



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2020

Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts - Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage

Brunner, Florian ; Wilhelm, Martin ; Uhlmann, Felix

Abstract: Zur Bekämpfung der Coronavirus-Krise und zur Linderung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Folgen hat der Bundesrat im Frühling 2020 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV zahlreiche Notverordnungen erlassen. In ihrer Quantität und Qualität gehen die darin enthaltenen Massnahmen über die bisherigen Anwendungsfälle des intrakonstitutionellen Notrechts hinaus. In dieser «ausserordentlichen ausserordentlichen Lage» stellt sich die Frage nach ihrer Zulässigkeit. Der Beitrag geht dieser Frage nach. Die Autoren kommen zum Schluss, dass die Massnahmen des Bundesrates in weitem Umfang zulässig sind. Sie müssen allerdings im Einzelnen einer Interessenabwägung standhalten; in einzelnen Punkten mag der Bundesrat den Bogen des nach Art. 185 Abs. 3 BV Zulässigen überspannt haben. Nun ist es nötig, dass die Bundesversammlung die bundesrätlichen Massnahmen – wenn sie an ihnen festhält – möglichst rasch auf die Grundlage von parlamentarischem Recht stellt. Für diesen «Verholungsprozess» stellt dieser Aufsatz einige Leitlinien auf.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-187415>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Brunner, Florian; Wilhelm, Martin; Uhlmann, Felix (2020). Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts - Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage. Aktuelle Juristische Praxis (AJP):685-701.



Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts

Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage

FLORIAN BRUNNER*

MARTIN WILHELM**



FELIX UHLMANN***

Zur Bekämpfung der Coronavirus-Krise und zur Linderung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Folgen hat der Bundesrat im Frühling 2020 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV zahlreiche Notverordnungen erlassen. In ihrer Quantität und Qualität gehen die darin enthaltenen Massnahmen über die bisherigen Anwendungsfälle des intrakonstitutionellen Notrechts hinaus. In dieser «ausserordentlichen ausserordentlichen Lage» stellt sich die Frage nach ihrer Zulässigkeit. Der Beitrag geht dieser Frage nach. Die Autoren kommen zum Schluss, dass die Massnahmen des Bundesrates in weitem Umfang zulässig sind. Sie müssen allerdings im Einzelnen einer Interessenabwägung standhalten; in einzelnen Punkten mag der Bundesrat den Bogen des nach Art. 185 Abs. 3 BV Zulässigen überspannt haben. Nun ist es nötig, dass die Bundesversammlung die bundesrätlichen Massnahmen – wenn sie an ihnen festhält – möglichst rasch auf die Grundlage von parlamentarischem Recht stellt. Für diesen «Verholzungsprozess» stellt dieser Aufsatz einige Leitlinien auf.

Die Corona-Krise hat die Welt auf den Kopf gestellt und alle Lebensbereiche durchdrungen. Als rechtsgebietsübergreifende Publikation mit starkem Aktualitätsbezug nimmt sich die AJP der rechtlichen Fragestellungen und Auswirkungen an, die mit der Corona-Krise verbunden sind. Alle Beiträge zu dieser Krise werden unverzüglich nach der Aufbereitung durch den Verlag auf www.dike.ch/corona gestellt und sind dort kostenlos zugänglich.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Massnahmen des Bundesrats in der Coronavirus-Krise
- III. Grundlagen
 - A. Begriff des Notrechts im historischen Kontext
 - B. Grenzen des Notverordnungsrechts des Bundesrats
 1. Begrenzung nach Art. 185 Abs. 3 BV
 2. Begrenzung durch Rechtsetzungsbefugnisse des Parlaments
 3. Begrenzung durch Finanzkompetenzen des Parlaments
- IV. Beurteilung der Massnahmen des Bundesrates
 - A. Grundlage der Verordnungen
 - B. Massnahmen zur Linderung der Folgen der Massnahmen
 - C. Massnahmen contra legem und contra constitutionem
 - D. Mögliche Schlussfolgerungen
- V. Zusammenspiel von Bundesversammlung und Bundesrat
- VI. Fazit

I. Einleitung¹

Krisen zeichnen sich durch eine rasche Zuspitzung substantieller Gefahren aus. Oft bahnen sie sich langsam an und erscheinen im Rückblick erklär- und manchmal sogar absehbar. Gleichwohl überraschen im Moment, in dem

* FLORIAN BRUNNER, MLaw, Rechtsanwalt, Assistent und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Felix Uhlmann.

** MARTIN WILHELM, MLaw, Assistent und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Felix Uhlmann.

*** FELIX UHLMANN, Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich.

¹ Diesem Aufsatz liegt der Rechtsstand vom 29. April 2020 zugrunde. Wir danken Prof. Dr. Giovanni Biaggini, Prof. Dr. Andreas Kley, Prof. em. Dr. Georg Müller und lic. phil. Martin Graf für den regen Austausch über «das Notrecht» im Vorfeld dieses Aufsatzes.

sie sich manifestieren, in der Regel ihre Beschaffenheit, ihr Zeitpunkt und ihre zeitliche Dynamik, ihr Ausmass, ihre Komplexität oder eine Kombination dieser Faktoren. Weil die Wahrscheinlichkeit der baldigen Verwirklichung drastischer Gefahren hoch ist, erfordern Krisen eine *rasche Bewältigung*. Da sie in ihrer spezifischen Ausprägung meist nicht vorausgesehen werden, bestehen die nötigen Mittel dazu aber häufig nicht.

Staaten hatten in der Vergangenheit entsprechend wiederholt Krisen zu gewärtigen, die sich mit den vorgesehenen rechtlichen Massnahmen nicht oder nur unter Inkaufnahme drastischer Folgen für elementare Rechtsgüter hätten bewältigen lassen. Erforderlich waren entweder situativ angepasste oder im geltenden Recht überhaupt noch nicht vorgesehene Massnahmen. Die historische Erfahrung zeigt, dass «*Notrecht*» in solchen Situationen ein Mittel zur Bewältigung der Krise und zum Erhalt von Rechtsstaatlichkeit sein kann.² Sie zeigt aber auch, dass solches die Gefahr von Missbrauch in sich birgt und die Rückkehr zur rechtsstaatlichen Normalität steinig sein kann.³

Notrechtsklauseln sind der Versuch, dieses Dilemma aufzulösen: Sie verankern die zur Krisenbewältigung notwendigen Instrumente im (Verfassungs-)Recht und versuchen, damit im Notstand die Grundrechte, den Rechtsstaat und die Demokratie zu sichern. Auf Bundesebene erlauben es Art. 184 Abs. 3 sowie Art. 185 Abs. 3 BV⁴ dem Bundesrat, unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar gestützt auf die BV – also ohne besondere gesetzliche Grundlage – sog. «Notverordnungen» und «Notverfügungen» zu erlassen. Art. 173 Abs. 1 lit. c BV sieht ein Notverordnungs- bzw. Notbeschlussfassungsrecht der Bundesversammlung vor.

Zur Bekämpfung der Coronavirus-Krise und zur Linderung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Folgen hat der Bundesrat in den Monaten März und April 2020 von seinem in der BV vorgesehenen Notverordnungsrecht in noch nie dagewesenem Ausmass Gebrauch gemacht. So ist die gegenwärtige Krise ein Prüfstein für die bestehenden Notrechtsklauseln und für die Überführung der getroffenen Massnahmen ins ordentliche Recht. Es stellt sich die Frage, inwiefern die Massnahmen des Bundesrats bereits an die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen stossen oder mit dem Zeitablauf noch stossen

werden. Dieser Frage geht dieser Beitrag nach: Er legt die vom Bundesrat getroffenen Massnahmen dar (Ziff. II.), fasst die Grundlagen des Notrechts zusammen (Ziff. III.) und beschreibt die rechtliche Problematik der derzeit in Kraft stehenden «Corona-Notverordnungen» (Ziff. IV.). Schliesslich zeigt er den Ausweg aus dem «Notrecht» auf (Ziff. V.).

II. Massnahmen des Bundesrats in der Coronavirus-Krise

Am 28. Februar 2020 hat der Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG⁵ eine erste Verordnung⁶ erlassen und darin ein Veranstaltungsverbot angeordnet (Art. 1), um die Ausbreitung des Coronavirus und der dadurch induzierten Krankheit COVID-19 zu bekämpfen. Ab dem 13. März 2020 erliess er in hoher Kadenz weitere Verordnungen, um neben der Pandemie auch die damit einhergehende wirtschaftliche Krise zu bekämpfen.⁷ Einige Verordnungen erliess er gestützt auf eine spezifische (enge) gesetzliche Grundlage.⁸ In anderen Fällen regelte er Fragen, die ohnehin bereits auf Verordnungsstufe geregelt waren.⁹ Diese Sonderfälle sind hier nicht weiter von Interesse.

Gegenstand dieses Aufsatzes sind die nachfolgenden Verordnungen, denen «notrechtlicher» Charakter zugeschrieben wird. Das bundesrätliche Herzstück der Bekämpfung der Epidemie bildet die mittlerweile zigmal angepasste¹⁰ COVID-19-Verordnung 2¹¹, welche die

⁵ Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; SR 818.101).

⁶ Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (SR 818.101.24, AS 2020 573).

⁷ Vgl. für einen Überblick Internet: <https://www.legalis.ch/de/covid-19-updates/> (Abruf 29.4.2020).

⁸ So z.B. die mittlerweile nicht mehr in Kraft stehende Verordnung vom 18. März 2020 über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.241, AS 2020 839) oder die Verordnung vom 18. März 2020 über die Beschränkung der Abgabe von Arzneimitteln (SR 531.215.33, AS 2020 833).

⁹ So z.B. die Änderung der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. April 2020 (LGV; SR 817.02, AS 2020 1243) oder die am 27. März 2020 erfolgte Aufhebung des Anhangs 7 der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (ERV; SR 952.03, AS 2020 1105).

¹⁰ Vgl. AS 2020 783, AS 2020 841, AS 2020 863, AS 2020 867, AS 2020 869, AS 2020 1059, AS 2020 1065, AS 2020 1101, AS 2020 1131, AS 2020 1137, AS 2020 1155, AS 2020 1199, AS 2020 1245, AS 2020 1249, AS 2020 1333.

¹¹ Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (SR 818.101.24, AS 2020 773).

² Zum Begriff des Notrechts und der Kritik daran Ziff. III.A.

³ Vgl. zu Beendigung des Vollmachtenregimes nach dem Zweiten Weltkrieg etwa ANDREAS KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. A., Bern 2020, 353 f.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

Verordnung vom 28. Februar ersetzte. Ihre Grundlage ist unklar, worauf noch einzugehen sein wird (Ziff. IV.A.). Ab dem 20. März 2020 erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV verschiedene Verordnungen, welche die sozialen, politischen und vor allem wirtschaftlichen Folgen des Stillstandes des öffentlichen Lebens im Auge hatten. Es handelt sich (Stand 29. April 2020) in chronologischer Reihenfolge um:

- die Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren;¹²
- die bis zum 19. April 2020 in Kraft gewesene Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren;¹³
- die COVID-Verordnung Kultur;¹⁴
- die COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall;¹⁵
- die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung;¹⁶
- die COVID-19-Verordnung Stellenmeldepflicht;¹⁷
- die COVID-19-Verordnung berufliche Vorsorge;¹⁸
- die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung;¹⁹
- die COVID-19-Verordnung Miete und Pacht;²⁰
- die COVID-19-Verordnung Asyl;²¹

- die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht;²²
- die COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht;²³
- die COVID-19-Verordnung Entschädigung Angehörige der Armee;²⁴ sowie
- die COVID-19-Verordnung gymnasiale Maturitätsprüfungen.²⁵

Alle diese Verordnungen erliess der Bundesrat, weil er seit dem 16. März 2020 davon ausgeht, dass infolge der Coronavirus-Krise eine sog. «ausserordentliche Lage» besteht.²⁶ Das EpG unterscheidet zwischen normalen, besonderen (Art. 6 EpG) und ausserordentlichen Lagen (Art. 7 EpG). Dieser «Dreiklang» ist keineswegs eine epidemienrechtliche Besonderheit, sondern entspricht der sicherheitspolitischen Terminologie, die auch Eingang in andere Bundesgesetze (vgl. Art. 41 PBG²⁷ oder Art. 14 ZDG²⁸) sowie die BV gefunden hat (vgl. Art. 58 Abs. 2 BV für die «ausserordentliche Lage»). Die ausserordentliche Lage ist eine «Situation, die für eine grosse Zahl von Einwohnern eines Gebietes als bedrohlich erlebt wird, den normalen Lebensgang massiv stört oder verunmöglicht und daher Notrecht legitimieren kann».²⁹

¹² Verordnung vom 20. März 2020 über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren (SR 161.16, AS 2020 847).

