

Damian Wyss

Sicherheit und Notrecht

Ein Überblick über die Anwendung des Epidemiengesetzes und das konstitutionelle Notrecht des Bundesrats in der COVID-19-Krise und im Allgemeinen

Bundesrätliches Notrecht prägt die Bewältigung der COVID-19-Krise. Angesichts der weitreichenden Massnahmen sind lebhafte Diskussionen über «das Notrecht» und seine Grenzen entbrannt. Hier setzt dieser Aufsatz an. Zuerst stellt er die Kompetenzordnung im Bereich der epidemienrechtlichen Primärmassnahmen dar. Unter Berücksichtigung des gesamten Notrechtssystems rücken danach Art. 185 Abs. 3 BV und der Sicherheitsbegriff ins Zentrum. Es folgt eine Darstellung der engen Voraussetzungen und Schranken, innerhalb derer der Bundesrat Massnahmen zur Wahrung dieser Sicherheit treffen darf.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Übriges Verfassungsrecht

Zitiervorschlag: Damian Wyss, Sicherheit und Notrecht, in: Jusletter 25. Mai 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Besondere und ausserordentliche Lage gemäss EpG: notwendiges Notrecht?
 - 2.1. (Symbolische) Bedeutung der ausserordentlichen Lage
 - 2.2. Einige Bemerkungen zum Vollzug des EpG
 - 2.3. Virusbekämpfungsmassnahmen im engeren Sinne und «Begleitmassnahmen»
3. Terminologie und Schutzgüter des Notrechts
 - 3.1. Art. 185 Abs. 3 BV als (intra)konstitutionelles Notrecht
 - 3.2. Exkurs: extrakonstitutionelles Not«recht»?
 - 3.3. Notverordnungen und polizeiliche Generalklausel: Zulässigkeit von Sekundärmassnahmen?
4. Bundesrätliches Notrecht «ohne Limiten»?
 - 4.1. Voraussetzungen
 - 4.1.1. Sachliche Dringlichkeit
 - 4.1.2. Subsidiarität/Zeitliche Dringlichkeit
 - 4.2. Schranken des bundesrätlichen Notrechtshandelns
5. Ausblick und Zusammenfassung

1. Einleitung¹

[1] Der Diskurs über das Notrecht fand bis vor Kurzem vor allem in juristischen Kreisen statt. Seit der COVID-19-Krise sieht dies diametral anders aus. Es häufen sich Kommentare von Journalisten und Journalistinnen, die über «das Notrecht» zu schreiben wissen, und Forderungen von Parteien, die ihm ein Ende bereiten wollen. Auch im eigenen Bekanntenkreis wird der Begriff rege genutzt.

[2] Schon in den juristischen Diskussionen wird klar, dass unterschiedliche Vorstellungen darüber kursieren, was den Gehalt des Begriffs anbelangt. So ist es nicht weiter verwunderlich, dass auch bei Medienschaffenden und Parteien bisweilen unklar bleibt, ob sie wirklich das Gleiche meinen, wenn sie sich des Worts «Notrecht» bedienen, oder ob vielmehr *differendum est inter et inter*² gilt. Wo dasselbe Wort für Unterschiedliches verwendet wird, kann das Verständnis leiden. Fehlendes Verständnis schadet der Akzeptanz des «Notrechts» in der Bevölkerung. Es tut daher eine begriffliche Klärung not, um die Diskussion miteinander statt aneinander vorbei zu befördern. Eine sinnvolle Terminologie mit tragendem Fundament ist also nicht nur «l'art pour l'art», sondern erfolgskritisch. Vor diesem Hintergrund will der vorliegende Beitrag rechtstheoretische und rechtsmethodische Orientierungshilfen anbieten für die Anwendung von Notrecht einerseits und für den Weg aus dem Territorium des Notrechts hinaus andererseits. Um den Weg weisen zu können, braucht es zunächst eine saubere Standortbestimmung. Deshalb wird in einem ersten Schritt die aktuelle Anwendung des Epidemiengesetzes³ dargestellt. Der zweite Teil des Beitrags nimmt einen allgemeineren Blickwinkel auf das Notrecht ein und schaut auch in die Zukunft.

¹ Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen wurden bis zum 4. Mai 2020 berücksichtigt.

² So bringt der Ephorus in HERMANN HESSES *Unterm Rad* zum Ausdruck, dass zwar immer noch sein Schüler namens Hans Giebenrath vor ihm steht, dessen Leistungen sich aus Sicht des Ephorus aber drastisch verschlechtert haben – also trotzdem nicht alles gleich ist.

³ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemienengesetz, EpG; SR 818.101).

2. Besondere und ausserordentliche Lage gemäss EpG: notwendiges Notrecht?

2.1. (Symbolische) Bedeutung der ausserordentlichen Lage

[3] Als Ausgangspunkt einer Standortbestimmung bietet sich der 16. März 2020 an. An seiner damaligen ausserordentlichen Sitzung stufte der Bundesrat die COVID-19-Situation in der Schweiz nicht mehr nur als «besondere», sondern neu als «ausserordentliche Lage» gemäss Art. 7 EpG ein. Als einzige diesbezügliche Präzisierung führte der Bundesrat in der Medienmitteilung aus, dass die ausserordentliche Lage dem Bundesrat erlaube, «in allen Kantonen einheitliche Massnahmen anzuordnen»⁴. Mit Blick auf den Gesetzestext erstaunt diese Aussage insofern, als sie suggeriert, nur bzw. erst in der ausserordentlichen Lage könne der Bundesrat landesweit einheitliche Massnahmen anordnen. Der Gesetzestext erlaubt dem Bundesrat aber auch in einer besonderen Lage die Anordnung von Massnahmen, ohne deren Anwendungsgebiet explizit einzuschränken (Art. 6 EpG).⁵ Die grammatikalische Auslegung fördert aber immerhin als Unterschied zutage, dass der Bundesrat die Kantone bei einer besonderen Lage (im Gegensatz zur ausserordentlichen) vorgängig anhören muss (vgl. den Ingress von Art. 6 Abs. 2 EpG).⁶ Auch eine Anhörung steht bundesweit einheitlichen Massnahmen jedoch nicht entgegen. Abgesehen vom hier weder bestrittenen noch bemängelten positiven symbolischen Effekt dürfte der Wechsel von der besonderen zur ausserordentlichen Lage deshalb primär Effizienzgewinne bringen.⁷ So liegt auch der Fokus in der Botschaft zum totalrevidierten Epidemien Gesetz: «In diesen Fällen [einer ausserordentlichen Situation], die die innere Sicherheit des Landes gefährden könnten, muss ein rasches und zielgerichtetes Eingreifen möglich sein».⁸

2.2. Einige Bemerkungen zum Vollzug des EpG

[4] An anderer Stelle der Botschaft ist in einer tabellarischen Übersicht dagegen von weiteren Unterschieden zwischen besonderen und ausserordentlichen Lagen zu lesen, die keinen Niederschlag im Gesetz finden.⁹ Insbesondere verortet die Tabelle Unterschiede im Bereich des Vollzugs: In normalen und besonderen Lagen gelte ein «kantonaler Vollzug» mit «Bundesvollzug [nur] in Spezialbereichen», derweil in ausserordentlichen Lagen durchweg bundesrätliche «Vollzugsaufträge an die Kantone» erteilt würden.

[5] Es sei vorweg ein Schritt zurück erlaubt. Art. 118 Abs. 2 lit. b BV¹⁰ begründet mit Bezug auf die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten eine umfassende Rechtsetzungskompetenz des Bundes

⁴ Medienmitteilung «Coronavirus: Bundesrat erklärt die ausserordentliche Lage und verschärft die Massnahmen» vom 16. März 2020, abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-78454.html>.

⁵ Zudem ist der Bundesrat in der ausserordentlichen Lage auch nicht verpflichtet, *bundesweit* einheitliche Massnahmen anzuordnen. Vielmehr kann er notwendige Massnahmen auch auf «einzelne Landesteile» beschränken (Art. 7 EpG).

⁶ Diesen «Vorteil» erwähnte der Bundesrat in der in FN 4 zitierten Medienmitteilung freilich nicht.

⁷ Vgl. auch THOMAS GÄCHTER/SARA LÓPEZ, Entwurf zu einer Totalrevision des Epidemien Gesetzes, Sicherheit & Recht 2/2011, S. 118 ff., S. 120.

⁸ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien Gesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311 ff., S. 366.

