. Dr. rer. publ. Dr. iur. h.c. Andreas Kley in ZBI 5/2020). Mit Blick auf die IGV und den WHO-Pandemievertrag stellt sich die Frage, ob der Bundesrat (auf welcher Rechtsgrundlage?) Notrecht erlassen darf, wenn eine Drittpartei (WHO) eine Epidemie/Pandemie (PHEIC) ausruft resp. eine solche behauptet – ohne, dass ein solcher PHEIC bewiesen wäre. Welche grundsätzlichen Möglichkeiten (de lege lata, de lege ferenda) bestehen, den Gebrauch von Notrecht durch den Bundesrat einzuschränken? (nachfolgend: **Fragestellung 7)**
- Welche Möglichkeiten im Rahmen einer (abstrakten oder akzessorischen) Normenkontrolle bestehen (de lege lata, de lege ferenda), um Staatsverträge resp. internationale Instrumente (und Bundesgesetze, z.B. EpG) auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen? (nachfolgend **Fragestellung 8)**

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

7 Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017
- EHRENZELLER BERNHARD/EGLI PATRICIA/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN G./SCHWEIZER RAINER J.(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- LANZ MATTHIAS, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, St. Gallen 2020
- PETERS ANNE/PETRIG ANNA, Völkerrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015

B. Gesetze

8 Gesetze

- Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (EpG, SR 818.101)
- Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (ParlG, SR 171.10)
- Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR, SR 161.1)
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101)

- Internationale Gesundheitsvorschriften vom 23. Mai 2005 (SR 0.818.103)
- Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010)
- Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1)
- Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946 (WHO-Verfassung, SR 0.810.1)
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK, SR 0.111)

C. Materialien

9 Materialien

- Article-by-Article Compilation of Proposed Amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA75(9) (2022), Document A/WGHR/1/5 (zit. Compilation International Health Regulations)
- Bericht über die im Jahr 2022 abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge vom 10. Mai 2023 (BBI 2023 1512)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums vom 23. Oktober 1974 (BBI 1974 II 1133)
- Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010 (BBI 2011 311)
- Information und Kommunikation von Bundesrat und Bundesverwaltung, Leitbild der Konferenz der Informationsdienste (KID), Bern 2015 (zit. Leitbild Information und Kommunikation Bundesrat und Bundesverwaltung)
- Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, Ausgabe 2023, Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA (zit. Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge)

- Report of the first meeting of the Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005), 30 November 2022, A/WGIHR/1/5 (zit. Report first meeting International Health Regulations)
- Proposal for the WHO Pandemic Agreement, 22 April 2024, A/INB/9/3 Rev. 1 (zit. Entwurf WHO-Pandemievertrag)
- Rules of Procedure of the World Health Assembly, in: Basic Documents of the World Health Organization, Forty-ninth edition, 2020, S. 173 ff. (zit. Rules of Procedure of the World Health Assembly)
- Vernehmlassung zur Teilrevision des Epidemiengesetzes, Übersicht der Änderungen vom 29. November 2023 (zit. Vorentwurf Vernehmlassung EpG)
- Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005) (WGIHR), Proposed Bureau's text for Eighth WGIHR Meeting, 22–26 April 2024, 17 April 2024, A/WGIHR/8 (zit. Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften)
- World Health Assembly Second Special Session, Summary Records, WHASS2/2021/REC/1 (zit. Summary Records Special Session World Health Assembly)

III. RECHTLICHES

A. Vorbemerkungen

- 10 Für den Entwurf WHO-Pandemievertrag liegt ein offizielles Dokument seitens der WHO vor, das den aktuellen Stand der Arbeiten abbildet.⁶ Die Fragestellungen werden gestützt auf die darin enthaltenen Bestimmungen beantwortet.
- 11 Für die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften existiert bisher nichts Analoges. Es findet sich eine Zusammenstellung der von den WHO-Mitgliedstaaten eingebrachten Änderungsvorschläge, wozu diese von der WHO im Jahr 2022 eingeladen wurden.⁷

⁶ Entwurf WHO-Pandemievertrag in der Fassung vom 22. April 2024.

⁷ Compilation International Health Regulations.

- 12 Die Änderungsvorschläge sind bloss Ideen der einzelnen Staaten, wie eine Anpassung der Internationalen Gesundheitsvorschriften aussehen könnte. Die Zusammenstellung der von den WHO-Mitgliedstaaten eingebrachten Änderungsvorschläge drückt weder einen Konsens aus, noch lässt sich daraus eine Prognose über den tatsächlichen Inhalt der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften treffen. Ihnen kommt keine rechtliche Verbindlichkeit zu.⁸
- 13 Im Gegensatz zum Entwurf WHO-Pandemievertrag wird über den Inhalt der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften in den WHO-Mitgliedstaaten eine offene Meinungsbildung im Vorfeld der Weltgesundheitsversammlung verunmöglicht. Das ist weder vertrauenserweckend noch sachlich nachvollziehbar, zumal der WHO-Pandemievertrag und die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften als ein sich ergänzendes Regelwerk angesehen werden können (vgl. dazu Rz. 26).
- 14 Damit zumindest im Ansatz doch noch eine Diskussion über die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften stattfinden kann, so wie dies die politische Kultur in der Schweiz gebietet, werden für die Beantwortung der Fragestellungen beispielhaft einzelne Punkte aus dem jüngsten Arbeitsentwurf des Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften thematisiert.⁹ Dieses Vorgehen ist dadurch gerechtfertigt, dass mangels Vorliegens anderer offizieller Arbeitsentwürfe davon ausgegangen werden muss, dass der Inhalt des Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften der konsolidierten Entwurfsfassung der Internationalen Gesundheitsvorschriften ähneln wird, die an der 77. Weltgesundheitsversammlung beraten wird.

B. Fragestellung 1

- 15 Um die Fragestellung 1 zu beantworten, die nach den Auswirkungen des WHO-Pandemievertrages und der Internationalen Gesundheitsvorschriften auf das

⁸ Vgl. auch <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/international-health-regulations-amendments> --> "Are the proposed IHR amendments published online legally binding?" [zuletzt besucht am 6. Mai 2024].

⁹ Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften, S. 1 ff.