¹³ 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, AS 2020 849).

¹⁴ Verordnung vom 20. März 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (SR 442.15, AS 2020 855).

¹⁵ Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (SR 830.31, AS 2020 871).

¹⁶ Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (SR 837.033, AS 2020 877).

¹⁷ Verordnung vom 25. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Stellenmeldepflicht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 823.115, AS 2020 1071).

¹⁸ Verordnung vom 25. März 2020 über die Verwendung von Arbeitgeberbeitragsreserven für die Vergütung der Arbeitnehmerbeiträge an die berufliche Vorsorge im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 831.471, AS 2020 1073).

¹⁹ Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (SR 951.261, AS 2020 1077).

²⁰ Verordnung vom 27. März 2020 über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen (SR 221.213.4, AS 2020 1099).

²¹ Verordnung vom 1. April 2020 über Massnahmen im Asylbereich im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 142.318, AS 2020 1125).

²² Verordnung vom 16. April 2020 über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 272.81, AS 2020 1229).

²³ Verordnung vom 16. April 2020 über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Coronakrise (SR 281.242, AS 2020 1233).

²⁴ Verordnung vom 22. April 2020 über die Entschädigung von Angehörigen der Armee im Assistenzdienstesatz zur Bewältigung der Coronapandemie (SR 834.15, AS 2020 1337).

²⁵ Verordnung vom 29. April 2020 über die Durchführung der kantonalen gymnasialen Maturitätsprüfungen 2020 angesichts der Pandemie des Coronavirus (SR 413.16, AS 2020 1399).

²⁶ Vgl. die entsprechende Medienmitteilung des Bundesrates, Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html> (Abruf 29.4.2020).

²⁷ Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz; SR 745.1).

²⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz; SR 824.0).

²⁹ Sicherheit durch Kooperation – Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 7. Juni 1999 über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOL B 2000), BBl 1999 7657 ff., 7720; vgl. auch Die Sicherheitspolitik der Schweiz – Bericht des Bundesrates vom 24. August 2016, BBl 2016 7763 ff., 7884.

III. Grundlagen

A. Begriff des Notrechts im historischen Kontext

Wenn bisher von «Notrecht» die Rede war, ist damit das sog. intrakonstitutionelle Notrechtssystem der BV gemeint, zu dem die bereits erwähnten selbständigen Verordnungs- und Verfügungsrechte des Bundesrates (Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV) sowie der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) zählen.³⁰ Im Zentrum dieses Beitrages stehen die Befugnisse des Bundesrates: Art. 184 Abs. 3 BV ermächtigt diesen, Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, «wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert». Verordnungen und Verfügungen nach Art. 185 Abs. 3 BV erlässt er hingegen, «um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen»; in der Coronavirus-Krise spielten bisher vorab «185er-Verordnungen»³¹ eine Rolle. Auf Art. 184 Abs. 3 BV ist daher nachfolgend nicht vertieft einzugehen (vgl. aber unten Ziff. IV.A.).

Die bundesrätlichen Kompetenzen zum Erlass von Notverordnungen und -verfügungen gehen zurück auf Art. 90 Ziff. 8–10 aBV (1848)³² bzw. Art. 102 Ziff. 8–10 aBV (1874)³³. Bei der Beratung der neuen BV verwarf das Parlament einen nachträglichen Genehmigungsvorbehalt der Legislative, hielt neu aber das Erfordernis der Befristung (vgl. Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV) ausdrücklich fest.³⁴ Umgekehrt lehnte es eine etwas weniger strenge Umschreibung ab, die für notrechtliche Massnahmen «ausserordentliche Umstände» voraussetzte.³⁵

Kennzeichnend für das intrakonstitutionelle Notrecht ist, dass es den Boden der Verfassung grundsätzlich (vgl. aber unten Ziff. IV.C.) noch *nicht* verlässt. Daran setzt die Kritik an, solche Verfügungen und Verordnungen als «Notrecht» zu bezeichnen.³⁶ Die Terminologie hat sich indes in einem solchen Masse eingebürgert, dass sie auch in diesem Aufsatz verwendet wird. Die verfassungsmässige Ordnung wird erst durch das in der BV nicht vorgesehene, *extrakonstitutionelle* Notrecht in Frage gestellt, dessen Erlass einen Staatsnotstand voraussetzt. Dieser ist eine qualifiziert ausserordentliche Lage, in der die Existenz des Staates oder das Überleben der Bevölkerung unmittelbar bedroht ist. Auf extrakonstitutionellem Notrecht beruhten etwa die Vollmachtenbeschlüsse in den Jahren 1914 und 1939.³⁷

Zu Beginn des neuen Jahrtausends rückten einige spektakuläre Anwendungsfälle die intrakonstitutionellen Notrechtsbefugnisse des Bundesrates schlagartig in das Bewusstsein der Öffentlichkeit und der Verfassungsrechtsdoktrin, nachdem sie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nur selten eine Rolle spielten. Der Bundesrat verbot im Nachgang der Anschläge vom 11. September 2001 die «Al-Qaïda» und andere Gruppierungen,³⁸ ordnete im «Fall Tinner» trotz laufendem Strafverfahren die Vernichtung von Akten im Zusammenhang mit Bauplänen für Atomwaffen an³⁹ und beteiligte sich an der Rettung der UBS AG.⁴⁰ Er stützte ferner im Steuerstreit mit den USA die FINMA, welche von der UBS AG Daten herausverlangte, um sie den US-amerikanischen Behörden zu übermitteln; welche Rolle dabei die notrechtlichen Befugnisse des Bundesrates spielten, ist aber nicht ganz

³⁰ RALPH TRÜMLER, Notrecht – Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Diss. Zürich 2011, Zürich 2012, N 179; vgl. auch DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen – Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, N 37 und N 41; JÖRG KÜNZLI, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Beller/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser/in), Art. 185 N 1 und N 40.

³¹ GIOVANNI BIAGGINI, «Ausserordentliche Umstände» – oder: Gefangen in der «Notrechts-Falle»? ZBl 2012, 109 f., 110.

³² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (BBl 1849 I 3).

³³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS I 1).

³⁴ Vgl. zum Ganzen BSK BV-KÜNZLI (FN 30), Art. 185 N 2 ff., m.w.H.

³⁵ URS SAXER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische

Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014 (zit. SGK BV-Verfasser/in), Art. 185 N 3 f., m.w.H.

³⁶ Vgl. nur SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 10; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. A., Zürich 2017 (zit. Komm. BV), Art. 185 N 9.

³⁷ Zum Ganzen vgl. SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 8 und N 11, m.w.H.; zu den Vollmachtenbeschlüssen siehe auch KLEY (FN 3), 305 ff. und 343 ff.

³⁸ Vgl. die Verordnung vom 7. November 2001 über Massnahmen gegen die Gruppierung «Al-Qaïda» und verwandte Organisationen (SR 122, AS 2001 3040); vgl. zum heutigen Bundesgesetz FN 133.

³⁹ Vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 19. Januar 2009, Fall Tinner: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, BBl 2009 5007 ff. (zit. Bericht Tinner) sowie die Würdigung bei SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 109 ff.

⁴⁰ Vgl. die nicht mehr in Kraft stehende (AS 2010 447) Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG (SR 611.055) sowie die Würdigung bei SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 112 ff.

klar.⁴¹ Aufgrund des verfassungsrechtlich teils fragwürdigen und als «nonchalant»⁴² empfundenen Vorgehens des Bundesrates regelte die Bundesversammlung bestimmte Fragen im Zusammenhang mit dem Notrechtsgebrauch auf gesetzlicher Stufe.⁴³ Dazu gehört insbesondere Art. 7d RVOG⁴⁴ (vgl. unten Ziff. III.B.2.c.). Im letzten Jahrzehnt wurde es wieder ruhiger um das Notrecht.⁴⁵ Nun ist es mit den «Corona-Notverordnungen» zurück.

B. Grenzen des Notverordnungsrechts des Bundesrats

1. Begrenzung nach Art. 185 Abs. 3 BV

Der Bundesrat kann nur in einer «Notrechtslage» gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV handeln. Sie setzt neben der Bundeskompetenz voraus, dass

- die öffentliche Ordnung, die innere oder die äussere Sicherheit betroffen ist (*relevantes Schutzgut*);
- für dieses Schutzgut eine unmittelbar drohende oder eingetretene, schwere Störung besteht (*sachliche Dringlichkeit*);
- Massnahmen *zeitlich dringlich* erforderlich sind; und
- keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung stehen (*Subsidiarität*).⁴⁶

Der Bundesrat hat ein weites Ermessen über die inhaltliche Ausgestaltung seiner notrechtlichen Massnahmen. Ihm sind aber dennoch Grenzen gesetzt: Die Massnahmen müssen ein öffentliches Interesse verfolgen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Die Grundrechte gelten, auch wenn Notverordnungen genügende gesetzliche Grundlagen selbst für schwere Grundrechtseinschränkungen sein können.⁴⁷ Umstritten ist, inwieweit der Bundesrat die Bundesverfassung und Bundesgesetze derogieren kann (vgl. unten Ziff. IV.C.). Notverordnungen sind nach Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV zudem zu befristen. Die Not-

verordnungskompetenz wird schliesslich durch die Gesetzgebungs- und Finanzkompetenzen des Parlaments beschränkt; auf sie ist nun einzugehen.