⁹ Vgl. Botschaft EpG (FN 8), S. 363 f.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

mit nachträglich derogatorischer Wirkung.¹¹ Mit dem Erlass des (per 1. Januar 2016 totalrevidierten) EpG hat der Bund diese Kompetenz (vollständig) ausgeschöpft.¹² Mit anderen Worten ist die Kompetenz der Kantone, eigene abweichende Rechtsgrundlagen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen, erloschen.¹³ Davon zu unterscheiden ist aber der Vollzug des EpG, d.h. die (blosse) *Konkretisierung* des Gesetzes durch (weitere) rechtsetzende Tätigkeit (auch materieller Art) einerseits und durch Einzelakte der Verwaltung (und Gerichte) andererseits.¹⁴ Diesen Vollzug (die Verwaltungskompetenz) kann der Bund aufgrund seiner Rechtsetzungskompetenz an sich ziehen oder den Kantonen belassen.¹⁵ Beim EpG hat der Bund den gesamten Vollzug den Kantonen übertragen, soweit nicht der Bund zuständig ist (Art. 75 EpG). Dieser Vollzugsföderalismus entspricht dem Regelfall (vgl. Art. 46 Abs. 1 BV).¹⁶ Das EpG unterscheidet also beim Vollzug gerade *nicht* gemäss der Trias der normalen, besonderen und ausserordentlichen Lage (vgl. die «lageunabhängige» Regelung in den Art. 75 ff. EpG). Im Grundsatz können die Kantone folglich in allen Lagen Massnahmen im Sinne von Art. 30 ff. EpG zur Konkretisierung des Bundesrechts anordnen.¹⁷ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 30 ff. EpG, wo von den «zuständigen kantonalen Behörden» die Rede ist. Zusätzlich folgt aus der in Art. 75 EpG gewählten Vollzugsregelung aber auch die grundsätzliche Zuständigkeit der Kantone zur Umsetzung bzw. Durchsetzung der *vom Bundesrat* in einer besonderen oder ausserordentlichen Lage getroffenen Massnahmen (vgl. Art. 102 Abs. 2 EpV) – was eine kantonale Konkretisierung ohne gegenteilige Vorgabe wohlgemerkt ebenfalls nicht ausschliesst. Solche gegenteiligen Vorgaben *kann* der Bund aber erlassen. Er kann den Kantonen sowohl betreffend deren eigene Massnahmen als auch betreffend Vollzug des vom Bund Verordneten Regeln für einen einheitlichen Vollzug des Gesetzes *vorschreiben* (Art. 77 Abs. 3 lit. a EpG). Das Kriterium ist dabei wiederum nicht die Lage, sondern das Interesse an einem einheitlichen Vollzug (Art. 77 Abs. 2 EpG).¹⁸ Mit anderen Worten kann der Bund(esrat) den Handlungsspielraum der Kantone sowohl in der besonderen wie auch in der ausserordentlichen Lage gleichermassen beschneiden. Dies verkennt die zu Beginn des Abschnitts zitierte Botschaft und generell, wer die Ausrufung der ausserordentlichen Lage als Mittel gegen einen «föderalistischen Flickenteppich» verklärt.

[6] Wie gesehen, hätte der Bund (Art. 77 Abs. 3 lit. a EpG) bei ausgewiesenem Bedarf die Befugnis, beide genannten Konkretisierungsspielräume durch die Kantone gänzlich auszuschalten bzw. an sich zu ziehen. In seiner COVID-19-Verordnung 2¹⁹ hält er am grundsätzlichen Vollzug durch die

¹¹ THOMAS POLEND, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-VERFASSER), Art. 118 Rz. 12.

¹² THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE RENOLD-BURCH, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK BV-VERFASSER), Art. 118 Rz. 27.

¹³ Vgl. allgemein ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 1185 u. 1092.

¹⁴ SGK BV-EGLI, Art. 46 Rz. 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, (FN 13), N. 962 u. 1140; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 818 f.

¹⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 13), N. 1082.

¹⁶ GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 46 Rz. 4.

¹⁷ Es stehen dabei derzeit Einzelakte durch die kantonale Verwaltung im Vordergrund. Wie erwähnt, sind aber auch Konkretisierungen durch Rechtssätze zulässig (vgl. bspw. die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19] und dessen Auswirkungen im Kanton Glarus vom 31. März 2020, GS VIII A/61/3).

¹⁸ Unrichtig deshalb bspw. «Tages-Anzeiger» vom 14. März 2020, S. 2 f. «<Es ist ernst> – dieses Virus geht uns alle an».

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

Kantone jedoch fest und zieht den Vollzug des EpG nur dort an sich, wo er es explizit statuiert (vgl. Art. 1a f. COVID-19-Verordnung 2). Es lässt sich nun trefflich darüber streiten, was «soweit diese Verordnung nichts anders [sic!] bestimmt» heisst (Art. 1a COVID-19-Verordnung 2). Exemplarisch sei auf die Diskussion des Tessiner Einkaufsverbots für Seniorinnen und Senioren verwiesen.²⁰ Abzulehnen ist jedenfalls folgende Haltung des Bundesamts für Gesundheit: «Sofern für einen Bereich eine Bundesregelung besteht, ist diese abschliessend»²¹. Diese Auffassung lässt sich nicht mit Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 vereinbaren.²² Wieweit kantonale Rechtsetzungs- und Verwaltungstätigkeit eingeschränkt werden sollen, muss durch Auslegung des betroffenen Verordnungsabschnitts beurteilt werden. M.E. stehen weder der Wortlaut von Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 noch Sinn und Zweck der Verordnung einem Tessiner Einkaufsverbot entgegen.²³

2.3. Virusbekämpfungsmassnahmen im engeren Sinne und «Begleitmassnahmen»

[7] Was die Lagen aber tatsächlich unterscheiden mag, ist der *materielle* Rahmen, in dem die Behörden bzw. der Bundesrat je nach Lage Massnahmen treffen können. In einer besonderen Lage haben sich die inländischen Anordnungen des Bundesrats auf die in Art. 6 Abs. 2 lit. a–d resp. 33–38 und 40 EpG definierten Massnahmen zu beschränken, derweil der Bundesrat in einer ausserordentlichen Lage schlicht zur Anordnung des Notwendigen befugt ist (Art. 7 EpG). Bei Lichte betrachtet ist diese Differenzierung jedoch zu relativieren. Bereits Art. 30 ff. EpG enthalten ein ganzes Potpourri aus medizinischen, wirtschaftlichen und sozialen Massnahmen. Diese richten sich zwar primär gegen die Verbreitung der übertragbaren Krankheit an sich (sog. Primärmassnahmen) und äussern sich nicht zur Milderung von nachgelagerten Effekten. Zumindest die derzeit geltenden (unter der ausserordentlichen Lage getroffenen) Primärmassnahmen, die also im engeren Sinne der Bekämpfung des Virus dienen, dürften aber auch in einer besonderen Lage zulässig sein.²⁴

²⁰ Vgl. etwa «NZZ» vom 11. April 2020, «Staatsrechtler kritisieren Tessiner Einkaufsverbot für Senioren» (<https://www.nzz.ch/schweiz/coronavirus-tessiner-einkaufsverbot-fuer-senioren-wird-kritisiert-ld.1551323>, zuletzt besucht am 1. Mai 2020).

²¹ Eidgenössisches Departement des Innern (EDI), Bundesamt für Gesundheit (BAG), Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), Fassung vom 29. April 2020, Stand 30. April 2020, S. 2.

²² Zu prüfen wäre der Bedarf für die Aufnahme der zitierten Stelle aus den Erläuterungen in die Verordnung gewesen.

²³ So auch ANDREAS KLEY, in: «NZZ» (FN 20); BENJAMIN MÄRKLI, Notrecht in der Anwendungsprobe, Sicherheit & Recht 2/2020, III. 2.

²⁴ FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, in: Jusletter 30 März 2020, S. 21. Zuzugeben ist, dass es in «bloss» besonderen Lagen zu Diskussionen darüber kommen könnte, ob eine konkrete Primärmassnahme tatsächlich dem Katalog von Art. 30 ff. EpG entspricht. Allemal gilt es aber auch in einer ausserordentlichen Situation nur Massnahmen zu treffen, die *notwendig* sind (Art. 7 EpG), was ebenfalls Rechtfertigung erfordert. Zu vermeiden ist jedenfalls, dass die ausserordentliche Lage «präventiv» ausgerufen wird – d.h. aufgrund der blossen Möglichkeit, dass in Zukunft drastischere Virusbekämpfungsmassnahmen, als es die besondere Lage erlaubt, notwendig werden könnten. Dies trägt dem Ultima-Ratio-Charakter der ausserordentlichen Lage zu wenig Rechnung. Zudem bestünde dazu gar keine Notwendigkeit: Will der Bundesrat eine solche über die besondere Lage hinausgehende Massnahme ergreifen, erfordert dies sowieso einen Beschluss des Gremiums, in dem er gleichzeitig die ausserordentliche Lage ausrufen kann.

[8] Die Begleitmassnahmen jedoch, welche die Folgen des «Lockdowns» abfedern sollen²⁵ (sog. Sekundärmassnahmen), lassen sich tatsächlich nicht im Katalog des EpG einordnen. Es stellt sich die Frage, ob die Primärmassnahmen auch ohne die getroffenen Begleitmassnahmen (u.a. Kredite mit Solidarbürgschaften des Bundes, Unterstützung für Selbständige, Ausweitung der Kurzarbeit) mit Erfolg durchzusetzen wären? Bei Verneinung dieser Frage würden Begleitmassnahmen *prima vista* auch als *notwendig* im Sinne von Art. 7 EpG erscheinen. Dass der Bundesrat die ausserordentliche Lage ausgerufen hat, die ihm nach dieser Auffassung nicht nur Primär-, sondern auch vielgestaltige Begleitmassnahmen an die Hand gibt, erschiene deshalb auch insoweit sinnvoll.