Schweizer Recht fragt, muss zuerst dargelegt werden, um was für eine Organisation es sich bei der WHO handelt und in welcher rechtlichen Beziehung die Schweiz zu dieser steht.

1. Die WHO und die Schweiz

16 Die WHO ist eine Spezialorganisation der Vereinten Nationen.¹⁰ Ihr Zweck besteht gemäss Art. 1 Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946 (WHO-Verfassung, SR 0.810.1) darin, allen Völkern zur Erreichung des bestmöglichen Gesundheitszustandes zu verhelfen. Die Schweiz ist (Gründungs-)Mitglied der WHO und als solches Teil der Gesundheitsversammlung. Diese setzt sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammen und trifft die für die Erreichung des Zwecks der Organisation geeigneten Massnahmen.¹¹ Seit Mai 2023 nimmt die Schweiz zudem – befristet bis Mai 2026 – Einsitz im WHO-Exekutivrat.¹²

2. WHO-Pandemievertrag

2.1 Einordnung in die Systematik der WHO-Verfassung

17 Der WHO-Pandemievertrag geht auf eine Sondersitzung der Gesundheitsversammlung Ende 2021 zurück. In dieser ist von der Gesundheitsversammlung ein zwischenstaatliches Verhandlungsgremium eingesetzt und mit der Ausarbeitung des WHO-Pandemievertrages beauftragt worden, mit der Option, diesen Vertrag Art. 19 WHO-Verfassung zu unterstellen.¹³ Art. 19 WHO-Verfassung verlangt für die Annahme eines derartigen Vertrages die Zustimmung der Gesundheitsversammlung mit Zweidrittelmehrheit und sieht darüber hinaus vor, dass der Vertrag für den einzelnen Mitgliedstaat erst dann in Kraft tritt, wenn er in Übereinstimmung mit dessen verfassungsrechtlichen Bestimmungen genehmigt worden ist.

¹⁰ Präambel WHO-Verfassung.

¹¹ Art. 10 ff. WHO-Verfassung; Art. 18 lit. m WHO-Verfassung.

¹² Art. 24 ff. WHO-Verfassung; <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/internationale-beziehungen/multilaterale-zusammenarbeit/organisation-mondiale-sante.html> [zuletzt besucht am 6. Mai 2024].

¹³ Summary Records Special Session World Health Assembly, S. 6 f.; Rule 41 Rules of Procedure of the World Health Assembly.

18 Das zwischenstaatliche Verhandlungsgremium hat den WHO-Pandemievertrag in einer Sitzung im Juli 2022 vorerst Art. 19 WHO-Verfassung unterstellt, jedoch nicht ausgeschlossen, dass im weiteren Verlauf der Arbeiten auch eine Unterstellung unter Art. 21 WHO-Verfassung erfolgen könnte.¹⁴ Verträge, die Art. 21 WHO-Verfassung unterstellt werden, treten gemäss Art. 22 WHO-Verfassung für alle Mitgliedstaaten in Kraft, nachdem ihre Annahme durch die Gesundheitsversammlung gebührend bekannt gegeben worden ist, ausgenommen für diejenigen Mitgliedstaaten, die den Generaldirektor der WHO innerhalb der in der Bekanntgabe festgesetzten Frist von ihrer Ablehnung oder von der Erhebung von Vorbehalten in Kenntnis setzen. Dieses Verfahren zur Ablehnung bemisst sich anhand der Bestimmungen im innerstaatlichen Recht der Schweiz (vgl. Rz. 28 ff.).

19 Die Hürden für das Inkrafttreten eines Vertrages nach Art. 19 WHO-Verfassung sind somit deutlich höher als mit dem in Art. 21 i.V.m. 22 WHO-Verfassung statuierten Ablauf. Die in der WHO-Verfassung angelegten unterschiedlichen Verfahren für das Inkrafttreten eines Vertrages sind ein Indiz für dessen Wichtigkeit und Stellung. Aus dem Entwurf WHO-Pandemievertrag geht zum jetzigen Zeitpunkt nicht hervor, ob eine Unterstellung des Vertrages unter Art. 19 oder Art. 21 i.V.m. 22 WHO-Verfassung geplant ist.

2.2 Rechtsnatur

20 Beim Entwurf WHO-Pandemievertrag handelt es sich um einen Akt einer internationalen Organisation. Es stellt sich nun die Frage nach dessen Rechtsnatur und somit dessen rechtlicher Verbindlichkeit. Diese ergeben sich aus dem einschlägigen Text und den darin verwendeten Begrifflichkeiten. Wichtige Rückschlüsse geben sodann allfällige Schlussbestimmungen im Text, die auf die Verbindlichkeit des jeweiligen Instrumentes hindeuten.¹⁵

¹⁴ <https://inb.who.int/home/inb-process#INB2> [zuletzt besucht am 6. Mai 2024].

¹⁵ Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, S. 5 ff.

- 21 Der Entwurf WHO-Pandemievertrag erachtet die WHO aufgrund ihrer Leitungs- und Koordinationsfunktion in der internationalen Gesundheitsarbeit bei der Pandemieprävention, Pandemievorbereitung und Pandemiebekämpfung als fundamental.¹⁶ Er verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie in diversen Bereichen konkrete Vorkehrungen treffen: etwa in der Pandemievorsorge und der öffentliche Gesundheitsüberwachung, im Technologie- und Wissenstransfers, in der Harmonisierung technischer und regulatorischer Anforderungen und Verfahren, in der Kommunikation und Öffentlichkeitsarbeit.¹⁷ Die im Vertragstext verbreitete Terminologie impliziert eine Verbindlichkeit der Bestimmungen («shall», «should», «commit», «be bound»). Schliesslich enthält der Entwurf WHO-Pandemievertrag detaillierte Schlussbestimmungen. Diese thematisieren das Anbringen von Vorbehalten gegenüber dem WHO-Pandemievertrag, den Rücktritt von diesem, die Ratifizierung, Annahme, Genehmigung, förmliche Bestätigung oder den Beitritt sowie das Inkrafttreten des WHO-Pandemievertrages.¹⁸ Einzig die Betonung der Hochhaltung der Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten in Bezug auf den Erlass von gesetzlichen Vorschriften betreffend die Gesundheitspolitik im Entwurf WHO-Pandemievertrag steht seiner rechtlichen Verbindlichkeit in gewisser Hinsicht entgegen.¹⁹
- 22 Kurzum: Der Entwurf WHO-Pandemievertrag enthält in seiner aktuellen Form diverse Bestimmungen, die rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen. Nach einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände übersteigt der Entwurf WHO-Pandemievertrag eine unverbindliche, rein politische Absichtserklärung – und damit den Status von Soft Law.²⁰ Nach dem jetzigen Stand ist der Text so formuliert, dass die Schweiz rechtlich bindende Verpflichtungen eingeht, wobei diese Folgerung beim Vorliegen der definitiven Version des WHO-Pandemievertrages überprüft werden müsste.