2. Begrenzung durch Rechtsetzungsbefugnisse des Parlaments

a. Subsidiarität zur Bundesgesetzgebung

Der Bundesrat muss zunächst die *bereits bestehenden* gesetzlichen Mittel ausschöpfen, bevor er notrechtlich tätig werden kann (Subsidiarität des Notrechts). Die Bundesversammlung kann zur Krisenbewältigung aber auch *neue* bundesgesetzliche Normen erlassen. Daraus ergibt sich ein Massstab für das Kriterium *der zeitlichen Dringlichkeit*: Ist das Parlament in der Lage, die nötigen Bestimmungen auf dem Weg der Gesetzgebung zu erlassen, entfällt die zeitliche Dringlichkeit als eine der Voraussetzungen des Notverordnungsrechts des Bundesrates. Entscheidend ist folglich die Dauer der Gesetzgebung:

- Das *ordentliche* Gesetzgebungsverfahren wird insbesondere durch die Verfahrensregeln nach Art. 156 ff. BV sowie Art. 71 ff. ParlG⁴⁸, durch die Vorschriften des VIG⁴⁹ und durch die Bestimmungen über das fakultative Referendum nach Art. 141 Abs. 1 lit. a BV bestimmt. Nach der Erarbeitung einer Gesetzesvorlage hat ein Vernehmlassungsverfahren zu erfolgen (Art. 3 Abs. 1 lit. b VIG). Den Beteiligten ist eine Frist von mindestens 3 Monaten zur Stellungnahme zur Vorlage einzuräumen (Art. 7 Abs. 3 VIG), wobei aber bei Dringlichkeit eine Verkürzung möglich ist (Art. 7 Abs. 4 VIG). Nach Verabschiedung der Botschaft und des Entwurfs an das Parlament beraten National- und Ständerat den Entwurf in der Regel während verschiedener Sessionen, was aber nicht zwingend ist. Nicht verkürzen lässt sich die Frist für das fakultative Referendum von 100 Tagen nach Art. 141 Abs. 1 BV. Kommt das Referendum zustande, muss anschliessend noch die Volksabstimmung durchgeführt werden. Im Ergebnis dauert die Hälfte aller Gesetzgebungsverfahren 33 Monate oder weniger, wobei aber ein grosser Teil auf die vorparlamentarische Phase entfällt. Der Durchschnitt liegt bei 51 Monaten.⁵⁰ Eine Beschleunigung ist möglich, erfährt aber in jedem Fall eine Gren-

⁴¹ Vgl. BGE 137 II 431 ff. sowie die Würdigung bei SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 116 ff.

⁴² Vgl. RALPH TRÜMLER, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen – Palliation mit klingendem Namen, SJZ 2012, 309 ff., 309.

⁴³ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen (AS 2011 1381).

⁴⁴ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

⁴⁵ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Zwanzig Jahre «neue» Bundesverfassung, ZBl 2020, 117 f., 118.

⁴⁶ SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 71.

⁴⁷ SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 100.

⁴⁸ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10).

⁴⁹ Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz; SR 172.061).

⁵⁰ Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamts für Justiz vom Oktober 2014, N 73, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/module-d.pdf> (Abruf 29.4.2020).

ze durch das fakultative Referendum. Es ist deshalb kaum möglich, ein Gesetz im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren in weniger als 12 Monaten in Kraft zu setzen.

- Weniger lang dauert der Erlass eines *dringlichen* Bundesgesetzes. Die Dringlicherklärung i.S.v. Art. 165 Abs. 1 BV und Art. 77 ParlG setzt die zeitliche und sachliche Dringlichkeit der Regelung, die Befristung des Gesetzes und die Zustimmung des absoluten Mehrs sowohl des Stände- und als auch des Nationalrates voraus.⁵¹ Sie ermöglicht eine Inkraftsetzung vor Ablauf der Referendumsfrist bzw. vor Abhaltung eines Referendums. Die Dauer des Gesetzgebungsprozesses verkürzt sich dadurch um etwa 6 bis 12 Monate.⁵² Auf ein Vernehmlassungsverfahren wird in der Regel verzichtet.⁵³ Beispiele zeigen, dass dringliche Bundesgesetze sehr kurzfristig erlassen und in Kraft gesetzt werden können. So wurde etwa das Bundesgesetz über die Unterstützung von Dachverbänden der Weiterbildung am 18. Januar 2012 vom Bundesrat zuhanden des Parlaments verabschiedet und von diesem am 16. März 2012 beschlossen und per 17. März 2012 in Kraft gesetzt.⁵⁴ Dringliche Erlasse weisen allerdings oft einen weit weniger hohen Umfang und Komplexitätsgrad auf als die Corona-Notverordnungen.

Die Dauer des (ordentlichen oder dringlichen) Gesetzgebungsverfahrens bestimmt, *ob* eine Notverordnung erlassen werden darf, und letztlich auch ihre Geltungsdauer. Notverordnungen müssen nämlich nicht nur befristet werden (Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV), sondern auch ins ordentliche Recht überführt werden (vgl. unten Ziff. III.B.2.c.). Die zeitliche Dringlichkeit – und damit die Zulässigkeit

der Notverordnung – fällt nachträglich weg, wenn inzwischen eine bundesgesetzliche Grundlage für die Massnahme hätte erlassen werden können.

b. Subsidiarität zur Notverordnungskompetenz des Parlaments

Die Verfassung ermächtigt die Bundesversammlung, bei Vorliegen *ausserordentlicher Umstände* Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit sowie der Unabhängigkeit und der Neutralität zu erlassen (Art. 173 Abs. 1 lit. a und b i.V.m. lit. c BV). Dieses Notverordnungsrecht ist subsidiär zur Gesetzgebungskompetenz; das Parlament darf davon nur Gebrauch davon machen, soweit die fraglichen Bestimmungen nicht oder nicht rasch genug auf dem Weg der (gegebenenfalls dringlichen) Gesetzgebung erlassen werden können.⁵⁵ Dauerhafte Regelungen müssen zudem in ordentliches Recht überführt werden, da mit dem Wegfall der ausserordentlichen Umstände auch die Voraussetzungen für den Erlass von Notverordnungen nicht mehr gegeben sind.⁵⁶ Das Parlament kann seine Notverordnungen allerdings nicht oder zumindest nicht wesentlich schneller erlassen als dringliche Bundesgesetze.⁵⁷ Es entfällt einzig die separate Abstimmung über die Dringlichkeitserklärung nach Art. 77 ParlG. Da in der Praxis bei dringlichen Gesetzen auf Vernehmlassungen in der Regel verzichtet wird, ergibt sich auch diesbezüglich kein Unterschied.

Ein wesentlicher Unterschied zur (dringlichen) Gesetzgebung liegt darin, dass Notverordnungen nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV nicht dem (nachträglichen) Referendum unterstehen. Der Erlass einer Notverordnung könnte deshalb gerade dadurch gerechtfertigt sein, dass die Durchführung eines (nachträglichen) Referendums aufgrund der Krisenlage nicht möglich ist.⁵⁸ Die Unmöglichkeit einer Abstimmung darf aber sicher nicht leichtthin angenommen werden oder gar in das Belieben einer politischen Mehrheit gestellt werden.⁵⁹ In der Vergangenheit hielt sich die Bundesversammlung nicht immer an diese Voraussetzung (vgl. FN 132). Die praktische Bedeutung des Notverordnungsrechts des Parlaments ist im Verhält-

⁵¹ BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 165 N 4; CORNELIA THELER, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014, Art. 77 N 5.

⁵² BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 165 N 2; SGK BV-TSCHANNEN (FN 35), Art. 165 N 3.

⁵³ Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b VIG i.V.m. Art. 164 Abs. 1 BV ist grundsätzlich für *alle* Bundesgesetze ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen; Art. 7 Abs. 4 VIG erlaubt bei Dringlichkeit die Verkürzung der Vernehmlassungsfrist, nicht aber den Verzicht auf die Vernehmlassung. Trotzdem wurde in der Vergangenheit (unter der Geltung einer früheren Fassung des VIG) keine Vernehmlassung durchgeführt (vgl. etwa BBl 2012 665, 668; 2014 8925, 29), auf Ergebnisse umfassenderer Vernehmlassungen zurückgegriffen (vgl. etwa BBl 2003 1163) oder es wurden nur informelle bzw. mündliche Konsultationen der Kantone durchgeführt (vgl. etwa BBl 2000 1128, 1133; 2002 7234, 7241; 2003 5615, 5616).

⁵⁴ Für dieses und weitere Beispiele vgl. die entsprechenden Aufstellungen der Bundeskanzlei, Internet: https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vr/vor_2_2_6_5.html (Abruf 29.4.2020).

⁵⁵ Vgl. SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 173 N 61 f.

⁵⁶ BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 173 N 14.

⁵⁷ Vgl. SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 173 N 62; BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 173 N 12.

⁵⁸ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 173 N 12; SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 173 N 42; AGATA ZIELNIEWICZ, Zur stärkeren Beteiligung der Bundesversammlung in ausserordentlichen Lagen, Parlament 13 (2010) 24 ff., 28.

⁵⁹ Ähnlich CAROLINE LEHNER, Notverordnungsrecht, Diss. Bern 2015, Bern 2016, 158.

nis zu jenem des Bundesrats klein.⁶⁰ Die Lehre sieht in ihm vor allem ein «Modifikations- und Annullationsrecht»⁶¹ in Bezug auf Notverordnungen des Bundesrats, denn parlamentarische Notverordnungen gehen diesen vor.⁶² Die Bundesversammlung kann eine Notverordnung des Bundesrates zwar auch mit einem dringlichen Bundesgesetz ausser Kraft setzen oder übersteuern. Soweit es aber nur *kurzfristige Eingriffe* vornehmen will und (noch) keine Überführung von Massnahmen ins ordentliche Recht anstrebt, kann eine Parallelität der Formen durchaus angezeigt sein.⁶³

c. Ausserkrafttreten nach Art. 7d Abs. 2 RVOG

Auf Gesetzesstufe statuiert Art. 7d Abs. 2 RVOG eine «Vorlagefrist» bzw. einen Ablösungsmechanismus: Die (befristete) bundesrätliche Notverordnung tritt sechs Monate nach ihrer Inkraftsetzung ausser Kraft, wenn der Bundesrat dem Parlament bis dahin keinen Entwurf für einen Ersatzerlass vorlegt (Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG). Legt der Bundesrat einen solchen rechtzeitig vor, tritt die Verordnung später ebenfalls ausser Kraft, wenn der Ersatzerlass entweder abgelehnt wurde (Art. 7d Abs. 2 lit. b RVOG) oder selbst in Kraft getreten ist (Art. 7d Abs. 2 lit. c RVOG). Art. 7d Abs. 1 RVOG wiederholt Art. 185 Abs. 3 BV. Art. 7d RVOG enthält keine zusätzlichen inhaltlichen Schranken für das Notverordnungsrecht des Bundesrats; die Bestimmung stellt vielmehr sicher, dass bundesrätliche Notverordnungen durch parlamentarische Erlasse ersetzt werden. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) postulierte dazu in ihrem Bericht, der als Grundlage für die neuen Bestimmungen diente: «Demokratie und Rechtsstaat verlangen [...], dass die normale demokratische Kompetenzordnung so rasch wie möglich wieder hergestellt wird.»⁶⁴ Art. 7d RVOG stellt entsprechend sicher, dass der verfassungsmässigen

Kompetenzordnung und der in Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV vorgesehenen Befristung der bundesrätlichen Notverordnungen auch tatsächlich Nachachtung verschafft wird. Dem Bericht der SPK-N lässt sich weiter entnehmen, dass der Bundesrat «bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung bedenken [soll], wie er ihren Inhalt in naher Zukunft dem Parlament unterbreitet, falls die Verordnung nicht ohnehin nur für kurze Zeit Geltung haben soll».⁶⁵

3. Begrenzung durch Finanzkompetenzen des Parlaments

Indirekte Schranken ergeben sich durch die Finanzkompetenzen des Parlaments. Soweit der Bundesrat zur Umsetzung der in den Notverordnungen vorgesehenen Massnahmen auf dringliche Verpflichtungs- oder Nachtragskredite angewiesen ist, muss er vorgängig die Zustimmung der Finanzdelegation einholen (Art. 28 Abs. 1 bzw. Art. 34 Abs. 1 FHG⁶⁶). Das Parlament genehmigt die Kredite nachträglich (Art. 28 Abs. 2 bzw. Art. 34 Abs. 2 FHG), dies gegebenenfalls während einer ausserordentlichen Session (Art. 28 Abs. 4 bzw. Art. 34 Abs. 4 FHG).