[9] Bei einer genauen Durchsicht der beschlossenen Notverordnungen des Bundesrats ergibt sich nun aber, dass der Bundesrat bislang alle Begleitmassnahmen – sei es wirtschaftlicher Art oder bspw. im Bereich des Gerichtswesens – nicht auf Art. 7 EpG, sondern vor allem auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützt hat. Der Bundesrat scheint offenbar davon auszugehen, dass Art. 7 EpG nur zum Erlass notwendiger Virusbekämpfungsmassnahmen im engeren Sinne taugt²⁶ und er für die Abfederungsmassnahmen auf Art. 185 Abs. 3 BV zurückgreifen muss. Dies erstaunt vor dem Hintergrund, dass in der Botschaft zum EpG noch zu lesen ist, die ausserordentliche Lage (Art. 7 EpG) *entspreche* dem «Notverordnungsrecht» bzw. der «Notkompetenz» des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV.²⁷ Mit Art. 7 EpG werde die «verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates, in ausserordentlichen Situationen Polizeinotverordnungsrecht zu erlassen», verankert – d.h.: wiederholt. Art. 7 EpG sei deshalb deklaratorischer Natur. Für den Bundesrat scheint der Gehalt der beiden Bestimmungen nun aber doch nicht derselbe zu sein. Es ist ihm zuzustimmen.²⁸ Im Grunde kommt es auf die richtige Auslegung des Begriffs der notwendigen Massnahmen im Sinne von Art. 7 EpG an. Ob bzw. welche Massnahmen notwendig sind, ist anhand des Zwecks des EpG (Art. 2 EpG) zu beurteilen. Nur wenn eine Massnahme zur Verhütung resp. Bekämpfung des Ausbruchs und der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit notwendig ist (d.h. *erforderlich*), darf sie unter dem Titel des EpG bzw. von Art. 118 Abs. 2 lit. b BV getroffen werden. Dies gilt sowohl für die besondere (vgl. Art. 30 EpG) als auch für die ausserordentliche Lage (Art. 7 EpG). Nur (aber immerhin) insoweit entspricht Art. 7 EpG Art. 185 Abs. 3 BV.²⁹ (Wirtschaftliche) Abfederungsmassnahmen sind nun aber genau *nicht* erforderlich zur Eindämmung des Virus, sondern getreu ihrem Namen nur zur Abfederung der Folgen des «Lockdowns».³⁰ Wer hingegen

²⁵ Vgl. insb. die bundesrätliche Medienmitteilung «Coronavirus: Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen» vom 20. März 2020, abrufbar unter: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-78515.html>.

²⁶ So wird die COVID-19-Verordnung 2 (neben dem FZA und dem Schengener Grenzkodex) nur auf Art. 7 EpG, nicht aber auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützt.

²⁷ Botschaft EpG (FN 8), S. 334 u. 365 auch zum Folgenden.

²⁸ Vgl. auch BIAGGINI (FN 16), Art. 185 Rz. 12a.

²⁹ Botschaft EpG (FN 8) S. 366.

³⁰ Dies entspricht auch der Kommunikationsweise des Bundesrats (z.B. in der in FN 25 zitierten Medienmitteilung). Gerade weil die «finanziellen Unterstützungen» zwar nicht unbedingt eine direkte Folge der Epidemie, aber der «getroffenen COVID-19-Verordnungen darstellen», sprengen sie gemäss ANDREAS KLEY (ZBl 121/2020, S. 268 ff., S. 273 in fine) den Zweck des EpG nicht (vgl. auch die offenere Formulierung in Art. 2 Abs. 2 lit. f EpG). Es ist aber darauf hinzuweisen, dass Art. 118 Abs. 2 lit. b BV, auf den sich das EpG stützt, nur Massnahmen zum Schutz der Gesundheit (vgl. die Marginalie) vor unmittelbaren Beeinträchtigungen zulässt (BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 Rz. 4 u. 6) und mit dieser Meinung wohl überstrapaziert wird.

die Begleitmassnahmen für die Akzeptanz der Primärmassnahmen voraussetzt, unterstellt der Bevölkerung Unvernunft und ist empirisch widerlegt worden.³¹

[10] Damit ist aber noch nichts gesagt über die Zulässigkeit von (wirtschaftlichen) Abfederungsmassnahmen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV. Es folgt daher eine Annäherung an diese Bestimmung resp. an «das Notrecht».

3. Terminologie und Schutzgüter des Notrechts

3.1. Art. 185 Abs. 3 BV als (intra)konstitutionelles Notrecht

[11] Es wurden bereits verschiedene Vorschläge einer das Notrecht betreffenden Terminologie vorgelegt.³² Ein negatives Beispiel in dieser Hinsicht liefern HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 13), die Art. 185 Abs. 3 BV einerseits als «keine Verfassungsgrundlage für eigentliches Notrecht» (N. 1662) bezeichnen, dasselbe «Instrument» in N. 1801 jedoch als «konstitutionelles Notstandsrecht» qualifizieren.³³

[12] Die Bundesverfassung selbst verwendet den Begriff des Notrechts nicht. Dies vermag auch die in der Botschaft zur totalrevidierten Bundesverfassung gewählte Terminologie zu erklären.³⁴ Trotzdem erscheint es sinnvoll, zwischen (intra)konstitutionellem Notrecht, das sich auf eine geschriebene Verfassungsgrundlage stützen kann, und extrakonstitutionellen Notakten, die neben dem ordentlichen Verfassungsrecht stehen, zu unterscheiden.³⁵ Der Begriff der Not bringt dabei zum Ausdruck, dass Umstände vorliegen, die statt des ordentlichen Rechtsetzungs- und -anwendungsverfahrens ein besonderes bzw. ausserordentliches erfordern.³⁶ Daraus erhellt: Die Begriffe des Notrechts und der besonderen und ausserordentlichen Lage gehören zusammen: Das konstitutionelle Notrecht ist das zur Bewältigung dieser Lagen in der BV speziell vorgesehene Recht.³⁷

[13] Bei Art. 185 Abs. 3 BV handelt es sich nach dem Gesagten um intrakonstitutionelles Notrecht.³⁸ Bereits aus dem Begriff zeigt sich dabei als erste Schranke, dass auf Art. 185 Abs. 3 BV

³¹ Am Tag der Ausrufung der ausserordentlichen Lage (16. März 2020) äusserte sich der Bundesrat gar nicht zu wirtschaftlichen Abfederungsmassnahmen (vgl. die in FN 4 zitierte Medienmitteilung). Dennoch gab die Bevölkerung bereits in der ersten Woche an, sich weitgehend an die beschlossenen Primärmassnahmen zu halten (vgl. die Sotomo-Studie «Die Schweiz und die Corona-Krise» vom 24. März 2020, abrufbar unter https://sotomo.ch/site/wp-content/uploads/2020/04/SRG_sotomo_Monitoring_Coronakrise_W2.pdf, zuletzt besucht am 1. Mai 2020). Die wirtschaftlichen Begleitmassnahmen waren noch in Prüfung und wurden «erst» ab dem 20. März gesprochen (vgl. die in FN 25 zitierte Medienmitteilung).

³² Vgl. bspw. RALPH TRÜMPLER, Notrecht – Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Zürich 2012; DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, St. Gallen 2016, Rz. 6 ff. mit vielen Hinweisen.

³³ In der Botschaft über eine neue Bundesverfassung (BBl 1997 I 1, S. 419) ist statt «eigentliches Notrecht» «echtes Notrecht» zu lesen. Die Botschaft drückt sich aber insofern klar aus, als sie im Zusammenhang mit den aus Art. 185 Abs. 3 BV fliessenden Erlassen ganz auf einen «Not»-Begriff verzichtet. Diesen Ansatz schlägt auch SGK BV-SAXER (Art. 185 Rz. 10 f.) vor.

³⁴ Vgl. FN 33.

³⁵ Diese Kurzdefinition des extrakonstitutionellen Notrechts stammt aus Botschaft neue BV (FN 33), S. 419. Gleich auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, §10 Rz. 13.

³⁶ MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010, S. 409 ff., 411 f.

³⁷ RECHSTEINER (FN 32), Rz. 42.

³⁸ Vgl. SGK BV-SAXER, Art. 185 Rz. 9.

gestützte Akte die Bundesverfassung durchweg zu beachten haben.³⁹ Die Existenz eines intrakonstitutionellen Notrechts ist als Zeichen der Verfassung zu verstehen, auch in Krisenzeiten Geltung zu beanspruchen.⁴⁰ Dass davon gewisse Bestimmungen (wie bspw. die Kompetenzordnung gemäss Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV) auszunehmen seien – wie bspw. in Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919⁴¹ –, findet keinen Niederschlag im Notrechtssystem.⁴² «Intra» (d.h. «innerhalb») bezieht sich also im schweizerischen Notrechtssystem m.E. nicht nur darauf, dass sich die Kompetenz zum Erlass von Notrechtsakten selbst in der BV befindet, sondern fordert auch, dass sich die darauf gestützten Akte *innerhalb* der BV bewegen.⁴³ Gerade den Schutz der in der BV zum Ausdruck gelangenden (Wert-)Entscheidungen ist es, was das konstitutionelle Notrecht bezweckt (vgl. dazu unten 3.3). Die h.L. behält Abweichungen von der BV daher extrakonstitutionellen Notakten vor.⁴⁴

3.2. Exkurs: extrakonstitutionelles Not«recht»?

[14] Für die Anrufung von extrakonstitutionellem Not«recht» setzt die soeben erwähnte h.L. jedoch einen sog. «Staatsnotstand» voraus, der über die ausserordentliche Lage hinausgehe. Regelmässig werden als diesbezügliche Voraussetzung Begriffe wie die existenzielle Gefährdung des Staats bzw. des freiheitlichen Staats bemüht oder auf das in Frage gestellte Überleben der Bevölkerung verwiesen.⁴⁵ (Nur) in diesen Situationen seien die zur Abwehr – resp. um den Fortbestand von Staat und Bevölkerung sicherzustellen – erforderlichen Anordnungen und «schwerwiegenden» Einschränkungen der Freiheits- und demokratischen Rechte sowie der Kompetenzordnung hinzunehmen, ungeachtet entgegenstehenden Verfassungsrechts. Verliert man mit schwerwiegenden Grundrechtseinschränkungen *wider die Verfassung* aber nicht gerade das Ziel der Erhaltung des freiheitlichen Staats aus den Augen?⁴⁶ Solche Akte beschädigen das «Wesen der Eidgenossenschaft», ihren «inneren Sinn».⁴⁷ Sie beeinträchtigen «die freiheitliche Staatsidee der Schweiz im Sinne der Freiheit der Kantone sowie der individuellen und politischen Freiheit der Bürger». Diese «kann nämlich allein bei Bindung der Bundesbehörden an das Recht, vorab an

³⁹ Botschaft neue BV (FN 33), S. 419; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* vol. I, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 1627; RECHSTEINER (FN 32), Rz. 467 ff. m.w.H.; A.A. SGK BV-SAXER, Art. 185 Rz. 98 ff. und BIAGGINI (FN 16), Art. 185 Rz. 10c, die beide zumindest den Verstoß gegen die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen «notfalls» als zulässig erachten.