¹⁶ Präambel Entwurf WHO-Pandemievertrag; Art. 4 ff. Entwurf WHO-Pandemievertrag.

¹⁷ Art. 4 ff. Entwurf WHO-Pandemievertrag.

¹⁸ Art. 27 ff. Entwurf WHO-Pandemievertrag.

¹⁹ Präambel Entwurf WHO-Pandemievertrag; Art. 3 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag.

²⁰ Zu Soft Law PETERS/PETRIG, S. 146 ff.

- 23 Die Auswirkungen des WHO-Pandemievertrages auf das Gesetzesrecht der Schweiz sind zum jetzigen Zeitpunkt schwierig abzuschätzen. Wird die Schlussversion Art. 19 WHO-Verfassung unterstellt, sind Beeinflussungen des Schweizer Gesetzesrechts erst dann zulässig, wenn die Gesundheitsversammlung dem Vertragswerk mit Zweidrittelsmehrheit zugestimmt hat sowie wenn die Schweiz das Vertragswerk nach dem einschlägigen verfassungsrechtlichen Verfahren genehmigt hat (vgl. dazu eingehend die Beantwortung der Fragestellungen 2 und 3, Rz. 28 ff.). Wird die Schlussversion Art. 21 i.V.m. 22 WHO-Verfassung unterstellt, sind Beeinflussungen möglich, sofern die Schweiz den Vertrag nicht ablehnt oder keine Vorbehalte gegenüber Teilen erhebt. In beiden Fällen wäre aber ohnehin der Gesetzgeber in der Schweiz gefordert, den WHO-Pandemiepakt im Landesrecht zu konkretisieren.
- 24 Anzuführen ist, dass eine Beeinflussung des Gesetzesrechts in der Schweiz jedoch selbst im Fall einer Nichtgenehmigung oder Ablehnung des WHO-Pandemievertrages nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Der Gesetzgeber in der Schweiz ist frei, sich am WHO-Pandemievertrag zu orientieren und Teile davon im Sinne einer freiwilligen Übernahme bei der Gesetzgebung zu berücksichtigen, wobei gegen ein solches Vorgehen das Referendum ergriffen werden könnte. Zu beobachten gilt es in diesem Zusammenhang insbesondere die aktuellen Arbeiten zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (EpG, SR 818.101). Der in die Vernehmlassung gegebene Vorentwurf enthält soweit ersichtlich keine Bestimmungen, die aus Entwürfen des WHO-Pandemievertrags übernommen wurden.²¹ Das Vernehmlassungsverfahren hat am 24. März 2024 geendet. Es empfiehlt sich, den Gesetzesentwurf und die Botschaft zum teilrevidierten EpG beim definitiven Vorliegen daraufhin zu überprüfen, ob Übereinstimmungen mit dem Entwurf WHO-Pandemievertrag bestehen.

²¹ Vorentwurf Vernehmlassung EpG.

3. Internationale Gesundheitsvorschriften

25 Auch die Internationalen Gesundheitsvorschriften entspringen der WHO-Gesundheitsversammlung. Im Unterschied zum WHO-Pandemievertrag sind sie heute bereits ein rechtlich verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag und Teil der Schweizer Rechtsordnung. Für die Schweiz sind die Internationalen Gesundheitsvorschriften in Anwendung von Art. 21 lit. a i.V.m. 22 WHO-Verfassung am 15. Juni 2007 in Kraft getreten; der Bundesrat hatte sie zuvor genehmigt.²² Der Bundesrat stellte sich damals auf den Standpunkt, dass die Internationalen Gesundheitsvorschriften einem völkerrechtlichen Vertrag von beschränkter Tragweite entsprachen.²³ Ob dies zutrifft, ist mit Blick darauf, dass einzelne Bestimmungen der Internationalen Gesundheitsvorschriften bereits im EpG berücksichtigt worden sind, jedoch fraglich (vgl. auch Rz. 41).²⁴

26 Der Entwurf WHO-Pandemievertrag nimmt verschiedentlich Bezug auf die Internationalen Gesundheitsvorschriften. In Art. 26 Ziff. 2 Entwurf WHO-Pandemievertrag wird von den Vertragsparteien verlangt, dass sie anerkennen, dass der WHO-Pandemievertrag und die Internationalen Gesundheitsvorschriften so ausgelegt werden sollten, dass sie miteinander vereinbar sind. Das legt eine Gleichartigkeit des WHO-Pandemievertrages und der Internationalen Gesundheitsvorschriften nahe und dient als weiterer Beleg dafür, dass es sich auch beim WHO-Pandemievertrag um ein rechtlich verbindliches Instrument handelt, das auf der Vorstufe zu einem völkerrechtlichen Vertrag i.S.v. Art. 1 ff. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK, SR 0.111) steht.

27 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in der WHO-Verfassung angelegten unterschiedlichen Verfahren für das Inkrafttreten eines Vertrages keine Auswirkungen auf das innerstaatliche Verfahren zur Genehmigung haben und der WHO-Pandemievertrag und die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften das souveräne Recht der Schweiz ohne innerstaatliche Genehmigung nicht tangieren dürfen.

²² Siehe dazu den Geltungsbereich Internationale Gesundheitsvorschriften.

²³ Dazu Art. 7a Abs. 2 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in der Fassung vom 1. Januar 2007.

²⁴ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/internationale-beziehungen/multilaterale-zusammenarbeit/organisation-mondiale-sante/reglement-sanitaire-international.html> [zuletzt besucht am 6. Mai 2024]; für ein konkretes Beispiel siehe BBl 2011 393.