IV. Beurteilung der Massnahmen des Bundesrates

A. Grundlage der Verordnungen

Was ist das «Ausserordentliche» an der derzeitigen ausserordentlichen Lage, wie der Titel dieses Beitrages impliziert? Die Corona-Notverordnungen illustrieren einerseits die bekannten Problematiken des Notrechts in neuem Licht und in einem seit den Vollmachtenbeschlüssen nicht gekannten Masse. Begegnete die Landesregierung in den letzten Jahren mit ihren notrechtlichen Massnahmen immer nur *punktuell* sachlich und zeitlich *begrenzten* Krisensituationen, regiert sie nun schon über einige Wochen hinweg – zwar nicht ausschliesslich, aber doch in sehr vielen Sachgebieten – auf der Grundlage ihrer Notkompetenzen, die sie zudem weit interpretiert (vgl. unten Ziff. IV.); immerhin ist der Ausstieg aus dem Notregime inzwischen etwas fassbarer geworden. Andererseits hat die Coronavirus-Krise aber auch zu besonderen, in dieser Form neuen notrechtlichen Phänomenen geführt; dazu gehört das parallele Vorgehen mittels Massnahmen, die

⁶⁰ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 173 N 12; TRÜMLER (FN 30), N 233 und N 299; SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 173 N 66.

⁶¹ SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 173 N 7 und N 29; gleich auch TRÜMLER (FN 30), N 299; ZIELNIEWICZ (FN 58), 26.

⁶² Vgl. BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 173 N 12; TRÜMLER (FN 30), N 233 und N 299; SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 173 N 66.

⁶³ Zu bedenken ist etwa, dass ein rechtliches Vakuum entstehen könnte, wenn das dringliche Bundesgesetz, welches die exekutive Notverordnung ersetzt, modifiziert oder annulliert, im nachträglichen Referendum von den Stimmberechtigten abgelehnt würde.

⁶⁴ Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 5. Februar 2010 zur parlamentarischen Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBl 2010 1563 ff. (zit. Bericht Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen), 1577.

⁶⁵ Bericht Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen (FN 64), 1582 f.

⁶⁶ Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz; SR 611.0).

sich gegen die Pandemie richten, und solchen, die auf die Bewältigung der sozialen und wirtschaftlichen Krise gerichtet sind (vgl. unten Ziff. IV.B.).

Die Corona-Notverordnungen stützte der Bundesrat – mit einigen Ausnahmen, auf die sogleich eingegangen wird – *ausschliesslich* auf Art. 185 Abs. 3 BV. Bisher (vgl. FN 38 ff.) wandte er die Bestimmung nie an, ohne gleichzeitig auch Art. 184 Abs. 3 BV anzurufen.⁶⁷ Betroffen waren jeweils nach der Ansicht des Bundesrates stets auch die aussenpolitischen Interessen der Schweiz (ausserhalb der von Art. 185 Abs. 3 BV erfassten äusseren Sicherheit). Umgekehrt handelte er in der Vergangenheit aber alleine auf der Grundlage von Art. 184 Abs. 3 BV, so z.B. bei der Blockierung von in der Schweiz gelegenen Vermögen ausländischer Personen während des Arabischen Frühlings.⁶⁸ Art. 185 Abs. 3 BV erlangte nun also zum ersten Mal als alleinige Notrechtsgrundlage selbständigen Charakter.

Im *Ingress* geben Bundeserlasse die Bestimmungen im übergeordneten Recht an, die zur Rechtsetzung ermächtigen.⁶⁹ Die COVID-Verordnung Kultur sowie die Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren stützen sich *neben* Art. 185 Abs. 3 BV auch auf Art. 46 KFG⁷⁰ bzw. Art. 91 BPR⁷¹. Es handelt sich dabei um die gesetzliche Ermächtigung an den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen. Demgegenüber verweist der Bundesrat im *Ingress* der COVID-19-Verordnung Sport neben Art. 185 Abs. 3 BV integral auf das SpoFöG⁷², auch wenn Art. 30 Abs. 1 SpoFöG ebenfalls eine Ermächtigung zum Erlass von Ausführungsbestimmungen enthielte. Weshalb der Bundesrat seine Verordnungen nur in diesen Fällen auch auf das entsprechende Sachgesetz abstützt, ist nicht ganz klar.

Auch Bundesgesetze in den anderen betroffenen Sachbereichen enthalten Normen, die den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigen (vgl. etwa Art. 109 AVIG⁷³ oder Art. 119 AsylG⁷⁴). Zudem sollen nach den Gesetzestechnischen Richtlinien nur «ausnahmsweise» mehrere Erlasse aufgeführt werden;⁷⁵ dennoch kommt es häufig vor.⁷⁶

Ohnehin ist aber fraglich, weshalb der Bundesrat im Zusammenhang mit notrechtlichem Handeln solche Gesetzesbestimmungen anruft: Wenn das geltende Recht eine genügende Grundlage für Verordnungen bietet, besteht an sich gar kein Raum für den Erlass von Notverordnungen (vgl. oben Ziff. III.B.1.). Geht der Bundesrat davon aus, dass er (jedenfalls teilweise) Vollziehungsverordnungen erliess? «Ausführungsbestimmungen» haben i.d.R. nur vollziehenden Charakter. Weil die Notverordnungen weitgehende, in den Gesetzen nicht angelegte Instrumente einführen und dadurch neue Rechte und Pflichten schaffen, wäre ein solcher Schluss für weite Bereiche der Verordnungen unzutreffend. Ein Verweis auf die Berechtigung zum Erlass von «Ausführungsbestimmungen» wäre zudem bloss deklaratorisch, denn diese folgt bereits aus Art. 182 Abs. 2 BV.⁷⁷ Erliess der Bundesrat also im Wesentlichen gesetzesvertretende Verordnungsbestimmungen? Dann wären Art. 46 KFG und Art. 91 BPR *ungenügende* Delegationsnormen, denn aus ihnen ergeben sich nicht im Geringsten die Grundzüge der nun in den Corona-Verordnungen getroffenen Regelungen. Zudem ist es ja gerade die Eigenheit von selbständigen Verordnungen (wozu diejenigen nach Art. 185 Abs. 3 BV gehören), dass sie die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation nicht erfüllen müssen.⁷⁸ Im Fall von Art. 91 BPR kommt hinzu, dass die Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren Bestimmungen der BV und des BPR derogiert (vgl. unten Ziff. IV.C.); dies ist bei der Gesetzesdelegation unzulässig, sofern nicht das Ge-

⁶⁷ BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 185 N 12a.

⁶⁸ Vgl. die Verordnung vom 2. Februar 2011 über Massnahmen gegen gewisse Personen aus der Arabischen Republik Ägypten (SR 946.231.132.1) und die Verordnung vom 19. Januar 2011 über Massnahmen gegen gewisse Personen aus Tunesien (SR 946.231.175.8). Beide Verordnungen wurden später auf eine neu geschaffene gesetzliche Grundlage gestellt. Die Ägypten-Verordnung wurde per 20. Dezember 2017 aufgehoben (AS 2017 7653), die Tunesien-Verordnung hat nach wie vor Bestand (Verordnung vom 25. Mai 2016 über die Sperrung von Vermögenswerten im Zusammenhang mit Tunesien [SR 196.127.58]).

⁶⁹ Vgl. die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes (GTR), N 235 i.V.m. N 22 ff., Internet: <https://www.bk.admin.ch/apps/gtr/de/> (Abruf 29.4.2020).

⁷⁰ Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 über die Kulturförderung (Kulturförderungsgesetz; SR 442.1).

⁷¹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1).

⁷² Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über die Förderung von Sport und Bewegung (Sportförderungsgesetz; SR 415.0).

⁷³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0).

⁷⁴ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31).

⁷⁵ Vgl. die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes (FN 69), N 235 i.V.m. N 26.

⁷⁶ Vgl. im Zusammenhang mit dem Coronavirus etwa die Verordnung vom 20. März 2020 über den befristeten Verzicht auf Verzugszinsen bei verspäteter Zahlung von Steuern, Lenkungsabgaben und Zollabgaben sowie Verzicht auf die Darlehensrückerstattung durch die Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredit (SR 641.207.2).

⁷⁷ Vgl. BSK BV-KÜNZLI (FN 30), in: Art. 182 N 18; BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 182 N 4.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020 [im Erscheinen], N 368 f.

setz selbst den Bundesrat dazu ermächtigt (was bei Art. 91 BPR nicht ersichtlich ist). Es wäre wünschenswert, wenn in Zukunft im Falle mehrfacher Grundlagen kenntlich gemacht würde, welche Bestimmungen auf Art. 185 Abs. 3 BV und welche auf dem Gesetz gründen.

Die Grundlage von Verordnungen ist insbesondere relevant für die Anwendung von Art. 7d RVOG. Nach ihrem Wortlaut ist die Bestimmung nur auf Verordnungen i.S.v. Art. 185 Abs. 3 BV anwendbar, nicht aber auf unselbständige Verordnungen. Besonders drängend stellt sich die Frage der Grundlage für die COVID-19-Verordnung 2. Die Fassung vom 13. März 2020⁷⁹ nannte in ihrem Ingress neben einigen Bestimmungen des EpG auch die Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV als Grundlage. Die Fassung vom 16. März 2020 (in Kraft getreten am 17. März 2020⁸⁰) stützte der Bundesrat nur auf Art. 7 EpG. Seit der Fassung vom 18. März 2020 (in Kraft getreten am 19. März 2020⁸¹) ruft er zusätzlich zu Art. 7 EpG das FZA⁸² sowie den Schengener Grenzkodex⁸³ an. Das «Gastspiel» von Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV dauerte also nur einige wenige Tage. Interessanterweise ging der Bundesrat erst ab dem 16. März von einer ausserordentlichen Lage aus (FN 26) – er stützte sich also noch während des Bestehens einer *besonderen* Lage auf das intrakonstitutionelle Notrecht und verliess die Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV in der ausserordentlichen Lage, auch wenn die Bestimmungen ja *erst jetzt* anwendbar gewesen wären.

Dieser «Abstützungsverlauf» mag eine Kuriosität sein, die der zeitlichen Dringlichkeit geschuldet war. Sie weist aber auf den eigentümlichen Charakter von Art. 7 EpG hin. Nach dieser Norm kann der Bundesrat, wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, «für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen». Sie dient ebenso wie Art. 185 Abs. 3 BV als Grundlage für Massnahmen, deren Natur, Umfang und Eingriffsschwere mangels Vorhersehbar-

keit der im Krisenfall bestehenden Herausforderungen nicht im Voraus bestimmt werden können. Darin ähnelt sie anderen bundesgesetzlichen Normen (vgl. z.B. Art. 7d Abs. 1 RVOG, der allerdings ausdrücklich auf Art. 185 Abs. 3 BV Bezug nimmt).

Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Normen auf.⁸⁴ Zunächst kann Art. 7 EpG als Bestimmung deklaratorischer Natur angesehen werden, die dem Bundesrat keine neuen oder weitergehenden Befugnisse verleiht, sondern bloss diejenigen in Art. 185 Abs. 3 BV wiederholt. Bisweilen wird Art. 7 EpG in der Lehre aber auch als «Ermächtigungsnorm»⁸⁵ oder als spezialgesetzliche bzw. «epidemiologische»⁸⁶ Generalklausel betrachtet, die Art. 185 Abs. 3 BV vorgehe.⁸⁷ Ein Unterschied bestehe etwa darin, dass die Anwendung von Art. 7 EpG sachlich auf den Anwendungsbereich des Epidemiengesetzes (vgl. Art. 1 und 2 EpG) beschränkt sei, während dies bei Art. 185 Abs. 3 BV freilich nicht der Fall sei;⁸⁸ dies trifft sicherlich zu.