⁴⁰ So auch ANDREAS KLEY, in: «NZZ» vom 7. April 2020, «Notrecht und Demokratie: Darf der Bundesrat in demokratische Prozesse eingreifen?» (<https://www.nzz.ch/meinung/notrecht-und-demokratie-darf-der-bundesrat-in-demokratische-prozesse-ingreifen-ld.1548896>, zuletzt besucht am 1. Mai 2020).

⁴¹ Vgl. den abgedruckten Text bei WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ/THOMAS GÄCHTER, *Allgemeines Staatsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2013, Rz. 434.

⁴² Sofern man die dringlichen Bundesgesetze nach Art. 165 BV ebenfalls zum konstitutionellen Notrecht zählen will, stellen diese insoweit eine Ausnahme dar, als Art. 165 Abs. 3 BV diesen explizit immerhin ein Abweichen von der föderalistischen Kompetenzverteilung erlaubt (vgl. TSCHANNEN [FN 35], §45 Rz. 32, der die dringlichen Bundesgesetze jedoch zu keiner Notrechtskategorie zählt [§10 Rz. 25]).

⁴³ A.A. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (FN 41), Rz. 432, die Art. 185 Abs. 3 BV unglücklicherweise aber dennoch unter dem Titel des intrakonstitutionellen Notrechts behandeln (Rz. 438).

⁴⁴ FN 39; ferner SCHOTT/KÜHNE (FN 36), S. 422 f. m.w.H.

⁴⁵ Vgl. bspw. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 13), N 1803; TSCHANNEN (FN 35), §10 Rz. 12 (je auch zum Folgenden).

⁴⁶ Vgl. auch BERTRAND RUSSEL (u.a. über FRIEDRICH NIETZSCHE): «The assertion of freedom seemed sufficiently noble to justify violence; the violence duly ensued, but freedom was lost in the process.» (aus: *My Religious Reminiscences*, 1938, am Ende).

⁴⁷ ZACCARIA GIACOMETTI, *Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft*, Zürich 1945, S. 59 f.

die Bundesverfassung, gewahrt werden.»⁴⁸ Versucht man mit extrakonstitutionellen Notakten das Ziel der Bewahrung des «freiheitlichen Staates» zu verfolgen, sind diese Beeinträchtigungen desselben nicht zu vergessen, sondern als illegal zu bezeichnen statt als «Recht»: «Eine Notrechtskompetenz, die nicht irgendwie auf der Bundesverfassung beruht, [kann] kein Recht sein. Extra constitutionem nulla salus.»⁴⁹

3.3. Notverordnungen und polizeiliche Generalklausel: Zulässigkeit von Sekundärmassnahmen?

[15] Im Folgenden wird der Blick wieder auf die Notkompetenzen *in* der BV gerichtet. Aufgrund der Ausführungen im Abschnitt 3.2 werden die Begriffe (intra)konstitutionelles Notrecht und Notrecht fortan synonym zueinander verwendet. Die auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Akte werden üblicherweise als Notverordnungen bzw. Notverfügungen bezeichnet.⁵⁰ Zuweilen werden aber auch die Begriffe «Polizeinotverordnung» bzw. «Polizeinotverfügung» verwendet.⁵¹ Es überrascht daher nicht, dass Art. 185 Abs. 3 BV auch als Normierung oder Anwendungsfall der *polizeilichen Generalklausel* bezeichnet wird.⁵² Diesen Schluss legt der Wortlaut von Art. 185 Abs. 3 Satz 1 BV *prima facie* tatsächlich nahe: «Er [der Bundesrat] kann, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen». (Öffentliche) *Sicherheit* und *Ordnung* sind tatsächlich (auch) Oberbegriffe der klassischen *Polizeigüter*.⁵³ Geht es bei Art. 185 Abs. 3 BV tatsächlich nur um *polizeiliches* Handeln – mithin nur um «staatliche Tätigkeit, welche die Polizeigüter durch die Abwehr von Störungen und Gefahren schützt.»⁵⁴ Mit anderen Worten: Befähigt Art. 185 Abs. 3 BV tatsächlich «nur» zur *Gefahrenabwehr* und erlaubt diese nur, soweit *Polizeigüter* betroffen sind?

[16] Vom Wortlaut ausgehend, ist Art. 185 Abs. 3 BV zumindest tatsächlich für die Gefahrenabwehr ausgelegt, bezeichnet «Störung» doch eine realisierte Gefahr und ist ihr insofern gleichzusetzen.⁵⁵ Hingegen ist klar, dass sich «Sicherheit» – *wenngleich* das Wort (auch) als deren Oberbegriff verwendet wird – nicht immer nur auf die klassischen Polizeigüter, i.e. die Unversehrtheit von Leib und Leben, Freiheit und Eigentum, die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Ruhe, die

⁴⁸ GIACOMETTI (FN 47), S. 40.

⁴⁹ GIACOMETTI (FN 47), S. 41 u. 60 f.

⁵⁰ Z.B. TSCHANEN (FN 35), §10 Rz. 11.

⁵¹ Bspw. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 13), N. 1662 u. 1862.

⁵² ANDREAS KLEY, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 2011 I, S. 123 ff., S. 124 u. 138; DERS., in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. VERFASSEN, Staatsrecht), §25 Rz. 47 ff.

⁵³ BENJAMIN SCHINDLER, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, Sicherheit & Recht 2/2017 S. 63 ff., S. 65, der freilich für einen Verzicht auf den traditionellen Polizeibegriff im Allgemeinen Verwaltungsrecht einsteht; ANDREAS LIENHARD/AGATA ZIELNIEWICZ, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 113/2012, S. 111 ff., S. 122.

⁵⁴ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2546.

⁵⁵ ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 14/2011, S. 261 ff., S. 267. Der Gefahrenbegriff allein kann die Handlungsrichtung aber nicht vorgeben. Negative Gefahrenabwehr lässt sich nicht scharf von positiver Gestaltung trennen (ALEXANDER RUCH, in: Daniel Thüer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001 [zit. VERFASSEN, VRdCH 2001], S. 892, Rz. 8).

öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr⁵⁶, beziehen muss. So tritt es auch an anderer Stelle der BV ohne unmittelbaren Bezug zu Polizeigütern auf. Bspw. spricht Art. 94 Abs. 2 BV von der «wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung» und Art. 41 Abs. 1 lit. a BV will jede Person an der «sozialen Sicherheit» teilhaben lassen. Auch die Abgrenzung der *inneren* Sicherheit (wie sie in Art. 185 Abs. 3 BV zum Ausdruck kommt) von der *öffentlichen* Sicherheit (wie sie im Zusammenhang mit den Polizeigütern verwendet wird) scheint nicht trennscharf.⁵⁷ Vor diesem Hintergrund sind systematische Auslegungsargumente mit Vorsicht zu geniessen. Dies gilt auch für die bemühte Parallelität zu Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV, der – das wird hier nicht bestritten – tatsächlich eine Normierung der polizeilichen Generalklausel darstellt⁵⁸, und wo ebenso von «Gefahr» die Rede ist. Wer mit Blick auf Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV und die dort anerkannte *restriktive* Praxis auch bei Art. 185 Abs. 3 BV eine enge Auslegung des Sicherheitsbegriffs postuliert⁵⁹, verkennt, dass sich Art. 36 BV nur mit der Einschränkung von Grundrechten befasst. Sicher erfordern ausserordentliche Lagen Grundrechtseinschränkungen und dabei kann bzw. muss auch der Schutz von Grundrechten Dritter bezweckt werden – wie auch bei Art. 36 BV. Zudem ist es zwar richtig, dass sich die Anwendung von Art. 185 Abs. 3 BV als konstitutionelles Notrecht nur in ausserordentlichen Lagen rechtfertigt (vgl. oben 3.1). Insoweit ist tatsächlich ein enger Anwendungsbereich zu fordern. Schwerwiegende Bedrohungen, die eine ausserordentliche Lage bedingen, können aber ganz unterschiedlicher Art sein⁶⁰ – und entsprechend unterschiedlicher Massnahmen bedürfen. Dies spiegelt sich auch in der Definition der ausserordentlichen Lage als «Situation, in der in zahlreichen Bereichen und Sektoren normale Verwaltungsabläufe nicht genügen, um die Probleme und Herausforderungen zu bewältigen».⁶¹ Angesichts der komplexen Bedrohung, die ausserordentliche Lagen für Grundrechte und grundlegende Staatsziele darstellen, greift ein rein defensiv-einschränkender Fokus der Bewältigungsmassnahmen zu kurz.⁶² Die derzeitige COVID-19-Krise beschlägt bspw. auch dringende Fragen «der Chancengleichheit der Kinder in der Ausbildung und die Sicherung zukünftiger Versorgung der Bevölkerung mit Wirtschaftsgütern und ihres Wohlergehens» als «gleichwertige Gebote der Verfassung».⁶³ Die Abwägung dieser Gebote kann nicht nur über Art. 36 BV geschehen, wie schon das Beispiel Schweden zeigt (FN 62).