C. Fragestellung 2

28 Wie bereits ausgeführt, tritt der WHO-Pandemievertrag bei – aktuell wahrscheinlicher – Unterstellung unter Art. 19 WHO-Verfassung in der Schweiz erst dann in Kraft, wenn er zuvor von der Gesundheitsversammlung mit Zweidrittelsmehrheit angenommen wurde und in der Schweiz in Übereinstimmung mit den einschlägigen Verfassungsbestimmungen genehmigt worden ist (vgl. Rz. 17 ff.). Es fragt sich, ob Art. 140 Abs. 1 lit. b Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) die einschlägige Verfassungsbestimmung darstellt, was zur Folge hätte, dass zur Genehmigung des WHO-Pandemievertrages ein obligatorisches Referendum durchgeführt werden müsste.

29 Art. 140 Abs. 1 lit. b BV besagt, dass der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet wird.

1. Organisationen für kollektive Sicherheit

30 Organisationen für kollektive Sicherheit sind gemäss Bundesrat «universelle oder allenfalls auch regionale Organisationen, die sich zum Ziel setzen, einem allfälligen friedensbrechenden oder friedensbedrohenden Angreiferstaat entgegenzutreten und organisierten Widerstand zu leisten».²⁵ Angesprochen ist damit vor allem die NATO.²⁶

31 Die WHO verfolgt einzig gesundheitspolitische Zielsetzungen (vgl. Rz. 16); sie ist keine Organisation für kollektive Sicherheit. Folglich begründet auch die Genehmigung eines Instrumentes, das von Organen der WHO erlassen wurde, keinen Beitritt zu einer Organisation für kollektive Sicherheit.

²⁵ BBl 1974 II 1156.

²⁶ Vgl. DIGGELMANN, in: SGK BV, Art. 140 N 22 m.V.

2. Supranationale Gemeinschaften

32 Supranationale Gemeinschaften sind gemäss Bundesrat «Organisationen mit Organen aus unabhängigen Personen, die nicht an Instruktionen der Regierung ihres Heimatstaates gebunden sind und die ihre Befugnisse durch Mehrheitsbeschluss und nicht nach dem Einstimmigkeitsprinzip ausüben, deren Entscheide direkt in Kraft treten und für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich sind und deren materielle Befugnisse relativ umfassend sind».²⁷ Als Beispiele für supranationale Gemeinschaften gelten die Europäische Union sowie der Europäische Wirtschaftsraum.²⁸

33 Die materiellen Befugnisse der WHO beschränken sich auf gesundheitspolitische Angelegenheiten. Entscheide der WHO, wie etwa der WHO-Pandemievertrag, treten weder direkt in Kraft noch sind sie für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich, vielmehr müssen sie, um Einzelpersonen Pflichten aufzuerlegen, ins nationale Recht überführt werden. Die WHO ist keine supranationale Gemeinschaft. Folglich begründet auch die Genehmigung eines Instrumentes, das von Organen der WHO erlassen wurde, keinen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft.

34 Abschliessend kann festgehalten werden, dass die allfällige Genehmigung des WHO-Pandemievertrages durch die Schweiz nicht dem obligatorischen Referendum unterstellt werden müsste.

35 Die Genehmigung der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften ist Gegenstand der Frage 4 und wird dort thematisiert (vgl. Rz. 43 ff.)

D. Fragestellung 3

36 Dem fakultativen Referendum unterliegen gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV völkerrechtliche Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.

²⁷ BBl 1974 II 1156.

²⁸ EPINEY/DIEZIG, in: BSK BV, Art. 140 N 19; DIGGELMANN, in: SGK BV, Art. 140 N 24.

- 37 Beim Entwurf WHO-Pandemievertrag handelt es sich wie aufgezeigt um ein Instrument, das als völkerrechtlicher Vertrag ausgestaltet ist (vgl. Rz. 22), und damit grundsätzlich in den Geltungsbereich von Art. 141 Abs. 1 lit. d BV fällt.
- 38 Anders wäre die Situation zu beurteilen, wenn die Schlussversion des WHO-Pandemievertrages als Soft Law zu qualifizieren wäre, was derzeit unwahrscheinlich aber nicht ausgeschlossen ist, weil die definitive Fassung noch nicht feststeht. Mit der Qualifikation des WHO-Pandemievertrages als Soft Law läge kein völkerrechtlicher Vertrag gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d BV vor. Das wiederum hätte weitreichende Folgen: Soft Law untersteht nach herrschender Lehre nicht dem für völkerrechtliche Verträge vorgesehenen Verfahren, sondern fällt in die Kompetenz des Bundesrates gemäss Art. 184 Abs. 1 BV.²⁹ Nur vereinzelt wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass Soft Law im «Zweifelsfall»³⁰ oder «bei sehr wichtigen Abmachungen»³¹ dem für völkerrechtliche Verträge vorgesehenen Verfahren zu unterstellen sei.
- 39 Der Entwurf WHO-Pandemievertrag unterliegt gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV dann dem fakultativen Referendum, wenn er wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.
- 40 Eine Bestimmung ist nach Art. 22 Abs. 4 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (ParIG, SR 171.10) rechtsetzend, wenn sie in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt. Bei der Beurteilung der Wichtigkeit einer Bestimmung stellen der Bundesrat und die Bundesversammlung insbesondere darauf ab, ob die betreffende Bestimmung im Falle innerstaatlicher Rechtsetzung in einem Bundesgesetz formuliert würde.³²
- 41 Der WHO-Pandemievertrag auferlegt den Mitgliedstaaten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten und legt Zuständigkeiten fest (vgl.

²⁹ Siehe etwa FASSBENDER, in: SGK BV, Art. 166 N 50; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 166 N 9; EPINEY, in: BSK BV, Art. 166 N 24; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1900.

³⁰ KÜNZLI, in: BSK BV, Art. 184 N 16.

³¹ LANZ, N 420.

³² DIGGELMANN, in: SGK BV, Art. 141 N 41, 43.

Rz. 21).³³ Hinzu kommt, dass der WHO-Pandemievertrag die gleiche Stellung wie die Internationalen Gesundheitsvorschriften einfordert (vgl. Rz. 26). Es hat sich gezeigt, dass sich das EpG an Bestimmungen der Internationalen Gesundheitsvorschriften orientiert hat (vgl. Rz. 25). Gleiches ist auch für Bestimmungen des WHO-Pandemievertrages zu erwarten, die ins EpG Eingang finden werden.