Gegen die konstitutive Natur der Bestimmung sprechen aber zunächst die Materialien zum EpG. In der Botschaft hielt der Bundesrat unzweideutig fest, dass Art. 7 EpG «deklaratorischer Natur»⁸⁹ ist. Demnach wiederholt die Norm ohne eigenen normativen Anspruch auf Gesetzesstufe bloss das, was die BV ohnehin stipuliert. Ferner erwähnte der Bundesrat an derselben Stelle das «konstitutionelle Notstandsrecht» und seine Voraussetzungen, ohne in irgendeiner Weise darauf hinzuweisen, dass zwischen ihm und Art. 7 EpG ein Unterschied bestehen könnte.⁹⁰ Dafür spricht auch die Tatsache, dass Art. 7 EpG keinerlei Restriktionen bezüglich Art, Umfang und Dauer der zulässigen Massnahmen vorsieht.⁹¹ Der Bundesrat verwies

⁷⁹ AS 2020 773.

⁸⁰ AS 2020 783.

⁸¹ AS 2020 841.

⁸² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁸³ Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 vom 23. März 2016, 1 (zuletzt geändert durch Verordnung [EU] 2017/458, ABl. L 74 vom 18. März 2017, 1); vgl. auch den entsprechenden Notenaustausch vom 4. Mai 2016 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend Übernahme der Verordnung (EU) 2016/399 (SR 0.362.380.067).

⁸⁴ Dazu ausführlich, aber mit anderen Schlussfolgerungen GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 239 ff., 260 ff.; ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 268 ff.

⁸⁵ Vgl. hierzu TRÜMLER (FN 30), FN 127 und N 181 ff.

⁸⁶ BIAGGINI (FN 84), 260.

⁸⁷ Vgl. auch BIAGGINI (FN 84), FN 113.

⁸⁸ Vgl. BIAGGINI (FN 84), 261; BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 185 N 12a; TRÜMLER (FN 30), FN 127 und N 181 ff.

⁸⁹ Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2011 311 ff. (zit. Botschaft EpG), 365.

⁹⁰ Botschaft EpG (FN 89), 366.

⁹¹ Die Schranken nach Art. 30 EpG beziehen sich nur auf die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen nach Art. 33 ff. EpG (vgl. Art. 30 Abs. 1 EpG), nicht aber auf die gesetzlich nicht spezifisch vorgesehenen nach Art. 7 EpG. Nach dem Wortlaut von Art. 7 EpG wird

in seiner Botschaft schliesslich auf die damals noch erlassenen, aber bereits geplanten gesetzlichen Bestimmungen zum Rückbau bzw. zur Ablösung des Notrechts (vgl. FN 43).⁹²

Die historische Auslegung spricht damit klar für den deklaratorischen Charakter von Art. 7 EpG. Ihr kommt, weil das EpG ein junges Gesetz ist, nicht unerhebliches Gewicht zu.⁹³ Ein weiteres Argument dafür liegt in der Unbestimmtheit von Art. 7 EpG und den prozessualen Überprüfungsmöglichkeiten. Als Gegengewicht zur Unbestimmtheit von Notrechtsklauseln müssen grund- und verfahrensrechtliche Grenzen greifen. Dies ist der Fall, wenn sich eine Verordnung auf Art. 185 Abs. 3 BV stützt: Dem Bundesrat sind hier durch die Anwendungsvoraussetzungen (vgl. oben Ziff. III.B.1.) und Art. 7d RVOG inhaltliche und zeitliche Schranken gesetzt. Zudem können bundesrätliche Notverordnungen im Anwendungsfall u.U. akzessorisch überprüft werden.⁹⁴ Art. 7 EpG ist hingegen bedeutend offener formuliert und setzt dem Bundesrat kaum Grenzen. Zudem wäre davon auszugehen, dass die gestützt auf Art. 7 EpG erlassene bundesrätliche Verordnung durch Art. 190 BV in erheblichem Umfang «immunisiert» und eine akzessorische Normenkontrolle deshalb in weiten Bereichen nicht zulässig wäre.

Aus unserer Sicht ist deshalb Art. 185 Abs. 3 BV, und nicht Art. 7 EpG, als *eigentliche* Grundlage der COVID-19-Verordnung 2 anzusehen, obwohl dies so aus dem Ingress nicht hervorgeht. Entsprechend greift der Mechanismus von Art. 7d RVOG auch bei der COVID-19-Verordnung 2: Dieser ist auch auf Verordnungen anwendbar, die materiell eigentlich «185er-Verordnungen» sind, aber in ihrem Ingress formell auf eine deklaratorische Gesetzesbestimmung Bezug nehmen. Diese Schlussfolgerung gilt jedenfalls für den Teil der COVID-19-Verordnung 2, der sich *nicht* auf das FZA und den Schengener Grenzkodex stützt; die Frage, wie die Rückkehr zur Normalität beim Grenzverkehr und seiner Kontrolle (Art. 3 ff. COVID-19-Verordnung 2) aussieht, sei hier ausgeklammert.

B. Massnahmen zur Linderung der Folgen der Massnahmen

Eine Besonderheit der derzeitigen ausserordentlichen Lage besteht darin, dass der Bundesrat nicht bloss

«Primärmassnahmen»⁹⁵ zur unmittelbaren Bekämpfung der Epidemie traf, sondern auch – oder vor allem – «Sekundärmassnahmen», die der Linderung oder «Abfederung»⁹⁶ der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der «Pandemiemassnahmen» dienen. Die eigentliche Notrechtslage bestand zunächst in der Bedrohung durch das Coronavirus bzw. COVID-19. Sie rechtfertigte die Anordnungen zur Bekämpfung der Epidemie bzw. Pandemie, die in der COVID-19-Verordnung 2 getroffen wurden, und andere behördliche Massnahmen (so etwa der Aufruf, zu Hause zu bleiben und die *Social-distancing*-Regeln einzuhalten). Diese Massnahmen führten (mit) zu einem Stillstand der Wirtschaft – was wiederum eine Notrechtslage auslöste oder zumindest verschärfte, gegen die der Bundesrat die in den FN 12 ff. erwähnten Notverordnungen erliess.

Innerhalb dieser «Kausalkette» *reagierte* der Bundesrat nicht nur auf einen Notstand, sondern begünstigte auch durch seine eigenen Massnahmen selbst eine weitere Notrechtslage; sozial- und wirtschaftspolitisch dürfte das Vorgehen aber alternativlos gewesen sein, denn ein Pandemie-Dispositiv *ohne* sozial- und wohlfahrtsstaatliche Begleitmassnahmen hätte zu noch höheren, nicht tragbaren wirtschaftlichen und sozialen Kosten geführt.

In der Rechtswissenschaft gibt es Stimmen, die sozial- und wirtschaftspolitische Anliegen nicht als zulässige Schutzgüter von Art. 185 Abs. 3 BV betrachten.⁹⁷ Entsprechend wird auch die Zulässigkeit der Coronavirus-Verordnungen in Zweifel gezogen.⁹⁸ Die Kritik wurde schon anlässlich der Rekapitalisierung der UBS AG vorgetragen,⁹⁹ die letztlich in der ökonomischen bzw.

⁹⁵ Vgl. zur Terminologie die Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht vom 16. April 2020, 3, Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-04-16/erlaeuterungen-covid19-justiz-d.pdf> (Abruf 29.4.2020).

⁹⁶ So der Titel der COVID-Verordnung Kultur und der COVID-19-Verordnung Miete und Pacht.

⁹⁷ Vgl. BSK BV-KÜNZLI (FN 30), Art. 185 N 36.

⁹⁸ Vgl. BIAGGINI (FN 84), 253 f.

⁹⁹ Vgl. (auch mit Blick auf die teils als fehlend erachtete Unmittelbarkeit der Bedrohung) MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Verfügungsrechte in der Kritik, ZBl 2010, 409 ff., 438 f.; ANDREAS LIENHARD/AGATA ZIELNIEWICZ, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 2012, 111 ff., 135 ff.; DIES., Finanzhilfen wie im Fall UBS bedürfen einer neuen gesetzlichen Ausgestaltung – Der Bundesrat mit dem Erlass der Notverordnung für den Milliardenkredit verfassungsrechtlich auf dünnem Eis, NZZ vom 16. Februar 2009, 8; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich 2016, N 1867b. Die Zulässigkeit bejahend SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 112 ff.; krit., im Er-

nicht einmal klar, ob Verordnungen auch unter den Begriff «Massnahmen» fallen.

⁹² Botschaft EpG (FN 89), 365 f.

⁹³ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 78), N 181, m.w.H.

⁹⁴ Vgl. SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 90 i.V.m. Art. 173 N 75.

wirtschaftspolitischen Notwendigkeit gründete, die katastrophalen volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Unterganges der UBS AG abzuwenden.¹⁰⁰ Wohl auch aufgrund dieser Kritik taxierte das Bundesgericht später die Datenherausgabe im Fall UBS/FINMA über einen nicht ganz überzeugenden¹⁰¹ Umweg als wirtschaftspolizeiliche Massnahme.¹⁰²

Gewiss hat Art. 185 Abs. 3 BV einen prononciert sicherheitsrechtlichen Charakter. Massnahmen zur Bekämpfung einer Epidemie sind deshalb eines der Lehrbuchbeispiele, in denen die Bestimmung anwendbar ist.¹⁰³ Es greift unseres Erachtens aber zu kurz, die Norm generell auf den Schutz von Polizeigütern beschränken zu wollen.¹⁰⁴ Teile der Lehre weisen zu Recht darauf hin, dass die «öffentliche Ordnung» und die «innere Sicherheit» eine staatspolitische Dimension aufweisen und auch zeitgemässe Sicherheitsaspekte berücksichtigen können. Massnahmen nach Art. 185 Abs. 3 BV können deshalb auch zum Schutz anderer, nichtpolizeilicher Schutzgüter ergehen, sofern sie von fundamentaler Bedeutung sind und ihre Bedrohung so schwer wiegt, dass notrechtliches Handeln gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung als gerechtfertigt erscheint.¹⁰⁵ Namentlich kann der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV wirtschaftlichen Desastern begegnen.¹⁰⁶

gebnis aber ebenso BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 185 N 12a («ein verfassungsrechtlicher Makel bleibt gleichwohl»).

¹⁰⁰ Botschaft vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBl 2008 8943 ff. (zit. Botschaft Massnahmenpaket), 8958.

¹⁰¹ Hierzu SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 77; vgl. auch den Gegenantrag des Koreferenten, Bundesrichter PETER KARLEN, abgedruckt in ZBl 2012, 30 ff.

¹⁰² BGE 137 II 431 E. 4.1.

¹⁰³ Vgl. BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 8.2.2; SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 75.

¹⁰⁴ Vgl. etwa BGE 137 II 431, E. 4.1 S. 445 f.; BSK BV-KÜNZLI (FN 30), Art. 185 N 36.

¹⁰⁵ Vgl. etwa SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 78 f.; TRÜMPLER (FN 30), N 282; RECHSTEINER (FN 30), N 447 ff. Vgl. auch SCHOTT/KÜHNE (FN 99), 438; LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 99), 125 f.

¹⁰⁶ LUZIUS MADER, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten?, Die Fälle Swissair und UBS, in: Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, SVVOR Jahrbuch 2009, Bern 2010, 107 ff., 112; ihm folgend SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 79; RECHSTEINER (FN 30), N 449; FELIX UHLMANN, Kurzgutachten vom 19. März 2020 zuhanden des Kantonsrates Zürich, Kompetenzen des Kantonsrates unter dem Notverordnungsrecht (Coronavirus) und weitere Fragen, N 21, Internet: <https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/uhlmann/Corona.html> (Abruf 29.4.2020); vgl. auch Botschaft Massnahmenpaket (FN 100), 8968.