[17] Die Wahrung der inneren Sicherheit umfasst deshalb nicht nur einen «polizeirechtlichen Aspekt», sondern auch eine «staatspolitisch-sicherheitspolitische Komponente, die prospektive

⁵⁶ SCHINDLER (FN 53), S. 65.

⁵⁷ Vgl. nur BIAGGINI (FN 16), Art. 57 Rz. 4.

⁵⁸ Statt aller KLEY, Staatsrecht (FN 52), §25 Rz. 49.

⁵⁹ So bspw. LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 53), S. 123 f.

⁶⁰ Vgl. auch FRÉDÉRIC BERNARD, *État de droit et situations extraordinaires*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2020 (zit. VERFASSER, VRdCH 2020), S. 979 ff., Rz. 2, der auch «Risiken für das wirtschaftliche Überleben eines Staates» nennt.

⁶¹ Bundesrat, *Sicherheit durch Kooperation*, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 7. Juni 1999 (SIPOL B 2000), BBl 1999 7657, S. 7728.

⁶² Dies zeigt gerade auch der Umgang Schwedens mit der COVID-19-Krise. Trotz vergleichsweise milden Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit waren auch in Schweden dringliche «Abfederungsmassnahmen» offenbar notwendig (vgl. Government Offices of Sweden, «Economic measures in response to COVID-19» [<https://www.government.se/articles/2020/03/economic-measures-in-response-to-covid-19/>]).

⁶³ THOMAS COTTIER/JÖRG PAUL MÜLLER, in: «NZZ» vom 22. April 2020, «Die Grundrechte gelten auch in der Krise» (<https://www.nzz.ch/meinung/die-grundrechte-gelten-auch-in-der-krise-ld.1551874>, zuletzt besucht am 1. Mai 2020).

und universale Dimensionen [...] miteinbezieht».⁶⁴ Es muss darum gehen, die «grundlegendsten Normen des friedlichen Zusammenlebens, den Schutz der Institutionen des Staates» zu *sichern*, um «die Bewahrung der Gesellschaft und des Einzelnen vor elementaren Gefährdungen, die Abwendung sozialer Notstände.»⁶⁵ Eine so verstandene Sicherheitspolitik zielt auf den Schutz der «Handlungsfähigkeit, Selbstbestimmung und Integrität der Schweiz und ihrer Bevölkerung».⁶⁶ Genau diese Handlungsfähigkeit wäre in Frage gestellt, wenn «the Great Lockdown»⁶⁷ (mithin einer schwerwiegenden «ökonomischen Störung»⁶⁸) nichts entgegengesetzt würde. Stützte der Bundesrat wirtschaftliche Abfederungsmassnahmen, wie sie u.a. am 20. März 2020 kommuniziert wurden, daher nicht zu Recht auf Art. 185 Abs. 3 BV?⁶⁹ War es nicht richtig, gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV die Gerichtsferien in bundesrechtlichen Zivil- und Verwaltungsverfahren zu verlängern?⁷⁰ Die staatspolitische Dimension des Sicherheitsauftrags in Art. 185 Abs. 3 BV fordert auch zum Schutz von Grundrechten erforderliche Massnahmen.⁷¹ Längere Gerichtsferien

⁶⁴ Botschaft neue BV (FN 33), S. 399. Der Bundesrat beantragte im Rahmen der Totalrevision der BV einen anderen Wortlaut für den heutigen Art. 185 Abs. 3 BV: «Wenn ausserordentliche Umstände es erfordern, kann er [der Bundesrat] Verordnungen und Verfügungen erlassen» (Art. 173 Abs. 3 VE 1996). Hingegen entschied sich das Parlament in den Beratungen für den zu Beginn des Abschnitts zitierten Wortlaut. Gemäss GIOVANNI BIAGGINI (ZBl 121/2020, S. 239 ff., S. 258 f.) und ANDREA CARONI/STEFAN G. SCHMID (AJP 2020, S. 710 ff., S. 714) kommt damit zum Ausdruck, dass sich das Parlament und letztlich der Verfassungsgeber im Vergleich zum bundesrätlichen Vorschlag «für ein engeres Konzept» entschieden bzw. sie «eine offene Formulierung des betreffenden Artikels ausdrücklich abgelehnt» hätten. Allerdings wollte auch der Bundesrat seine Notkompetenz auf den «Bereich der äusseren und inneren Sicherheit» als Schutzgut beschränken (Botschaft neue BV [FN 33], S. 418 sowie die Marginalie zu Art. 173 im VE 1996). Die genauere Umschreibung durch die Bundesversammlung betrifft hingegen nicht das Schutzgut der inneren Sicherheit, sondern die zeitliche und sachliche Dringlichkeit, was es auseinander zu halten gilt (zu dieser Unterscheidung bspw. BIAGGINI [FN 16], Art. 185 Rz. 10, sowie die Darstellung unten in 4.1). Dass die Bundesversammlung die vom Bundesrat in der Botschaft (S. 399) und in der Beratung (AB 1998 SD N 95 [Votum ARNOLD KOLLER, Bundesrat]) erwähnte über den «polizeirechtlichen Aspekt» hinausgehende Dimension der inneren Sicherheit ablehnte, ergibt sich nicht aus der Entstehungsgeschichte.

⁶⁵ Botschaft neue BV (FN 33), S. 399; vgl. auch SGK BV-SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 Rz. 9; KURT EICHENBERGER, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Basel/Zürich/Bern 1987–1996, Art. 110 Ziff. 10 Rz. 151 u. 154.

⁶⁶ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23. Juni 2010 (SIPOL B 2010), BBl 2010 5133, S. 5143; vgl. auch MOECKLI, VRdCH 2020 (FN 60), S. 2261.

⁶⁷ GITA GOPINATH, The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression, IMF Blog, 14. April 2020 (<https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/>, zuletzt besucht am 1. Mai 2020).

⁶⁸ SCHOTT/KÜHNE (FN 36), S. 438, die darin eine Bedrohung der inneren Sicherheit im Sinne von Art. 185 Abs. 3 BV sehen.

⁶⁹ Vgl. bspw. den Ingress der Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus vom 25. März 2020 (SR 951.261). Damit wird nicht bestritten, dass die Primärmassnahmen ex ante – und nur darauf kommt es bei Art. 185 Abs. 3 BV an (RECHSTEINER [FN 32], Rz. 450) – «notwendig» (Art. 7 EpG) und der damit verfolgte Schutz der öffentlichen Gesundheit grundsatzkonform waren (vgl. allgemein HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR [FN 13], N. 675). Es ist aber Teil der Verhältnismässigkeit (insb. der Zumutbarkeit), «dass man Leute, die vom Konkurs betroffen sind, nicht einfach sich selbst überlässt» (MARKUS SCHEFER, in: «Republik» vom 17. April 2020, «Wir haben ihn so geliebt, den Rechtsstaat» [<https://www.republik.ch/2020/04/17/wir-haben-ihn-so-geliebt-den-rechtsstaat>, zuletzt besucht am 1. Mai 2020]). Zudem dürfen im Rahmen der Rechtsetzung auch der programmatische bzw. objektiv-konstitutive Gehalt der Wirtschaftsfreiheit nicht vergessen werden (RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 14), Rz. 1133). Der Staat muss für eine gedeihende Volkswirtschaft gewisse Grundvoraussetzungen sicherstellen (vgl. insb. Art. 94 Abs. 3 BV; SGK BV-VALLENDER, Art. 94 Rz. 12; RENÉ RHINOW, VRdCH 2001 (FN 55), S. 565 ff., Rz. 17; weitergehend: RICHARD BÄUMLIN, lebendige oder gebändigte Demokratie? Basel 1978, S. 65). Dazu gehört in erster Linie auch die Privatautonomie, die der Staat jetzt aber selbst unmittelbar und mittelbar beschneidet, was eine Verantwortung begründet.

⁷⁰ Vgl. die mittlerweile ausser Kraft getretene Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (AS 2020 849). Vgl. zudem den Vorbehalt in FN 96.

⁷¹ SCHOTT/KÜHNE (FN 36), S. 438; weitergehend SGK BV-SAXER, Art. 185 Rz. 79 sowie TRÜMPLE (FN 32), Rz. 282.

können geboten sein als Vorlaufzeit, die es braucht, um in der COVID-19-Krise einen Justizbetrieb zu gewährleisten, der die Verfahrensgrundrechte der involvierten Parteien wahrt.