42 Die allfällige Umsetzung des WHO-Pandemievertrages in der Schweiz wird aller Voraussicht nach zu Änderungen im EpG führen, umso mehr, als sich dies im Falle der Internationalen Gesundheitsvorschriften bereits so ereignet hat. Folglich ist es angezeigt, den WHO-Pandemievertrag in Anwendung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Dies geschieht, indem der Bundesrat den WHO-Pandemievertrag der Bundesversammlung zur Genehmigung vorlegt, und die Bundesversammlung den WHO-Pandemievertrag nach Art. 24 Abs. 3 ParlG in der Form eines Bundesbeschlusses genehmigt.

E. Fragestellung 4

43 Die völkerrechtlich bindenden Internationalen Gesundheitsvorschriften wurden ursprünglich vom Bundesrat genehmigt (vgl. Rz. 25). Die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften unterliegen gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV i.V.m. Art. 22 Abs. 4 ParlG dann dem fakultativen Referendum, wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass oder die Änderung von Bundesgesetzen erfordert.³⁴

44 Ohne Kenntnis des definitiven Vertragstextes der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften kann an dieser Stelle keine verlässliche Prognose darüber abgegeben werden, ob ihre Genehmigung dem fakultativen Referendum untersteht oder nicht. Dass mitunter geplant ist, neue Themen in die Internationalen Gesundheitsvorschriften aufzunehmen, zeigt Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften. Im

³³ Art. 4 ff. Entwurf WHO-Pandemievertrag.

³⁴ Vgl. auch DIGGELMANN, in: SGK BV, Art. 141 N 48.

betreffenden Artikel werden die Vertragsstaaten zur Entwicklung, Stärkung und Erhaltung von Kernkapazitäten zur Risikokommunikation, einschliesslich der Bekämpfung von Fehlinformationen und Desinformation, aufgerufen. Eine vergleichbare Norm fehlt in den geltenden Internationalen Gesundheitsvorschriften. Verbleibt die einschlägige Norm auch nach der 77. Weltgesundheitsversammlung in den angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften, dürfte der Bundesrat sie in dieser Form meines Erachtens nicht genehmigen.

45 Stattdessen müsste der Bundesrat einen Vorbehalt bezüglich Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften anbringen, womit die Schweiz von der Umsetzung der diesbezüglichen Verpflichtungen befreit wäre, und die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften durch die Bundesversammlung genehmigen lassen; die Genehmigung in Form eines Bundesbeschlusses nach Art. 24 Abs. 3 ParlG ermöglichte die Unterstellung unter das fakultative Referendum. Das Anbringen von Vorbehalten gegenüber den Internationalen Gesundheitsvorschriften ist zulässig und bestimmt sich gemäss Art. 62 Internationale Gesundheitsvorschriften.

46 Unabhängig von der allfälligen Existenz von Art. 3 lit i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften spricht für die Unterstellung der Internationalen Gesundheitsvorschriften unter das fakultative Referendum, dass es sich bei diesen um völkerrechtlich verbindliche Bestimmungen handelt, die – trotz ihrer ursprünglichen Qualifikation als völkerrechtlicher Vertrag von beschränkter Tragweite (vgl. Rz. 25) – bereits vereinzelt im EpG berücksichtigt wurden, und die unter dem Eindruck der Coronavirus-Pandemie überarbeitet werden, was wiederum Änderungen im EpG nach sich ziehen könnte. Sodann könnte mittels Unterstellung der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften unter das fakultative Referendum ihre demokratische Legitimation erhöht werden. Diese ist aktuell gering, bedingt durch die ursprüngliche Genehmigung einzig durch den Bundesrat (vgl. Rz. 25).

F. Fragestellung 5

47 Gemäss Art. 54 Abs. 1 BV sind die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes. Art. 184 Abs. 1 BV schreibt vor, dass der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung besorgt. In Art. 184 Abs. 2 BV heisst es sodann, dass der Bundesrat die Verträge unterzeichnet und ratifiziert und sie der Bundesversammlung zur Genehmigung unterbreitet. Die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge durch die Bundesversammlung wird in Art. 166 Abs. 2 BV näher ausgeführt, worin es heisst, dass die Bundesversammlung die völkerrechtlichen Verträge genehmigt, wobei die Verträge ausgenommen sind, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist.

48 Nachfolgend wird geprüft, welche Mitwirkungsbefugnisse der Bundesversammlung bei der Genehmigung der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften und bei der Genehmigung des WHO-Pandemievertrages zustehen.

1. Internationale Gesundheitsvorschriften

49 Art. 7a Abs. 1 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) präzisiert den Inhalt von Art. 166 Abs. 2 BV. Konkret bestimmt Art. 7a Abs. 1 RVOG, dass der Bundesrat völkerrechtliche Verträge selbstständig abschliessen, ändern oder kündigen kann, soweit er durch ein Bundesgesetz oder einen von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag dazu ermächtigt ist.

50 Die Internationalen Gesundheitsvorschriften sind vom Bundesrat genehmigt worden (vgl. Rz. 25). Hinsichtlich ihrer Änderung stellt sich nun die Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage in einem Bundesgesetz. Eine solche Kompetenzdelegation könnte Art. 80 Abs. 1 EpG darstellen, der erst am 1. Januar 2016, somit nach der Genehmigung der geltenden Internationalen Gesundheitsvorschriften durch den Bundesrat (vgl. vorne, Rz. 25), in Kraft getreten ist.