Der Bundesrat ergänzte seine stark *belastenden* Massnahmen zur Bekämpfung der Krise (insb. die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit) mit *begünstigenden* Massnahmen wie z.B. der Gewährung von Solidarbürgschaften (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) oder der Ausdehnung der Regeln über die Kurzarbeit zur Verhinderung von Entlassungen (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Unseres Erachtens war dies nicht bloss wirtschafts- und sozialpolitisch angezeigt, sondern wegen grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates und des Verhältnismässigkeitsprinzips in einem erheblichen Umfang auch verfassungsrechtlich geboten.¹⁰⁷ So gesehen liegen nicht separate, getrennt zu behandelnde Notrechtslagen vor, sondern eine einzige, komplexe Bedrohungslage, welcher der Bundesrat mit unterschiedlichen Massnahmen beikommen musste.

Damit soll einem leichtfertigen Anrufen von Art. 185 Abs. 3 BV keineswegs das Wort geredet werden, sind die Voraussetzungen doch hoch; sie müssen dies aus rechtsstaatlichen Überlegungen auch sein. Je länger die Kausalkette von der eigentlichen Pandemie hin zum zu bekämpfenden (sozialen oder wirtschaftlichen) Missstand ist, desto weniger bildet das intrakonstitutionelle Notrecht eine Handlungsgrundlage. An welchem Punkt die Kausalkette zwischen der ursprünglichen Notlage und einem damit zusammenhängenden, aber doch weiter entfernten Problem schliesslich «reisst», kann aber nur im Einzelfall gesagt werden. Jedenfalls liegen wohlfahrtstaatliche Massnahmen, die angesichts der derzeitigen Lage zwar «nice to have», aber zur Abwendung der sozialen und wirtschaftlichen Krise sachlich nicht notwendig sind, in der Kompetenz des Parlaments; Art. 185 Abs. 3 BV bietet dem Bundesrat dafür keine Grundlage.

C. Massnahmen contra legem und contra constitutionem

Ausserordentlich ist an der jetzigen ausserordentlichen Lage schliesslich die Quantität und die Qualität, in der die bundesrätlichen Verordnungen die BV und Bundesgesetze derogieren (Massnahmen *contra constitutionem* und *contra legem*). Gegen Verfassungsbestimmungen verstossen etwa:

¹⁰⁷ Für die Problematik entschädigungsloser Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit vgl. PAUL RICHLI, zit. in: Lorenz Honegger, Jurist fordert: Bund soll Teil der Mieten bezahlen, Schweiz am Wochenende vom 18. April 2020, 3.

- die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren,¹⁰⁸ weil sie auch für kantonale Verwaltungsverfahren gilt (Art. 1), obwohl deren Regelung in die kantonale Organisationsautonomie und damit in die kantonale Zuständigkeit¹⁰⁹ fällt (Art. 47 Abs. 2 BV);
- die Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren, weil die stillstehenden Fristen in Wahrheit *verfassungsrechtliche* Fristen sind (Art. 139 Abs. 1 BV [«innert 18 Monaten»], Art. 141 Abs. 1 BV [«innerhalb von 100 Tagen»]), auch wenn die Verordnung sie als «gesetzliche Fristen» bezeichnet;¹¹⁰ und
- Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur, wonach «gegen Entscheide in Vollzug dieser Verordnung» keine Rechtsmittel offenstehen, weil dies gegen die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV verstösst.¹¹¹

¹⁰⁸ Vgl. dazu auch BIAGGINI (FN 84), 256 (auch m.H. auf die Befreiung der Postfinance AG vom Kreditverbot im Rahmen der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung).

¹⁰⁹ Vgl. SGK BV-EGLI (FN 35), Art. 47 N 20; BSK BV-BELSER/MASSÜGER (FN 30), Art. 47 N 15.

¹¹⁰ Art. 1 Abs. 1 lit. a der VO nennt beispielsweise die «Frist zur Einreichung von Unterschriftenlisten für eine Volksinitiative nach Artikel 71 BPR». Art. 71 BPR wiederholt auf gesetzlicher Stufe bloss die verfassungsrechtliche Frist von 18 Monaten gemäss Art. 139 Abs. 1 BV. Noch deutlicher verfassungsrechtlicher Natur ist die in Art. 1 Abs. 2 der VO genannte «Referendumsfrist nach Artikel 59a BPR». Art. 59a BPR nennt selbst überhaupt keine Frist, sondern verweist auf «die Referendumsfrist», womit die Frist nach Art. 141 Abs. 1 BV gemeint ist. Freilich war die Sammelfrist beim fakultativen Referendum früher, vor der Reform der Volksrechte im Jahr 2003, nur gesetzlich (aArt. 59 BPR) und nicht in der BV geregelt. Die Bestimmung ist nicht mehr in Kraft (AS 2008 3437, 3440). Vgl. zum Ganzen auch GIOVANNI BIAGGINI, Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 277 ff.

¹¹¹ Der Rechtsschutz ist in der Kulturförderung traditionell relativiert. So ist z.B. die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht (Art. 83 lit. k BGG). Dies trifft auf die Leistungen der COVID-Verordnung Kultur zu, denn auf sie besteht kein Rechtsanspruch (Art. 3 Abs. 2). Dennoch sind die Behörden bei der Vergabe von Förderleistungen auch dann an die Verfahrensgrundrechte gebunden, wenn *kein* Rechtsanspruch darauf besteht (vgl. FELIX UHLMANN/ANDREA F. G. RASCHÈR/EVA SCHEIFELE/MARTIN WILHELM, Kulturförderung, in: Peter Mosimann/Marc André Renold/Andrea F. G. Raschèr, Kultur, Kunst, Recht, 2. A., Basel 2020 [im Erscheinen], Kap. 4 N 101). Die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV ist anwendbar, weil Verfahren über abgelehnte Gesuche «Rechtsstreitigkeiten» im Sinne dieser Bestimmung betreffen (vgl. auch SGK BV-KLEY (FN 35), Art. 29a N 9; BGE 143 I 336, E. 4.1). Der *vollständige* Ausschluss von Rechtsmitteln steht in einem Widerspruch zur Rechtsweggarantie, der über die erwähnte Relativierung des Rechtsschutzes hinausgeht. Art. 29a Satz 2 BV sieht die Möglichkeit von Ausnahmen «durch Gesetz» vor. Ob

Viele in den Verordnungen enthaltene Massnahmen derogieren Bundesgesetze und zwar in einem bisher nicht gekannten Mass. Der Bundesrat bringt dies ganz offen zum Ausdruck, in dem er in den Verordnungen die Formulierung «In Abweichung von ... [Bestimmung eines Bundesgesetzes]» verwendet, so z.B. in:

- Art. 6 und Art. 8 Abs. 5 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall;
- Art. 1 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4, Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht;
- Art. 2, Art. 3, Art. 5, Art. 6, Art. 7 Abs. 1, Art. 8, Art. 9 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht;
- Art. 2, Art. 3, Art. 4 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht;
- Art. 1–5, Art. 7, Art. 8b–8h COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; sowie
- Art. 1–3 COVID-19-Verordnung Stellenmeldepflicht.

Daneben traf der Bundesrat auch Massnahmen *contra legem*, ohne die «Abweichungs-Formulierung» zu verwenden, etwa indem er erlaubt, dass die gesetzlichen Verfahrensfristen des AsylG «angemessen überschritten werden» können (vgl. Art. 8 COVID-19-Verordnung Asyl).

Die Diskussion, ob intrakonstitutionellen Notrechtsmassnahmen nur *praeter* oder auch *contra constitutionem* bzw. *contra legem* zulässig sind, ist alt.¹¹² Aus der Rechtsprechung ergibt sich keine eindeutige Antwort: Art. 102 aBV (1874) listete die Befugnisse auf, die der Bundesrat – so der Einleitungssatz der Bestimmung – «innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung» hatte. Art. 102 Ziff. 8–10 aBV (1874) enthielt die Vorgängerbestimmungen von Art. 184 und Art. 185 BV. Trotz des Einleitungssatzes entschied das Bundesgericht im Jahr 1938, dass der Bundesrat beim Gebrauch seiner notrechtlichen Befugnisse *nicht* in jedem Fall Verfassung und Gesetz beachten müsse.¹¹³ Später erwog es, dass die Anordnungen des Bundesrates «nicht im Widerspruch zu Erlassen der

eine (in der Krisenbewältigung begründete) Rechtfertigung für die Einschränkung besteht, ist zumindest fraglich und wäre gegebenenfalls vertieft zu prüfen. Den Erläuterungen vom 2. April 2020 zur Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur) lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. Jedenfalls ist Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur eine *Verordnungsbestimmung*. Solche reichen für die Einschränkung von Art. 29a BV nicht aus (vgl. BSK BV-WALDMANN [FN 30], Art. 29a N 22; BIAGGINI, Komm. BV [FN 36], Art. 29a N 9).

¹¹² Zu den Begriffen vgl. MADER (FN 106), 109 f.

¹¹³ BGE 64 I 365, E. 3.

Bundesversammlung»¹¹⁴ stehen dürfen. Die Datenherausgabe UBS/FINMA erachtete das Gericht wiederum als zulässig,¹¹⁵ obwohl sie gegen das Amtsgeheimnis (Art. 14 FINMAG) sowie die Amtshilferegeln versties; insofern sprach es sich – implizit – für die Zulässigkeit von Massnahmen *contra legem* aus.¹¹⁶ Das Bundesverwaltungsgericht liess die Frage zuletzt offen.¹¹⁷ Das Bundesamt für Justiz geht in einem unveröffentlichten Gutachten von der Zulässigkeit von Massnahmen *contra legem* aus.¹¹⁸

In der Lehre unumstritten ist, dass die BV und insbesondere die Grundrechte bei den Massnahmen des intrakonstitutionellen Notrechts *grundsätzlich* Geltung beanspruchen.¹¹⁹ Teile der Lehre gehen jedoch nur von einer Bindung an die grundlegenden Bestimmungen der BV aus und lassen gleichzeitig gewisse Eingriffe in die BV zu, z.B. in die verfassungsmässige Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen; insofern seien auch Massnahmen *contra constitutionem* zulässig.¹²⁰ Was das Verhältnis des Notrechts zu Bundesgesetzen angeht, so liess die Lehre traditionellerweise Massnahmen nur *praeter*, nicht aber *contra legem* zu.¹²¹ Mittlerweile anerkennt aber ein immer grösser werdender Teil der Lehre die Zulässigkeit solcher Massnahmen, sofern die Notlage dies erheischt und die Derogation des Gesetzesrechts aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung als gerechtfertigt erscheint.¹²² Zu fragen ist auch, inwiefern der entscheidende Unterschied darin liegt, ob der Bundesrat neue Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen beschliesst (und damit vordergründig nicht *contra legem* handelt) oder ob er bestehende, gesetzlich geregelte Rechte und Pflichten abändert. Ein Eingriff in die bestehende gesetzliche Ordnung kann im ersten Fall genauso schwerwiegend sein wie im zweiten. In den von der Lehre bereits entwickelten (engen) Grenzen sind aus unserer Sicht auch Massnahmen *contra constitutionem* und *contra legem* zulässig.