[18] In Zeiten von «Physical Distancing» braucht es auch bei der Organisation von Volksabstimmungen Anpassungen. Es braucht(e) Neuerungen in den Prozessen, welche die freie Willensbildung gemäss Art. 34 Abs. 2 BV sicherstellen sollen. Aus Art. 34 Abs. 2 BV fliesst der Anspruch jedes und jeder Stimmberechtigten darauf, dass «kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt.»⁷² War es demnach – wenn der Bundesrat zum Schluss kommt, dass eine freie Meinungsbildung angesichts der in den Mittelpunkt rückenden Epidemie(-Massnahmen) nur ungenügend ermöglicht wird – nicht geboten, die eidgenössische Volksabstimmung vom 17. Mai 2020 abzusagen?⁷³ Es wird hier nicht bestritten, dass auch die Verschiebung einer Abstimmung in die politischen Rechte eingreift.⁷⁴ Aber wenn aufgrund des Virus und der Virusbekämpfungsmassnahmen die «unabdingbaren Voraussetzungen eines freien und offenen Kommunikationsprozesses»⁷⁵ nur ungenügend gegeben sind, wiegt dies unter Umständen schwerer. Ohne diesen Prozess der Entscheidungsfindung geht den politischen Rechten bzw. den Volkssentscheiden ihre Legitimationskraft ab.⁷⁶ Mit der Verschiebung der Abstimmung kann «verhindert werden, dass Volksabstimmungen durchgeführt werden, obwohl es bereits im Voraus ersichtlich ist, dass ihr Resultat aufgrund der Mängel kaum Legitimität für sich beanspruchen könnte.»⁷⁷ «Das Vertrauen in das Abstimmungsverfahren wird bei einem solchen Vorgehen weniger in Frage gestellt als bei der Aufhebung des Ergebnisses.»⁷⁸ Der aus Art. 34 Abs. 2 BV fliessenden Schutzpflicht kommt präventiver Charakter zu; eine Verschiebung der Abstimmungen setzt nicht die vorgängige Feststellung einer drohenden (Grund-)Rechtsverletzung durch ein Gericht voraus.⁷⁹

[19] Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 185 Abs. 3 BV auf den Schutz «polizeilicher» Güter verböte solche Abwägungen zum vornherein. Im klassischen Kanon der «Polizeigüter»⁸⁰ finden sich die politischen Rechte jedenfalls nicht wieder – weder als «Polizeigut» eines Individuums (Leib, Leben, Freiheit i.S.v. Art. 10 BV und Eigentum)⁸¹ noch als kollektives «Polizeigut» (Einrichtungen des Staates [«Strassen, Verkehrs- und Versorgungsbetriebe»⁸²], öffentliche

⁷² Bspw. BGE 121 I 138 E. 3 S. 141.

⁷³ Allerdings wäre m.E. eine unmittelbare Abstützung auf Art. 185 Abs. 3 BV angezeigt gewesen. Art. 10 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR; SR 161.1), der stattdessen vom Bundesrat gewählt wurde (BBl 2020 2461), ermächtigt den Bundesrat dagegen nur zur Festlegung von «Regeln zur Bestimmung der für eidgenössische Volksabstimmungen im Grundsatz zu reservierenden Sonntage (Abs. 1)», wie der Bundesrat selbst in der dazugehörigen Botschaft ausführte (BBl 2001 6401, S. 6409). Art. 10 Abs. 1^{bis} BPR sieht vor, dass der Bundesrat wenigstens vier Monate vor dem Abstimmungstermin festlegt, welche Vorlagen zur Abstimmung gelangen. Auch darin ist zumindest keine explizite Kompetenz zu finden, bereits anberaumte Abstimmungen ungefähr zwei Monate vor dem Termin wieder abzusagen.

⁷⁴ MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Bern 2003, S. 388 f.

⁷⁵ RENÉ RHINOW, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 1984 II, S. 111 ff., S. 251.

⁷⁶ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 14), Rz. 198.

⁷⁷ BESSON (FN 74), S. 388 f.

⁷⁸ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 636.

⁷⁹ Zum präventiven Charakter von grundrechtlichen Schutzansprüchen REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, §4 Rz. 20 u. 31 f.

⁸⁰ SCHINDLER (FN 53), S. 65.

⁸¹ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, §54 Rz. 14 u. 15.

⁸² MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 1/2008, S. 4 ff., S. 13.

Gesundheit, öffentliche Ruhe, öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr).⁸³ Plädiert man im Bereich von Art. 185 Abs. 3 BV für eine besonders enge Auslegung dieser Kategorie⁸⁴, gilt dies umso mehr. Gehören aber die Grundrechte (inkl. politischer Rechte) sowie eine nach der Krise (auch für Schwache) noch funktionierende Volkswirtschaft nicht auch zu den *essenziellen*, d.h. «das Wesen der Eidgenossenschaft»⁸⁵ ausmachenden Institutionen und Strukturen, die es in ausserordentlichen Lagen *bestmöglich* zu *sichern* gilt? Dabei dürfen die Kosten des Nichtstuns, das – wie gesehen – auch zu Grundrechtsverletzungen und einer Beschädigung dieser Grundideen führt, nicht vergessen werden. Darf der Bundesrat die Hände in den Schoss legen und sagen, bei «Massnahmen zur Aufrechterhaltung der ökonomischen Stabilität» handle es sich nicht um wirtschafts«polizeiliche» Massnahmen⁸⁶, weshalb Art. 185 Abs. 3 BV nicht greife? Der Schluss, angesichts der unklaren Konturen des Polizeibegriffs für eine besonders *enge* Auslegung zu plädieren, mag mit Blick auf Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV diskutabel sein. Wer dasselbe für das gesamte intrakonstitutionelle Notrecht fordert, lässt hingegen «gleichwertige Gebote der Verfassung» ausser Acht. Die vorstehenden rechtsmethodischen Überlegungen verdeutlichen, dass die BV und ausserordentliche Lagen wie die derzeitige einen Sicherheitsbegriff gebieten, der die bestmögliche *Sicherung* der freiheitlich-demokratischen Grundordnung⁸⁷ anstrebt und dem das Leben, das wirtschaftliche Auskommen und die Rechte der Menschen als zentraler Referenzpunkt⁸⁸ dient.

4. Bundesrätliches Notrecht «ohne Limiten»?

[20] Der vorige Abschnitt hat Gründe aufgezeigt, die gegen eine Gleichsetzung von Art. 185 Abs. 3 BV mit reinem «Polizei»-Notrecht sprechen. Über rein «polizeirechtliche» Aspekte hinaus sind auch Überlegungen einer *staatspolitisch-menschenrechtlichen Dimension der Sicherheit* in das Schutzgut bzw. den Anwendungsbereich von Art. 185 Abs. 3 BV miteinzubeziehen. So wird eine transparente Abwägung der gleichwertigen Gebote ermöglicht. Der Beitrag will Notrecht aber keinesfalls als *deus ex machina* verklären, nicht als Allerheilmittel auch für alle künftigen irgendwie gearteten «Seuchen», die gar nichts mit einer Krankheit zu tun haben. Er negiert auch nicht die Gefahren, die das Notrecht und dessen Missbrauch mit sich bringen. Nach der Darstellung der Schutzgüter ist die folgende Übersicht über die weiteren Voraussetzungen und Schranken des bundesrätlichen Notrechts daher umso wichtiger.

⁸³ Das Bundesgericht erweiterte diesen Kanon «in Ausnahmesituationen» freilich noch um die *ökonomische Stabilität* und *den Schutz des Finanzmarkts* (BGE 137 II 431 E. 4.1 446).

⁸⁴ LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 53), S. 127 in fine.

⁸⁵ GIACOMETTI (FN 47), S. 60.

⁸⁶ So PETER KARLEN, Begründung des Gegenantrags zu BGE 137 II 431, ZBl 1/2012, S. 30 ff., S. 31, der offenbar aber für eine Unterscheidung zwischen der polizeilichen Generalklausel und Art. 185 Abs. 3 BV einsteht und eine Abstützung auf Art. 185 Abs. 3 BV in solchen Fällen als möglich bezeichnet (S. 34).

⁸⁷ SIPOL B 2000 (FN 61), S. 7730.

⁸⁸ Vgl. bei MOECKLI, VRdCH 2020 (FN 60), N. 2; ferner SGK BV-SCHWEIZER/MOHLER, Vorb. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 7 f.

4.1. Voraussetzungen

4.1.1. Sachliche Dringlichkeit

[21] Bereits im Wortlaut von Art. 185 Abs. 3 BV kommt zum Ausdruck, dass seine Anwendung nur bei einer bereits eingetretenen oder unmittelbar drohenden *erheblichen/schweren Beeinträchtigung* des Schutzgutes in Frage kommt.⁸⁹ Es erscheint m.E. sinnvoll, sowohl auf qualitative wie auch quantitative Elemente abzustellen.⁹⁰ So sind die Sekundärmassnahmen vor dem Hintergrund der landesweiten Einschränkungen der Menschen durch notwendige Primärmassnahmen zu sehen. Jedenfalls bei den in 3.3 besprochenen Bereichen (Justizbetrieb⁹¹, demokratischer Prozess⁹² und Wirtschaft) ist zudem nicht abzustreiten, dass sie vor selten da gewesenen, *qualitativ erheblichen* Herausforderungen stehen – in eigentlichen *Notfällen* sind. Dieses Kriterium muss auch in Zukunft streng gehandhabt werden.

4.1.2. Subsidiarität/Zeitliche Dringlichkeit

[22] Aus dem Wesen des Notrechts ergibt sich, dass es nur dann zum Zug kommen darf, wenn eine genügende gesetzliche Grundlage fehlt (Subsidiarität) bzw. die Zeit für die ordentliche oder dringliche Gesetzgebung nicht reicht.⁹³ Im vorliegenden Fall scheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass mit Blick auf gewisse Sekundärmassnahmen die zur Verfügung stehende Zeit für die Beratung/den Erlass eines dringlichen Bundesgesetzes gereicht hätte. Es ist denn auch primäre Aufgabe des Parlaments, die *mittelbaren Folgen* der Pandemie zu regeln.⁹⁴ Wenn aber die laufende Session abgebrochen wird und das Parlament erst eineinhalb Monate später wieder zusammenkommt, kann der Bundesrat nicht untätig bleiben.