51 Art. 80 Abs. 1 EpG besagt, dass der Bundesrat völkerrechtliche Vereinbarungen abschliessen kann über den Austausch von Daten, die der epidemiologischen

Überwachung dienen (lit. a); über die gegenseitige Information über den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten (lit. b); über die sofortige Benachrichtigung, wenn die Gefahr droht, dass übertragbare Krankheiten die Landesgrenze überschreiten (lit. c); über die Harmonisierung der Massnahmen zur Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (lit. d); über den Leichentransport über die Landesgrenze hinweg (lit. e) und über die Verbindung des Proximity- und des Presence-Tracing-Systems nach Artikel 60a mit entsprechenden ausländischen Systemen (lit. f). Gemäss den Materialien ist bei völkerrechtlichen Vereinbarungen im Sinne von Art. 80 EpG an Vereinbarungen vorwiegend technischer Natur zu denken.³⁵ Als konkrete Beispiele werden Übereinkommen im Bereich der Leichentransporte genannt.³⁶

- 52 Vorausgesetzt, dass die Endfassung der Internationalen Gesundheitsvorschriften von der Ermächtigungsgrundlage in Art. 80 Abs. 1 EpG erfasst wird, was bei deren definitiven Vorliegen genauer zu prüfen wäre, ist der Bundesrat somit zur Änderung der Internationalen Gesundheitsvorschriften in den in Art. 80 Abs. 1 lit. a-f EpG genannten Materien ermächtigt – ohne unmittelbare Mitwirkungsbefugnisse der Bundesversammlung. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften nicht über vorwiegend technische Vorschriften hinausgehen und nicht im EpG Eingang finden.
- 53 Der bereits thematisierte Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften geht über technische Vorschriften hinaus. Daraus folgt, dass der Bundesrat beim Verbleib dieser Bestimmung in den Internationalen Gesundheitsvorschriften nicht zur alleinigen Änderung der Internationalen Gesundheitsvorschriften gemäss Art. 80 Abs. 1 EpG befugt wäre. Der Bundesrat müsste bei Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften einen Vorbehalt anbringen

³⁵ BBI 2011 421.

³⁶ BBI 2011 421.

und die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften durch die Bundesversammlung genehmigen lassen; die Genehmigung in Form eines Bundesbeschlusses nach Art. 24 Abs. 3 ParlG ermöglichte die Unterstellung unter das fakultative Referendum (vgl. Rz. 45).

- 54 Selbst wenn der Bundesrat sich auf den Standpunkt stellte, er sei alleine zur Genehmigung der internationalen Gesundheitsvorschriften ermächtigt, trifft ihn die Pflicht, der Bundesversammlung jährlich Bericht über die von ihm abgeschlossenen, geänderten und gekündigten Verträge zu erstatten.³⁷ Das ermöglicht dem Parlament, die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften daraufhin zu überprüfen, ob auch wirklich eine Zuständigkeit des Bundesrats zu deren Änderung vorliegt oder nicht. Kommt das Parlament zum Schluss, die Änderung der Internationalen Gesundheitsvorschriften habe nicht ausschliesslich dem Bundesrat obliegen, sondern hätte der Genehmigung durch das Parlament bedurft, kann es den Bundesrat mittels Motion nach Art. 120 Abs. 1 und 2 ParlG verpflichten, ihm die Änderungen der Internationalen Gesundheitsvorschriften nachträglich zu unterbreiten. Verweigert das Parlament die Genehmigung, so muss der Bundesrat den Vertrag oder einzelne Änderungen auf den nächstmöglichen Termin kündigen. Bis dahin bleiben sie jedoch in Kraft.³⁸
- 55 Eine Motion entsprechenden Inhalts – dass also der Bundesrat dem Parlament die Änderung der Internationalen Gesundheitsvorschriften zur Genehmigung vorlegt – kann bereits zum jetzigen Zeitpunkt eingereicht werden.³⁹ Als ungewiss erscheint in diesem frühen Stadium und ohne Kenntnis des definitiven Inhaltes der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften indes, ob damit auch wirklich Art. 80 Abs. 1 EpG übersteuert werden kann.
- 56 Aufgrund der politischen Brisanz der Anpassung der Internationalen Gesundheitsvorschriften und nicht zuletzt Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften ist es angezeigt, dass der

³⁷ Art. 48a Abs. 2 RVOG.

³⁸ Zum Ganzen BBl 2023 1512, S. 19.

³⁹ In diese Richtung zielt die Motion 22.3546 von Andreas Glarner («Kein WHO-Abkommen ohne parlamentarische Genehmigung»).

Bundesrat seinen Informations- und Konsultationspflichten gegenüber den zuständigen Kommissionen frühzeitig und umfassend nachkommt, so wie das Art. 152 Abs. 2 und 3 ParlG fordern. Je nach definitivem Vertragstext der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften ist es möglich, dass ein wesentliches Vorhaben i.S.v. Art. 152 Abs. 3 ParlG i.V.m. Art. 5b Abs. 1 lit. a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1) vorliegt, das wesentliche Änderungen des EpG erforderlich macht. Die Wahrnehmung der Informations- und Konsultationspflichten durch den Bundesrat gegenüber den zuständigen Kommissionen ist vor diesem Hintergrund zwingend einzuhalten.

2. WHO-Pandemievertrag

57 Die eben erfolgten Ausführungen zu den Mitwirkungsbefugnissen der Bundesversammlung bei der Genehmigung der Internationalen Gesundheitsvorschriften gelten im Grundsatz auch für die Genehmigung des WHO-Pandemievertrages (vgl. Rz. 49 ff.).

58 Meines Erachtens wird der Inhalt des WHO-Pandemievertrages aber klarerweise nicht von der Delegationsnorm zur Vertragsabschlusskompetenz in Art. 80 EpG erfasst. Wie bereits erwähnt, ist gemäss den Materialien bei völkerrechtlichen Vereinbarungen im Sinne von Art. 80 EpG an Vereinbarungen vorwiegend technischer Natur zu denken (vgl. Rz. 51).⁴⁰ Der WHO-Pandemievertrag ist nicht technischer Natur, sondern verlangt in rechtlich verbindlicher Weise von den Mitgliedstaaten konkrete Vorkehrungen in verschiedenen, auch nicht-technischen Bereichen wie der Pandemievorsorge, der öffentlichen Gesundheitsüberwachung, der Kommunikation und der Öffentlichkeitsarbeit (vgl. Rz. 21 f.).

59 Der Bundesrat kann sich somit nicht auf Art. 80 EpG berufen und den WHO-Pandemievertrag alleine abschliessen, sondern muss diesen durch die Bundes-

⁴⁰ BBl 2011 421.

versammlung genehmigen lassen. Die Genehmigung in Form eines Bundesbeschlusses nach Art. 24 Abs. 3 ParlG ermöglichte die Unterstellung unter das fakultative Referendum (vgl. Rz. 36 ff.).