Sicher steht dies in einem Spannungsverhältnis zu den Äusserungen, die bei Inkrafttreten der Bundesverfassung im Jahr 2000 vorherrschend waren. Es ist auch auffallend, dass der Bundesrat diese Befugnisse recht selbstverständlich in Anspruch nimmt und sich frei «selbst ermächtigte». Allerdings: Es gehört zu den paradoxen Eigenheiten des Notrechts (und zwar auch des intrakonstitutionellen), dass rechtsstaatlich und demokratisch motivierte Regeln – die Bindung an Verfassung und Gesetz – vorübergehend, punktuell und unter sehr strengen Voraussetzungen ausgesetzt werden können, um damit langfristig den demokratischen Rechtsstaat und sein Funktionieren zu wahren. Oder anders und zugespitzt ausgedrückt: Bis zu einem gewissen Grad und in engen Grenzen *kann* der rechtsstaatliche Zweck des Notrechts seine rechtsstaatlich nicht unbedenklichen Mittel heiligen.

D. Mögliche Schlussfolgerungen

Angesichts der geschilderten Ausgangslage ist es nicht überraschend, wenn Stimmen in der Rechtswissenschaft dem Bundesrat die Unzulässigkeit gewisser Massnahmen vorwerfen¹²³ oder ihm in seinem Umgang mit dem Notrecht während der Coronavirus-Krise wiederum zumindest eine gewisse «Nonchalance»¹²⁴ vorhalten werden. Mit Blick auf die Corona-Verordnungen kann man zu unterschiedlichen Schlüssen und Lösungsansätzen kommen:

- «Die Verordnungen erfüllen die Voraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV in erheblichem Umfang nicht und sind deshalb verfassungswidrig.» Die Konsequenzen wären beträchtlich. Diese Sicht entspricht nicht unserem Verständnis von Art. 185 Abs. 3 BV.
- «Ein erheblicher Teil der Notverordnungen muss auf eine spezialgesetzliche Grundlage abgestützt werden.» Dieser Ansatz ist sicher sinnvoll und natürlich auch geboten, wenn eine entsprechende Grundlage dafür besteht. Allerdings stützt sich immer noch ein erheblicher Teil der Verordnungen auf Art. 185 Abs. 3 BV. Zudem stellt sich die Frage, ob man hier nicht den Teufel mit dem Beelzebub austreibt. Namentlich Art. 7 EpG ist noch unschärfer als Art. 185 Abs. 3 BV. Zudem müsste eine «Notverordnung» gestützt auf einem konstitutiv verstandenen Art. 7 EpG nicht dem Parlament vorgelegt werden – und wäre infolge von Art. 190 BV in weiten Teilen auch akzessorisch nicht überprüfbar (vgl. oben Ziff. IV.A.). Aus den genannten

¹¹⁴ BGE 122 IV 258, E. 2a.

¹¹⁵ Vgl. BGE 137 II 431 ff.

¹¹⁶ Vgl. SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 118.

¹¹⁷ BVGer, B-998/2014, 6.10.2014, E. 4.2 f.

¹¹⁸ Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 2. Oktober 2006 (zit. nach Bericht Tinner [FN 39], 5046).

¹¹⁹ Vgl. die Hinweise bei TRÜMLER (FN 30), N 310 ff.

¹²⁰ Vgl. TRÜMLER (FN 30), N 315; SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 98 f.; vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 185 N 10c und Art. 173 N 15.

¹²¹ Stellvertretend BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 185 N 10c.

¹²² Vgl. SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 103; SGK BV-SCHWEN-DIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER (FN 35), Art. 184 N 26; BSK BV-KÜNZLI (FN 30), Art. 184 N 41 und Art. 185 N 42; TRÜMLER (FN 30), N 317; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, § 46 N 26; MADER (FN 106), 110; vgl. auch RECHSTEINER (FN 30), N 472.

¹²³ Vgl. KLEY (FN 84), 268 ff.; BIAGGINI (FN 84), 259 ff.

¹²⁴ FN 42.

- Gründen ist Art. 7 EpG aus unserer Sicht tatsächlich nur deklaratorisch und nicht konstitutiv zu verstehen.
- «Die Grenzen von Art. 185 Abs. 3 BV müssen juristisch-technisch, etwa mit Blick auf die Länge der Kausalkette im Verhältnis zur Pandemie, gezogen werden.» Eine dogmatische Verfeinerung von Art. 185 Abs. 3 BV ist angezeigt. Es ist aber zu bezweifeln, dass man je zu einem «generell-abstrakt» gültigen Ergebnis kommen wird und zur Beantwortung der grundlegenden Fragen auf eine normative Grundentscheidung verzichten kann. Man wird die Bestimmung und ihre Grenzen dogmatisch nie ganz erfassen können – und womöglich wäre dies mit Blick auf künftige Notlagen sogar unvorsichtig. Art. 185 Abs. 3 BV muss sich (positiv ausgedrückt) eine gewisse «Zukunftsoffenheit» und Flexibilität bzw. (negativ ausgedrückt) eine gewisse Unbestimmtheit bewahren, um Notständen begegnen zu können, die heute nicht absehbar sind.
 - «Die Verordnungen stellen extrakonstitutionelles Notrecht dar.» Tatsächlich geht die derzeitige ausserordentliche Lage über bisherige mit intrakonstitutionellem Notrecht gelöste Notstände weit hinaus. Mit dem Schluss ist aber nicht sehr viel gewonnen und es müsste für die Massnahmen ein eigenständiges, im bestehenden Recht nicht existierendes Rückabwicklungsregime erschaffen werden. Immerhin könnte damit verhindert werden, dass der Bundesrat auch in anderen, weniger gravierenden Situationen leichtfertig auf Art. 185 Abs. 3 BV zurückgreift und dabei diese Bestimmung in ähnlicher Breite beansprucht; ein Ausweichen auf extrakonstitutionelles Notrecht ist in der jetzigen Lage aber wohl noch das grössere Übel¹²⁵ als ein Verbleib auf dem – rechtsstaatlich immerhin mehr oder minder abgesteckten – Terrain des intrakonstitutionellen Notrechtssystems.
 - Am ehesten scheint uns der folgende Schluss zutreffend: «Jede einzelne Massnahme muss separat auf ihre Zulässigkeit hin überprüft werden. Je nachdem entspricht sie einem weit verstandenen Art. 185 Abs. 3 BV, der auch wirtschaftliche und soziale Missstände erfasst, oder nicht.» Man akzeptiert damit, dass durch die Coronavirus-Krise direkt und durch die «Pandemiemaassnahmen» auch indirekt wirtschaftliche und soziale Missstände entstanden sind, denen unter Art. 185 Abs. 3 BV begegnet werden darf. Zudem sind bei diesem Schluss *a priori* weder Massnahmen *contra constitutionem* noch solche *contra legem* generell unzulässig. Im Einzelfall wird stets eine Interessen-

abwägung entscheidend bleiben: Der Bundesrat muss handeln können, wenn die Alternative, ein Nichthandeln, nicht hingenommen werden kann, sei es aus wirtschaftlichen, sozialen oder anderen fundamentalen Gründen. Der Umstand, dass die Massnahme bestehendes Verfassungs- oder Gesetzesrecht derogiert, muss in diese Abwägung einfließen. Einzuräumen ist allerdings, dass dies die Entwicklung hin zu einem weiteren Verständnis von Art. 185 Abs. 3 BV begünstigt, was wiederum in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsstaatlichkeit stünde.

Die Interessenabwägung kann hier nicht für alle zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie und -Krise getroffenen Massnahmen vorgenommen werden; es sei aber an dieser Stelle erwähnt, dass der Bundesrat unseres Erachtens in der weit überwiegenden Zahl seiner Massnahmen rechtskonform handelte. Im Einzelnen könnte die Interessenabwägung wie folgt aussehen:

- Der Stillstand der Sammelfrist bei eidgenössischen Volksinitiativen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a der entsprechenden Verordnung¹²⁶ berücksichtigt den Umstand, dass die Unterschriftensammlung derzeit stark erschwert ist; zwar können Unterschriften auch mit Hilfe des Internets gesammelt werden, das Sammeln «auf der Strasse» ist aber nach wie vor essenziell. Liefen die Fristen weiter, würden womöglich die nötigen Unterschriften für eine Initiative nur wegen der Coronavirus-Massnahmen nicht zustande kommen. Aus Sicht der politischen Rechte wäre dies problematisch. Unseres Erachtens besteht für den Bundesrat im geltenden Recht keine Möglichkeit, die Fristen stillstehen zu lassen, namentlich nicht gestützt auf Art. 91 BPR (Erlass von «Ausführungsbestimmungen», vgl. oben Ziff. IV.A.). Der Fristenstillstand trägt zwar nicht direkt zur unmittelbaren Bewältigung der Coronavirus-Krise selbst bei, verfolgt aber das fundamentale Anliegen, dass politische Rechte nicht wegen Notständen ausgehebelt werden dürfen. Aus demokratischen Überlegungen ist die vorübergehende Abänderung der Fristen der BV sowie des BPR (vgl. oben Ziff. IV.C.) insgesamt wohl das kleinere Übel als das Weiterlaufen der Sammelfrist; weil diese «nur» stillsteht und nach Ablauf der Geltung der Verordnung am 31. Mai 2020 (Art. 5 Abs. 2) weiterläuft, wiegt der «Verfassungsbruch» auch nicht besonders schwer. Er ist deshalb unseres Erachtens noch zulässig. Heikler ist das Verbot von Unterschriftensammlungen (Art. 3 lit. a). Initianten sollen aber aufgrund der derzeitigen Krise

¹²⁵ Vgl. auch SGK BV-SAXER (FN 35), Art. 185 N 78.

¹²⁶ FN 12.

nicht nur nicht schlechter-, sondern auch nicht durch eine faktische Fristerstreckung bessergestellt werden; der Wettbewerb der politischen Ideen soll durch die Coronavirus-Pandemie in keine Richtung verzerrt werden. Auch das Verbot hält deshalb einer Interessenabwägung noch stand.¹²⁷

- Der Ausschluss jeglichen Rechtsschutzes gemäss Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur leistet hingegen keinen erkennbaren Beitrag an die Krisenbewältigung. Die Norm verfolgt offenkundig den Zweck, die Gerichte nicht mit Verfahren zu belasten, in denen sie über die eingegebenen Gesuche zu befinden hätten. An der Bewältigung der Coronavirus-Krise ändert sich aber nichts, wenn die Rechtspflege das eine oder andere Verfahren zusätzlich bewältigen muss. Die Gerichte könnten die Verfahren ohne Weiteres beförderlich und prozessökonomisch führen, etwa, indem sie ihre Kognition in bestimmten Fragen zurückhaltend ausüben. Für den Ausschluss des Rechtsschutzes besteht zudem keine zeitliche Dringlichkeit, zumal die Frage des Rechtsschutzes ohnehin erst in einer zweiten Phase relevant wird. Anders als die Bundesversammlung kann der Bundesrat nicht per Notrecht einen staatlichen Vorteil in Aussicht stellen und gleichzeitig den Rechtsschutz vollständig ausschliessen – sagt er A, muss er auch B sagen. In diesem Punkt hat er den Bogen des Zulässigen unseres Erachtens überspannt.