4.2. Schranken des bundesrätlichen Notrechtshandelns⁹⁵

[23] Die dem Namen «intraconstitutionelles Notrecht» inhärente Schranke hat der Beitrag bereits klargemacht (3.1 und 3.2): Es gilt die Verfassung zu respektieren (inkl. der föderalistischen Kompetenzordnung).⁹⁶ Auch die Sammelfristen, die es bei einer Volksinitiative (Art. 71 Abs. 1

⁸⁹ SGK BV-SAXER, Art. 185 Rz. 81 ff.

⁹⁰ MÜLLER/JENNI (FN 82), S. 14; LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 52), S. 127.

⁹¹ Vgl. bspw. «SRF Tagesschau» vom 3. Mai 2020, «Justiz in der Coronakrise» (<https://www.srf.ch/news/schweiz/justiz-in-der-coronakrise-gerichte-kehren-zu-normalbetrieb-zurueck>, zuletzt besucht am 4. Mai 2020).

⁹² Vgl. CHRISTINE ABBT, «NZZ» vom 20. April 2020, «Die Ausnahmesituation muss eine Ausnahme bleiben: warum die Demokratie den öffentlichen Raum braucht» (<https://www.nzz.ch/feuilleton/corona-krise-warum-die-demokratie-den-oeffentlichen-raum-braucht-ld.1552307>, zuletzt besucht am 4. Mai 2020).

⁹³ RECHSTEINER (FN 32), Rz. 451 ff.

⁹⁴ ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, S. 9 ff., S. 50.

⁹⁵ Zur Bindung an das Völkerrecht RECHSTEINER (FN 32), Rz. 476 ff.

⁹⁶ Entgegen vieler Medienberichte widersprechen die vom Bundesrat getroffenen epidemienbedingten Primärmassnahmen *nicht* der Kompetenzordnung gemäss Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV. Wie in Abschnitt 2.2 dargelegt, handelt es sich um Vollzugskompetenzen, die der Bund aufgrund seiner umfassenden Rechtsetzungskompetenz von Art. 118 Abs. 2 lit. b BV an sich ziehen kann. Hingegen ist die Tragweite einer bald als *implizit* (vgl. bspw. PETER SALADIN, Kommentar BV 1874 [FN 65], Art. 3 Rz. 132), bald als *inhärent* (bspw. Botschaft neue BV [FN 33], S. 400) bezeichneten Bundeskompetenz *nur* zur Wahrung der inneren Sicherheit umstritten (BIAGGINI [FN 16], Vorb. zu BV 42135 Rz. 10). Allemal verbleibt die hauptsächliche Zuständigkeit bzw. Verpflichtung zur Wahrung der inneren Sicherheit bei den Kantonen (SGK BV-SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 Rz. 15). Gerade bei bundesrätlichen Sekundärmassnahmen ist es vor diesem Hintergrund zu begrüssen, wenn sie sich auf Bereiche beschränken, in denen dem Bund

BPR) bzw. bei einem fakultativen Referendum zu beachten gilt, wurden per 1. August 2008 in Art. 138 f. bzw. 141 BV konstitutionalisiert.⁹⁷ Dass der Bundesrat diese Fristen in einer Notverordnung vorübergehend ausgesetzt hat, lässt sich demnach kaum mit der BV vereinbaren und gehört insoweit nicht zum Instrumentarium des konstitutionellen Notrechts.⁹⁸

[24] Weiter gilt es auch, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (Art. 5 Abs. 2 BV).⁹⁹ Einschränkungen von Freiheitsrechten sind nur im Rahmen von Art. 36 BV zulässig.¹⁰⁰ Sachlich und zeitlich dringliche Sekundärmassnahmen sind konsequent an den damit verfolgten Sicherheitsinteressen auszurichten. (Geringfügige) Beeinträchtigungen der Grundrechte (inkl. politischer Rechte) durch Sekundärmassnahmen liegen – zeitlich eng begrenzt – höchstens dann im Rahmen von Art. 185 Abs. 3 BV, wenn auch das Untätigbleiben zu abzuwendenden Grundrechtsverletzungen führt (vgl. 3.3). Eine transparente Kommunikation ist dabei zentral.¹⁰¹

[25] Sodann ist der Bundesrat grundsätzlich auch an Bundesgesetze gebunden. Viele Bundesgesetze schwiegen bis vor der COVID-19-Krise jedoch zu ihrer Anwendbarkeit bzw. zu Ausnahmen in ausserordentlichen Situationen. In solchen Fällen muss dem Bundesrat m.E. die Ergänzung solcher Gesetze um eine vorübergehende «Not»-Ordnung möglich sein.¹⁰² Es ist aber zu fordern, dass das Parlament solche Lücken sektorieller Gesetzgebungen auffüllt. Dabei muss der Gesetzgeber die Grundlinien festlegen, die der Bundesrat nicht durchbrechen darf.¹⁰³

[26] Der Gesetzgeber ist aber bereits jetzt gefordert. Eine wirksame Beschränkung bundesrätlichen Notrechts hat bei den anderen beiden Gewalten anzusetzen und folglich Rechtsschutz im Einzelfall und umrahmende bzw. korrigierende Entscheidungen des Parlaments zum Gegenstand. Den Staatsgewalten *zusammen* obliegt die Einhaltung der Vorgaben der Verfassung. Das in der BV angelegte System der Gewaltengliederung gilt auch in Zeiten des Notrechts. Dass in der aktuellen ausserordentlichen Lage in einem ersten Schritt vor allem der Bundesrat tätig wurde, ist mit seinem Informationsvorsprung aufgrund der rasch mobilisierbaren Expertise der Bundesverwaltung zu begründen.¹⁰⁴ Es handelt sich dabei um einen Aspekt der *Organeignung* resp. der *Gewalteneffektuation*.¹⁰⁵ Gleichzeitig muss das Missbrauchspotenzial der damit verbundenen Macht eingeschränkt werden (Gewaltenhemmung). Vor diesem Hintergrund hat der Verfassungsgeber auch der Bundesversammlung eine Notverordnungscompetenz eingeräumt (vgl. Art. 173

bereits eine *explizite* Verbandskompetenz zukommt (vgl. bspw. auch Art. 69 Abs. 2, 103 oder 114 BV), wobei kantonale Bestrebungen und Möglichkeiten selbstverständlich auch hier zu berücksichtigen sind. Angesichts der kantonalen Organisationsautonomie ist dem Bundesrat insb. die Frage zu stellen, ob nicht auch die Kantone die Gerichtsferien in ihren kantonalen Verwaltungsverfahren hätten verlängern können?

⁹⁷ BIAGGINI (FN 16), Art. 139 Rz. 6, Art. 138 Rz. 2, Art. 141 Rz. 1.

⁹⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren vom 20. März 2020 (SR 161.16); CARONI/SCHMID (FN 64), S. 714.

⁹⁹ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 13), N. 1863. Teils wird der Verhältnismässigkeit im Bereich des Notrechts besonderes Gewicht eingeräumt (MARKUS MÜLLER, Polizeiliche Generalklausel: klärende Worte des Bundesgerichts, ZBJV 148/2012, S. 220 ff., S. 224). Relativierend jedoch DAVID HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, Zürich 2014, S. 180 ff.

¹⁰⁰ BIAGGINI (FN 16), Art. 185 Rz. 10d; TRÜMPLER (FN 32), Rz. 322; zur Zumutbarkeit insb. FN 69.

¹⁰¹ COTTIER/MÜLLER (FN 63).

¹⁰² RECHSTEIENR (FN 32), Rz. 471 ff. m.w.H.; TRÜMPLER (FN 32), 316 ff. Vgl. bspw. die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht vom 16. April 2020 (SR 272.81) und die dazugehörigen Erläuterungen des Bundesamts für Justiz.

¹⁰³ Vgl. auch SGK BV-SAXER, Art. 185 Rz. 104.

¹⁰⁴ BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173 BV Rz. 62. Der Bundesrat zeichnet sich aufgrund seiner Grösse auch durch eine bessere Entscheidungs- bzw. Handlungsfähigkeit aus (SCHOTT/KÜHNE [FN 36], S. 421). Vor der Anpassung des Parlamentsbetriebs an «Physical Distancing»-Massnahmen trat dieser Unterschied noch deutlicher hervor.

¹⁰⁵ Vgl. ERRASS, VRdCH 2020 (FN 60), S. 2010 m.w.H.

Abs. 1 lit. c BV). Notverordnungen der Bundesversammlung gehen aufgrund ihrer übergeordneten Stellung (die auf einer höheren demokratischen Legitimation fusst) solchen des Bundesrats im Konfliktfall vor.¹⁰⁶ Dasselbe gilt – a fortiori – auch für dringliche (und später: ordentliche) Bundesgesetze gemäss Art. 165 BV.¹⁰⁷ Im Sinne einer effektiven Krisenbewältigung soll sich das Parlament primär aber auf eine überwachende, subsidiäre Rolle beschränken.¹⁰⁸ Bis jetzt sieht es genau danach aus.