G. Fragestellung 6

60 Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag verlangt von den unterzeichnenden Staaten die Stärkung der Wissenschaft, der öffentlichen Gesundheit und der Pandemiekompetenz in der Bevölkerung sowie des Zugangs zu transparenten, genauen, wissenschaftlich fundierten Informationen über Pandemien und ihre Ursachen, Auswirkungen und Triebkräfte, insbesondere durch Risikokommunikation und wirksames Engagement auf Gemeinschaftsebene. Dieser Inhalt ist gegenüber dem Wortlaut aus der Vorgängerversion des Entwurfs WHO-Pandemievertrag deutlich abgeschwächt worden: Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag in der Fassung vom 30. Oktober 2023 hatte noch verlangt, dass die unterzeichnenden Staaten falsche, irreführende, fälschliche und desinformierende Informationen im Zusammenhang mit Pandemien bekämpfen.

61 Hingegen ruft Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften die Vertragsstaaten zur Entwicklung, Stärkung und Erhaltung von Kernkapazitäten zur Risikokommunikation, einschliesslich der Bekämpfung von Fehlinformationen und Desinformation, auf.

62 Art. 26 Ziff. 2 Entwurf WHO-Pandemievertrag verlangt von den Vertragsparteien, dass sie den WHO-Pandemievertrag und die Internationalen Gesundheitsvorschriften so auslegen, dass sie miteinander vereinbar sind (vgl. bereits Rz. 26). Daraus folgt, dass Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag und Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften zusammen zu betrachten sind.

63 Spricht man Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag i.V.m. Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Prepared-

ness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften unmittelbare Eingriffsqualität in die Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV und in die Medienfreiheit nach Art. 17 BV zu, dürfte die Schweiz diese Bestimmungen nicht anwenden und müsste entsprechend einen Vorbehalt anbringen. In der Schweiz bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer (formell-)gesetzlichen Grundlage gemäss Art. 36 Abs. 1 BV. Diesem Erfordernis genügen weder der Entwurf WHO-Pandemievertrag noch die Internationalen Gesundheitsvorschriften.

64 Wenn Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag i.V.m. Art. 3 lit. i Annex 1, A. Core Capacities Requirements for Prevention, Surveillance, Preparedness and Response Proposed Bureau's Text Internationale Gesundheitsvorschriften keine unmittelbare Eingriffsqualität zugesprochen würde, ist zu beachten, dass auch der «der Stärkung der Wissenschaft, der öffentlichen Gesundheit und der Pandemiekompetenz in der Bevölkerung sowie des Zugangs zu transparenten, genauen, wissenschaftlich fundierten Informationen über Pandemien und ihre Ursachen, Auswirkungen und Triebkräfte, insbesondere durch Risikokommunikation und wirksames Engagement auf Gemeinschaftsebene» in rechtlicher Hinsicht Grenzen gesetzt sind. Der Bundesrat, dem im Falle einer Pandemie die Kommunikation mit der Öffentlichkeit obliegt, muss nach seinem aktuellen Wissensstand wahr, sachlich und möglichst objektiv informieren.⁴¹ Im Falle von eidgenössischen Abstimmungen informiert er die Stimmberechtigten kontinuierlich über diese und beachtet dabei die Grundsätze der Vollständigkeit, der Sachlichkeit, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit.⁴²

65 Wie die Erfahrungen mit der Coronavirus-Pandemie gezeigt haben, ist es äusserst schwierig, Informationen als «genau» und «wissenschaftlich fundiert» einzustufen. Häufig sprach während der Coronavirus-Pandemie nicht einmal die epidemiologische Wissenschaft mit geeinter Stimme. Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag sind somit rechtliche wie auch praktische Grenzen gesetzt, weil in Pandemien stets die Möglichkeit besteht, dass sich selbst genaue

⁴¹ Leitbild Information und Kommunikation Bundesrat und Bundesverwaltung, S. 9.

⁴² Art. 10a Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR, SR 161.1).

und wissenschaftlich fundierte Informationen als unwahr herausstellen. Jedenfalls darf die Verpflichtung zur Förderung genauer und wissenschaftlich fundierter Informationen zu Pandemien in Art. 18 Ziff. 1 Entwurf WHO-Pandemievertrag nicht dazu führen, dass von der Mehrheitsmeinung abweichende Ansichten im Sinne eines «Chilling Effect» nicht mehr geäussert werden (dürfen).

H. Fragestellung 7

66 Die notrechtlichen Kompetenzen des Bundesrates sind in Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV statuiert. Gemäss Art. 184 Abs. 3 BV kann der Bundesrat Verfügungen und befristete Verordnungen erlassen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes dies erfordert. Gemäss Art. 185 Abs. 3 BV kann er, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verfügungen und befristete Verordnungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Sodann erlaubt es Art. 7 EpG dem Bundesrat, für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert. Gemäss den Materialien kommt Art. 7 EpG gegenüber Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV eine deklaratorische Wirkung zu.⁴³

67 Die Ausrufung einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite («public health emergency of international concern; PHEIC») bemisst sich anhand von Art. 12 Internationale Gesundheitsvorschriften. Demnach stellt der Generaldirektor der WHO fest, ob ein in einem Vertragsstaat entdecktes Ereignis eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite darstellt.⁴⁴ Er berücksichtigt dabei verschiedene Faktoren wie die vom Vertragsstaat bereitgestellten Informationen, den Rat des Notfallausschusses, verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse zum Ereignis sowie dessen potenziellen grenzüberschreitenden Auswirkungen.⁴⁵

⁴³ BBl 2011 365.

⁴⁴ Art. 12 Abs. 1 Internationale Gesundheitsvorschriften.

⁴⁵ Art. 12 Abs. 4 Internationale Gesundheitsvorschriften.