V. Zusammenspiel von Bundesversammlung und Bundesrat

Den genannten Ansätzen ist gemein, dass sie die Reichweite von Art. 185 Abs. 3 BV begrenzen. Wir teilen dieses Anliegen, verfolgen aber einen anderen Ansatz, der weniger die rückwirkende Beurteilung des bundesrätlichen Handelns, sondern den Weg in die Zukunft ins Zentrum stellt. Unserer Ansicht nach ist der Schlüssel zum richtigen Verständnis von Art. 185 Abs. 3 BV in Art. 7d RVOG angelegt. Dabei geht es weniger um die Frist von sechs Monaten (Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG). Diese Vorlagefrist wird fälschlicherweise oft als Geltungsdauer einer Notverordnung des Bundesrates missverstanden – die «Corona-Notverordnungen» enthalten selbst die Bestimmungen über ihre Befristung (vgl. z.B. Art. 12 Abs. 3 und Abs. 3 COVID-19-Verordnung Asyl). Vielmehr geht es um die Idee, dass es den Beizug des Gesetzgebers braucht, um die verfassungsrechtliche Ausnahmesituation zu klä-

ren. Denn erst das Parlament kann Dringlichkeitsrecht (Art. 165 BV) erlassen, welches unbestrittenermassen bestehendes Gesetzesrecht in einer rechtsbeständigen Art und Weise ändern kann und dem die Verfassung mindestens zugesteht, dass es nicht notwendigerweise eine Verfassungsgrundlage braucht (vgl. Art. 165 Abs. 3 BV). Die Begrenzung von Art. 185 Abs. 3 BV liegt also weniger in seiner sachlichen Reichweite als vielmehr in der *Fragilität* von Notverordnungen des Bundesrates, bevor sich der Gesetzgeber geäussert hat.¹²⁸ Diese Fragilität ist eine *Fragilität in der Zeit*. Die (Auf-)Lösung der derzeitigen Notrechtslage setzt deshalb ein Denken in der Zeit voraus, um die Rollen von Parlament und Regierung abgrenzen zu können. Wir sehen die folgenden Dimensionen:

Erstens stellt sich die Frage, welche Massnahmen der Bundesrat nun noch anordnen darf. Für die Zulässigkeit einer Notverordnung ist die *Unmittelbarkeit der Gefahrensituation* sowie die *zeitliche Dringlichkeit* gefordert. Eine Massnahme des Bundesrates per 1. Oktober 2020 betrifft keine unmittelbare Gefahrensituation, weil aus heutiger Sicht (Ende April 2020) ausreichend Zeit besteht, dass der Gesetzgeber das Problem im Rahmen parlamentarischen Dringlichkeitsrechts klärt. Für eine solche Massnahme ist daher einzig die Bundesversammlung zuständig. Es gilt das einfache Prinzip: Je höher die Dringlichkeit, desto eher ist der Bundesrat zuständig. Ist die Dringlichkeit so hoch, dass jede Reaktion des Parlaments illusorisch ist, kann und muss der Bundesrat entscheiden, und zwar allein.

Zweitens hat die zeitliche Fragilität von Notverordnungen zur Folge, dass diese nun in parlamentarisches Recht überführt werden müssen. Will man die Botanik bemühen, so könnte man von einem Bedarf nach *Verholzung* sprechen. Erst das durch das Parlament geschaffene «Holz» bildet ein tragfähiges Fundament für ein länger dauerndes Notregime, ganz besonders, wenn es – wie im Fall der Corona-Notverordnungen – um «wichtige» Bestimmungen i.S.v. Art. 164 BV geht.¹²⁹ Auch die Bundesversammlung selbst teilt das Anliegen, stärker miteinbezogen zu werden.¹³⁰ Es erliess zu diesem Zweck das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen.¹³¹ Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG sieht zwar eine

¹²⁸ Vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 2010, 1 ff., 30.

¹²⁹ Vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV (FN 36), Art. 185 N 10b.

¹³⁰ Vgl. ZIELNIEWICZ (FN 58), 27 f.

¹³¹ Vgl. FN 43.

¹²⁷ A.M. BIAGGINI (FN 84), 281 f. und 284 f.

maximale Frist von sechs Monaten zur Unterbreitung der Vorlage an die Bundesversammlung vor, ansonsten die Notverordnung ausser Kraft tritt. Trotzdem ist zu fordern, dass Bundesrat und Parlament nun zusammen möglichst schnell für die «Verholzung» sorgen, denn der Gedanke der Unmittelbarkeit und der zeitlichen Dringlichkeit spielt auch hier: Je weiter der Bundesrat mit seinen Notverordnungen Art. 185 Abs. 3 BV interpretierte, umso schneller muss der Prozess der «Verholzung» dieser für sich wenig tragfähigen «Jungtriebe» erfolgen. Zudem sollte die Bundesversammlung zur *mittel- bis langfristigen Verankerung* der notrechtlichen Massnahmen des Bundesrates nun auf dem Boden von Dringlichkeitsrecht und nicht gestützt auf parlamentarisches Notrecht (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) handeln – das mit dem Letzteren geschaffene «Geäst» ist nämlich nach wie vor nicht besonders stark, auch wenn es in Art. 7d Abs. 2 lit. a Ziff. 2 RVOG vorgesehen ist. Das parlamentarische Notrecht kann aber zur einstweiligen, *kurzfristigen Korrektur* oder Ergänzung notrechtlicher Massnahmen des Bundesrates dienen (vgl. oben Ziff. III.B.2.b.).

Natürlich: Auch hier muss die vorliegende ausserordentliche Situation berücksichtigt werden, und vielleicht ist die Zeit zu knapp bemessen, dass eine durchgehende «Verholzung» durch dringliches Gesetzesrecht schon möglich ist. Sicher nicht zulässig kann aber sein, dass Bundesrat und Parlament die Behandlung dieser Geschäfte «gemütlich» angehen, also der Bundesrat die Maximalfrist von sechs Monaten nach Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG voll ausschöpft und dann das Parlament die Behandlung eines Entwurfs des Bundesrates seinerseits gemächlich behandelt – im Zweifel solange, bis es nichts mehr zu behandeln gibt, weil die bundesrätliche Verordnung durch die normative Kraft des Faktischen ersetzt worden ist. Fraglos sind dadurch Parlament und Bundesrat gefordert. Das Postulat muss deshalb sein, dass der Bundesrat *jetzt* an den Entwürfen für die Bundesversammlung arbeitet und das Parlament *jetzt* die Felder priorisiert, in denen es durch Zuwarten sonst nichts mehr zu entscheiden gibt. Mehrarbeit wird es für alle Beteiligten geben.

Ein zügiges Vorgehen ist auch wegen der Befristung der Verordnungen angezeigt. Einige sind auf sechs Monate befristet (so auch Art. 25 Abs. 2 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, obwohl die Solidarbürgschaft bis zu fünf Jahre dauern kann [vgl. Art. 5]), andere erreichen das Ende ihrer Geltungsdauer schon bald (vgl. Art. 12 Abs. 3 f. COVID-19-Verordnung Asyl). Die Geltungsdauer darf nicht mit der Vorlagefrist nach Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG verwechselt werden: Wenn der Bundesrat die Vorlagefrist einhält, bleiben die Verordnungen bis zum Entscheid der Bundesversammlung in Kraft, solan-

ge ihre Geltungsdauer noch nicht abgelaufen ist. Läuft diese indes bereits *vor* der Unterbreitung des Entwurfs an die Bundesversammlung oder *vor* deren Entscheid ab, entsteht ein rechtliches Vakuum. Der damit verbundenen Rechtsunsicherheit sollte die Bundesversammlung zuvorkommen, indem sie vor Ablauf der Geltungsdauer der Notverordnungen für ihre «Verholzung» sorgt; eine notfallmässige Verlängerung der Notverordnung durch den Bundesrat gilt es zu vermeiden.

Erinnert sei an das Beispiel des Verbots der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen: Das Verbot hatte während mehr als eines Jahrzehnts eine notrechtliche Grundlage. Die entsprechende Verordnung des Bundesrates wurde mehrmals verlängert und anschliessend «nur» in eine parlamentarische Notverordnung überführt. Diese viel zu lange (auch parlamentarische) Notrechtsdauer wurde zu Recht kritisiert.¹³² Dann ging es aber schnell: Die Bundesversammlung beschloss am 12. Dezember 2014 – und damit nur einen Monat nach der Verabschiedung der Botschaft durch den Bundesrat am 12. November 2014 – ein entsprechendes Bundesgesetz.¹³³ Insofern zeigt dieses Beispiel eben auch, dass die Überführung in ordentliches Recht zügig erfolgen kann, *wenn* der politische Wille dafür vorhanden ist.

Drittens folgt aus dem Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit, dass Bundesrat und Bundesversammlung im notrechtlichen Handeln je eigene, bis zu einem gewissen Grad geschützte Bereiche haben. Zwar kann die Bundesversammlung die Massnahmen des Bundesrates durch Dringlichkeitsrecht aufheben, ergänzen, abändern oder ersetzen – trotzdem wird der Bundesrat in vielen Fällen vollendete Tatsachen schaffen. Er wird dies oft auch tun müssen, damit die Massnahme wirksam ist. Hilfen, die später vielleicht keine sein werden, helfen nicht. Der Bundesrat muss Rechtssicherheit schaffen. Dies zeigt die notrechtliche Erfahrung: Eine Grossbank rettet man – oder man rettet sie nicht. Man rettet sie nicht «vielleicht». Daraus ergibt sich eine funktionale Begrenzung des Dringlichkeitsrechts des *Parlaments*: Es kann die Notverordnungen des Bundesrates zwar übersteuern und korrigieren. Heikel wäre es aber, wenn es zum Beispiel eine belastende Massnahme des Bundesrates rückwirkend in einer Art und Weise korrigiert, dass in einer künftigen Anwendung kein Vertrauen mehr in eine Notverordnung des Bundesrates besteht oder diese nicht befolgt wird,

¹³² Vgl. nur Biaggini (FN 31), 109 f.

¹³³ Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen (SR 122).

weil die Rechtsunterworfenen auf eine «Amnestie» des Parlaments spekulieren.

Umgekehrt ist der Bundesrat *Treuhänder* der Befugnisse und Interessen des Parlaments. Er darf das Parlament nicht vor vollendete Tatsachen stellen, wo dies zeitlich nicht notwendig ist. Bankkundendaten kann man – mutmasslich – einem fordernden Staat auch innerhalb von Monaten übermitteln, um diesen zufrieden zu stellen; hier geht es nicht um Tage oder Wochen. Wie eine gute Instruktionsrichterin trifft der Bundesrat die Massnahmen für die Dauer des Verfahrens bzw. hier des parlamentarischen Prozesses. Auch eine Instruktionsrichterin kann nicht immer verhindern, dass es aufgrund vorsorglicher Massnahmen für das Gesamtgericht nichts mehr zu entscheiden gibt. Vollendete Tatsachen sind aber wenn immer möglich zu verhindern. In diesem Sinne sollte auch der Bundesrat handeln. Ansonsten riskiert er, vom Parlament zu Recht korrigiert zu werden.

VI. Fazit

Die Coronavirus-Notverordnungen des Bundesrates gehen weit über die bisherigen Anwendungsfälle von Art. 185 Abs. 3 BV hinaus. Sie stehen vielfach in Konflikt mit Bestimmungen in Bundesgesetzen, vereinzelt auch mit solchen in der Bundesverfassung. Das führt unserer Meinung nach nicht *per se* zur Rechtswidrigkeit der Massnahmen. Diese müssen je einer Interessenabwägung standhalten; in der überwiegenden Mehrheit sind sie rechtlich haltbar. Vereinzelt hat der Bundesrat den Bogen des unter Art. 185 Abs. 3 BV Zulässigen wohl überspannt. Die Bundesversammlung muss die notrechtlichen Massnahmen des Bundesrates jetzt möglichst rasch auf die Grundlage von parlamentarischem Recht stellen, ansonsten sie ihren Geltungsanspruch verlieren. Dieser hier als «Verholzung» bezeichnete Prozess dient der Schaffung tragfähiger Rechtsgrundlagen und führt aus «dem Notrecht» hinaus. Während ihm stehen die Befugnisse des Bundesrates und der Bundesversammlung in einem Wechselverhältnis. Die Zuständigkeit grenzt sich über den Grad der Dringlichkeit einer Massnahme ab.