[27] Auch die richterliche Gewalt ist unter Beachtung ihrer Unabhängigkeit in die Bewältigung und vor allem auch Aufarbeitung von ausserordentlichen Lagen einzubeziehen.¹⁰⁹ Ob der Rechtsschutz im Einzelfall genügend ausgebaut ist, um diese Rolle auszufüllen, wird sich weisen müssen.¹¹⁰

[28] Möglichst bald muss das vom Bundesrat beschlossene Regelwerk von der Bundesversammlung zudem in ordentliches Recht überführt werden.¹¹¹ Dies folgt aus dem Subsidiaritäts- bzw. Dringlichkeitsgedanken und gebietet auch «der Respekt vor Demokratie und Rechtsstaat»¹¹². Auch aus der «prospektiven» Dimension, die dem Sicherheitsbegriff in Art. 185 Abs. 3 BV zugemessen wird¹¹³, folgt die Verantwortung, möglichst schnell die Bedingungen für eine ohne Notrecht funktionierende Grundordnung wiederherzustellen.

[29] Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen¹¹⁴ hat diesen Überführungsprozess konkretisiert. Der Bundesrat hat der Bundesversammlung innert maximal sechs Monaten einen Entwurf zur Überführung vorzulegen (Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG). Die sechsmonatige Frist muss per analogiam auch für Verordnungen, die gestützt auf Art. 7 EpG ergehen, gelten.¹¹⁵ Will die Bundesversammlung eine bundesrätliche Notverordnung durch eine dauerhafte Lösung ersetzen, so sollte sie für Wichtiges (Art. 164 Abs. 1 BV) auf ein (dringliches) Bundesgesetz zurückgreifen.¹¹⁶ Hingegen kann das Kriterium der Breite des zu regelnden Sachgebiets nicht allein entscheidend sein.¹¹⁷ Auch eine

¹⁰⁶ Art. 148 Abs. 1 BV; BIAGGINI (FN 16), Art. 185 Rz. 2; SGK BV-SAXER Art. 148 Rz. 7; TRÜMPLER (FN 32), Rz. 204; RECHSTEINER (FN 32), Rz. 551; vgl. auch Art. 7d Abs. 2 lit. c RVOG.

¹⁰⁷ SGK BV-SAXER, Art. 185 Rz. 101; SCHOTT/KÜHNE (FN 36), FN 43; Art. 7d Abs. 2 lit. c RVOG.

¹⁰⁸ So auch SCHOTT/KÜHNE (FN 36), S. 422.

¹⁰⁹ Zum Ganzen REGINA KIENER, Bundesrätliches Notrecht und richterliche Unabhängigkeit, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen (Festschrift für Tobias Jaag), Zürich 2012, S. 467 ff.

¹¹⁰ Vgl. zum Rechtsschutz (und zu Rechtsschutzlücken) RECHSTEINER (FN 32), Rz. 917 ff., insb. 927–935.

¹¹¹ Vgl. auch die entsprechende Forderung von MARKUS SCHEFER, in «NZZ» vom 24. April 2020, «Bussen an der Grenze, Sonderrecht für Maturanden und Finanzhilfen ohne Ende: Mündet die Übermacht der Regierung in Polizei-Notrecht gegen die Klimakrise?» (<https://www.nzz.ch/schweiz/bussen-fuer-einkaufstouristen-sonderrecht-fuer-maturanden-und-finanzhilfen-ohne-ende-der-notrechts-exzess-wird-zum-staatspolitischen-problem-ld.1552851>, zuletzt besucht am 4. Mai 2020).

¹¹² TSCHANNEN (FN 35), §46 Rz. 27.

¹¹³ Botschaft neue BV (FN 33), S. 399; oben 3.3.

¹¹⁴ AS 2011 1381.

¹¹⁵ Vgl. auch Botschaft EpG (FN 8), S. 365 f.; anders implizit wohl der Bundesrat in Medienmitteilung «Coronavirus: Überführung der Notverordnungen des Bundesrates in ein dringliches Bundesgesetz» vom 29. April 2020, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78929.html>.

¹¹⁶ BIAGGINI (FN 16), Art. 185 Rz. 10b; RECHSTEINER (FN 32), Rz. 490, 541 f. m.w.H.; Art. 7d Abs. 2 lit. a Ziff. 1 statt 2 RVOG.

¹¹⁷ Die gegenteilige Meinung findet sich offenbar im Bericht der SPK-N betreffend Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit (BBl 2010 1564, S. 1584 f.). Gerade die von der SPK-N angesprochene Notverordnung über die Rekapitalisierung der UBS hatte jedoch *keinen* Verordnungscharakter, sondern war vielmehr

«thematisch beschränkte» Regelung kann bspw. die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte zum Inhalt haben und damit ins Gesetz gehören (Art. 164 Abs. 1 lit. b BV). Für bloss einstweilige Korrekturen der Massnahmen des Bundesrats können hingegen Notverordnungen der Bundesversammlungen zum Einsatz kommen (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV).¹¹⁸ Eine punktuelle Korrektur/Kontrolle ermöglichen sodann die Zustimmungserfordernisse gemäss Art. 28 und 34 FHG¹¹⁹. Auch möglich – und in der ausserordentlichen Session vom Mai 2020 im Vordergrund stehend – ist das parlamentarische Einwirken auf eine bundesrätliche Verordnung mittels Motion.¹²⁰

5. Ausblick und Zusammenfassung

[30] Es wird sich in den kommenden Wochen zeigen, ob dem Parlament die sinnvolle Überführung des notrechtlichen Regelwerks in die ordentliche Gesetzgebung gelingt. Über die Rolle des Parlaments in der aktuellen Situation wird allgemein noch manche Diskussion zu führen sein. Angefangen beim zu hinterfragenden Sessionsabbruch durch die Büros der Räte bis zur Frage möglicher Digitalisierungsschritte. Zudem muss die Frage gestellt werden, ob die Informationspflicht gemäss Art. 7e RVOG und die Zustimmungserfordernisse im FHG – in Kombination mit der Einwirkungsmöglichkeit mittels Motion, der Gesetzgebung bei Dringlichkeit sowie der parlamentarischen Notrechtskompetenz – zweckmässig sind bzw. dem Anspruch einer wirksamen Kontrolle des bundesrätlichen Notrechts genügen. Diese Kontrolle ist erforderlich, damit der Griff zum Notrecht auch in Zukunft auf ausserordentliche Situationen beschränkt bleibt. Eine Diskussion auch über weitergehende Kontrollrechte scheint mir vor diesem Hintergrund wichtig.¹²¹

[31] Auch das Verhältnis von Bund und Kantonen muss in der Nachbereitung genau beleuchtet werden. Bei dieser Gelegenheit gilt es auch über Gründe für Versäumnisse rund um nicht umgesetzte Vorsorgepläne zu diskutieren.

[32] Summa summarum erscheint – bei aller berechtigter Zurückhaltung gegenüber dem Notrecht – zumindest ein Teil der derzeitigen Vorwürfe an den Bundesrat unangebracht. Die Aussage, dass in Bezug auf die Notrechtskompetenz des Bundesrats derzeit keine Limiten erkennbar seien¹²², ist übertrieben. Wie gerade Pandemien zeigen, ist es dagegen nicht übertrieben, die Dis-

individuell-konkreter Natur (gl. M. SCHOTT/KÜHNE [FN 36], S. 436). Sie hätte daher besser in das Kleid einer ebenfalls auf Art. 185 Abs. 3 BV zu stützenden *Notverfügung* gepasst. Eine solche – verfehlte – Verordnung wäre *bei gegebener Wichtigkeit* durch ein generell-abstraktes (dringliches) Bundesgesetz abzulösen (vgl. auch SCHOTT/KÜHNE [FN 36], S. 436 f.). Vorliegend hob der Bundesrat die Verordnung jedoch selbst wieder auf (AS 2010, 447).

¹¹⁸ Bericht SPK-N, (FN 117), S. 1584 f. M.E. können bundesrätliche Notverordnungen ferner auch *Notverfügungen* der Bundesversammlung nicht entgegenstehen. Dass die Verordnung des Bundesrats dadurch ausser Kraft trete, sieht Art. 7d Abs. 2 lit. c RVOG aber nicht vor.

¹¹⁹ Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (FHG; SR 611.0).

¹²⁰ Vgl. Parlamentsdienste, Erläuterungen vom 6. April 2020 über die Handlungsinstrumente der Kommissionen im Hinblick auf die ausserordentliche Session vom Mai 2020, S. 3 (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/handlungsinstrumente-kommissionen-ausserordentliche-session-mai-2020-d.pdf>, zuletzt besucht am 4. Mai 2020).

¹²¹ Vgl. bereits die Forderungen von Parlamentariern in: «SRF» vom 24. April 2020, «Wer überprüft eigentlich die Verhältnismässigkeit?» (<https://www.srf.ch/news/schweiz/notverordnungen-des-bundesrats-wer-ueberprueft-eigentlich-die-verhaeltnismaessigkeit>, zuletzt besucht am 5. Mai 2020).

¹²² Vgl. BIAGGINI, in «NZZ» (FN 111).

kussion über Sicherheit auch international zu führen und dabei für Frieden und Menschenrechte einzustehen.¹²³

DAMIAN WYSS, Bachelor of Arts HSG in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, Universität St. Gallen.

¹²³ Vgl. jüngst MIKHAIL GORBACHEV, in: «Time» vom 15. April 2020, «When the Pandemic Is Over, the World Must Come Together» (<https://time.com/5820669/mikhail-gorbachev-coronavirus-human-security/>, zuletzt besucht am 4. Mai 2020).