- 68 Der Bundesrat registriert die Erwägungen und das Endresultat. Das Vorliegen einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite führt aber nicht automatisch zur Anordnung von Massnahmen in der Schweiz geschweige denn zum Erlass von Notrecht. Vielmehr hat der Bundesrat zu prüfen, ob durch die gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht.⁴⁶ Erst wenn sich abzeichnet, dass in der Schweiz durch das betreffende Ereignis schwere Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit unmittelbar drohen, und diesen nicht mit den ordentlichen gesetzlichen Instrumentarien – primär dem EpG – beizukommen ist, stellt sich überhaupt die Frage nach dem Erlass von Notrecht.
- 69 Die diesbezüglichen Anforderungen sind hoch: Lehre und Rechtsprechung verlangen, dass sowohl eine zeitliche als auch eine sachliche Dringlichkeit gegeben ist, indem eine Gefahr über das normale Mass der Gefährdung hinausgeht und damit gewichtige Rechtsgüter erheblich oder gar existentiell bedroht sind.⁴⁷ Die Einschätzungen und das Resultat aus dem Verfahren zur Feststellung einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite werden in die Entscheidungsfindung miteinbezogen, sind jedoch nie ausschliesslich begründend. Der Erlass von Notrecht durch den Bundesrat im Kontext von gesundheitlichen Notlagen erfolgt grundsätzlich unabhängig von der Feststellung derselben gemäss Art. 12 Internationale Gesundheitsvorschriften.
- 70 Es existieren verschiedene Möglichkeiten, den Gebrauch von Notrecht durch den Bundesrat oder dessen Auswirkungen einzuschränken:
- 71 Als erstes hat die Bundesversammlung die Möglichkeit, im Geltungsbereich einer Verordnung, die vom Bundesrat gestützt auf die Notrechtsbestimmungen in der Verfassung erlassen worden ist, zu legiferieren – und somit die Verordnung überflüssig zu machen.
- 72 Eine weitere Möglichkeit besteht darin, das ordentliche Gesetzesrecht zu schärfen und auszubauen, mithin den potenziellen Anwendungsbereich von Notrecht

⁴⁶ Siehe dazu Art. 6 Abs. 1 lit. b EPG.

⁴⁷ KÜNZLI, in: BSK BV, Art. 185 N 32 f. m.V.

durch den Bundesrat zu verkleinern, und den Bundesrat dahingehend zuerst zur Prüfung der Anwendung des einschlägigen Gesetzes zu verpflichten. Im vorliegenden Fall bedeutete das, die mit einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite einhergehenden Gefahren bestmöglich zu antizipieren und im EpG abzubilden, wodurch der Anwendungsspielraum von Notrecht durch den Bundesrat in diesem Bereich eingeschränkt würde. Jedoch ist es bei gesundheitlichen Notlagen von internationaler Tragweite äusserst schwierig, bereits im Voraus Normen zu erlassen, die sämtliche sich stellenden Sachverhalte erfassen und abstrakt beschreiben. Unabhängig von einer Schärfung und einem Ausbau des EpG wird dem Bundesrat in gesundheitlichen Notlagen wohl auch künftig ein gewisser Spielraum verbleiben, um sich auf Notrechtsbestimmungen zu berufen.

73 Im Schrifttum werden überdies verschiedene Möglichkeiten diskutiert, um die Bundesversammlung in Krisensituationen besser einzubinden und ihre Stellung gegenüber dem Bundesrat zu stärken. Eine Option ist der verstärkte Einbezug parlamentarischer Kommissionen beim Erlass von notrechtlichen Verordnungen durch den Bundesrat oder eine nachträgliche Genehmigungspflicht durch das Parlament.⁴⁸

74 Der Gebrauch von Notrecht durch den Bundesrat könnte schliesslich dadurch eingeschränkt werden, dass die Verfassungsbestimmungen in Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV (und die Gesetzesbestimmung in Art. 7 EpG) abgeändert werden. Änderungen der Bundesverfassung werden gemäss Art. 140 Abs. 1 lit. a BV Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet.

I. Fragestellung 8

75 Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Die Norm bewirkt ein Anwendungsgebot, nicht jedoch ein Prüfverbot: In einem konkreten Streitfall müssen die rechtsanwendenden Behörden verfassungswidrige Bundesgesetze und Völkerrecht zwar anwenden; es steht den rechtsanwendenden Behörden

⁴⁸ Zum Ganzen SAXER/BRUNNER, in: SGK BV, Art. 185 N 88 f.

mithin nicht zu, verfassungswidrigen Bundesgesetzen und Völkerrecht die Anwendung zu versagen – und sich so über den Bundesgesetzgeber zu stellen. Indes ist es für die rechtsanwendenden Behörden zulässig, vorfrageweise zu prüfen, ob das fragliche Bundesgesetz oder der fragliche völkerrechtliche Vertrag verfassungswidrig oder verfassungskonform ist. Als erstes ist dabei zu prüfen, ob sich die Norm verfassungskonform beziehungsweise völkerrechtskonform auslegen lässt. Gelingt dies nicht und kommt die befassete Justizbehörde zum Schluss, dass eine Bestimmung verfassungswidrig ist, kann sie dies in den Erwägungen thematisieren und den Gesetzgeber dazu aufrufen, die Bestimmung abzuändern.⁴⁹

- 76 Ein Anwendungs*verbot* von verfassungswidrigen Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen wäre nur mit der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit möglich. Diese resultierte in einer Machtverschiebung vom Volk und Parlament zu den Gerichten hin und ist politisch nicht mehrheitsfähig.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

- 77 Die WHO plant, den WHO-Pandemievertrag und die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften zeitgleich zu verabschieden. Das ist insofern konsequent, als der WHO-Pandemievertrag und die angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften ein sich quasi ergänzendes, widerspruchsfreies Regelwerk darstellen.

- 78 Auch vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, für die Genehmigung des WHO-Pandemievertrags und der angepassten Internationalen Gesundheitsvorschriften das gleiche innerstaatliche Genehmigungsverfahren anzuwenden. Meines Erachtens müsste der Bundesrat beide völkerrechtlichen Verträge dem Parlament zur Genehmigung vorlegen. Über den daraufhin ergehenden Bundesbeschluss könnte sodann der Souverän abstimmen, wenn erfolgreich das fakultative Referendum ergriffen würde.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, S. 383 f.

79 Massnahmen im Zusammenhang mit der Prävention, Vorbereitung und Bekämpfung von zukünftigen Pandemien verlangen nach einer möglichst grossen demokratischen Legitimation. Fehlt diese, entsteht bei der Bevölkerung der Eindruck, man wolle ihr etwas verheimlichen. Das gilt es zu vermeiden.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Isabelle Häner