



David Rechsteiner*

Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht

Präzisierungen und Weiterentwicklungen im Recht der besonderen und ausserordentlichen Lagen

Die zur Bewältigung der Corona-Pandemie erlassenen Notverordnungen haben das Notrecht in kurzer Zeit weiterentwickelt und präzisiert. Die Begriffe der besonderen und ausserordentlichen Lage werden anders verwendet, die deklaratorische Natur von Art. 7 EpG wurde geklärt und der Bundesrat hat bezüglich der Rechtsbindung von Notverordnungen seine Praxis geändert. Zudem wirft das Phänomen der Sekundärmassnahmen neue Rechtsfragen und Probleme auf.

Les ordonnances de nécessité édictées pour maîtriser la pandémie de coronavirus ont développé et précisé le droit de nécessité en un temps record. Les notions de situation particulière et de situation extraordinaire sont utilisées différemment, la nature déclaratoire de l'art. 7 LEp a été clarifiée et le Conseil fédéral a modifié sa pratique en matière d'application du droit des ordonnances de nécessité. En outre, le phénomène des mesures secondaires soulève de nouveaux problèmes et de nouvelles questions juridiques.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Besondere und ausserordentliche Lage
 1. Praxis während der Corona-Pandemie
 2. Auseinanderfallen der Lagen in unterschiedlichen Sektoren
 3. Die besondere und ausserordentliche Lage als Mittel der Krisenkommunikation
 4. Zwei oder drei Lagen
- III. Verfahrensbeschleunigung
- IV. Notverordnungsrecht
 1. Art. 7 EpG
 2. Primär- und Sekundärmassnahmen
 - 2.1 Grundsätzliche Zulässigkeit
 - 2.2 Eine Auslegeordnung der betroffenen Interessen
 3. Rechtsbindung
 - 3.1 Gesetzesbindung
 - 3.2 Verfassungsbindung
 4. Rechtsschutz
- V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat die Welt überrascht und sich innert kurzer Zeit über den ganzen Globus ausgebreitet. Seit mehr als einem halben Jahr stellt sie nicht nur eine direkte Bedrohung für die Gesundheit dar, sondern wirkt sich indirekt auch sehr stark auf die Wirtschaft und die Gesellschaft aus. Das schweizerische Recht sieht diverse Massnahmen vor, um solchen besonderen und ausserordentlichen Lagen zu begegnen. Diese

Massnahmen werden gemeinhin auch als Notrecht bezeichnet. Damit ist in der Regel (und auch in diesem Aufsatz) das in der Verfassung vorgesehene sog. *intra-konstitutionelle* Notrecht gemeint. Daneben gibt es das *extrakonstitutionelle* Notrecht, welches ausserhalb der Verfassung steht und entsprechend auch verfassungswidrige Massnahmen erlaubt.¹ Auf *extrakonstitutionelles* Notrecht musste zum letzten Mal während der beiden Weltkriege zurückgegriffen werden, in der Corona-Pandemie glücklicherweise jedoch nicht. Folglich ist es auch nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

Zum intrakonstitutionellen Notrecht gehört insbesondere das Notverordnungsrecht des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV.² Dieses kann unter folgenden Voraussetzungen angerufen werden:

- Gefährdung oder Störung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit
- Schwere und Unmittelbarkeit der Gefährdung oder Störung
- Zeitliche Dringlichkeit
- Subsidiarität
- Verhältnismässigkeit³

¹ Ausführlich zur Terminologie vgl. DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 34 ff.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³ DAVID RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Sicherheit & Recht 3/2016, 143–155, 148; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 71 und 99; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 46, Rz. 25.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, juristischer Sekretär mbA im Generalsekretariat der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich, Lehrbeauftragter für Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen und für Staatsrecht an der Fachhochschule Kalaidos.

Notverordnungen sind zu befristen (Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV). Sollen sie länger als sechs Monate in Kraft bleiben, so muss der Bundesrat der Bundesversammlung bis dahin einen Entwurf für eine gesetzliche Grundlage oder für eine parlamentarische Notverordnung⁴ vorgelegt haben.⁵

Der Bundesrat hat seit dem Zweiten Weltkrieg wiederholt von diesem Notverordnungsrecht Gebrauch gemacht. Beispielsweise hat er Angehörigen von bestimmten Staaten untersagt, in der Schweiz Schusswaffen zu tragen.⁶ Oder er hat auf dem Höhepunkt der letzten Finanzkrise eine Grossbank rekapitalisiert.⁷ Die bisherige Notrechtspraxis war jedoch sehr spärlich im Vergleich zu der hohen Kadenz, mit welcher der Bundesrat besonders zu Beginn der Corona-Pandemie Notverordnungen erlassen hat. Aber nicht nur die Anzahl der Massnahmen war ausserordentlich.⁸ Aufgrund der Dauer der Krise und der Betroffenheit von Wirtschaft und Gesellschaft unterscheiden sich die Massnahmen auch inhaltlich deutlich von der bisherigen Praxis.⁹ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN sprechen deshalb zu Recht von einer «ausserordentlichen» ausserordentlichen Lage.¹⁰ Diese Ausserordentlichkeit ging am Recht der besonderen und ausserordentlichen Lagen nicht spurlos vorbei. Die bisherige Praxis wurde dadurch präzisiert und weiterentwickelt. Diese Auswirkungen werden nachfolgend am Beispiel einiger Institute des Rechts der besonderen und ausserordentlichen Lage kritisch beleuchtet.

II. Besondere und ausserordentliche Lage

Ursprünglich wurde zwischen der normalen und der ausserordentlichen Lage unterschieden. In der normalen Lage gilt – wenig überraschend – das ordentliche Recht. Demgegenüber genügen die ordentlichen Mittel und die normalen Verwaltungsabläufe in einer ausserordentlichen Lage definitionsgemäss nicht mehr, um

die anstehenden Probleme und Herausforderungen zu bewältigen.¹¹ Für diesen Fall stellt das Recht zusätzlich ausserordentliche Mittel oder Rechtssetzungsverfahren zur Verfügung.

Im sicherheitspolitischen Bericht des Jahres 2000 wurde das Begriffspaar um die besondere Lage ergänzt.¹² Auch bei der besonderen Lage genügen die ordentlichen Mittel nicht. Es können jedoch lediglich «gewisse Staatsaufgaben mit den normalen Verwaltungsabläufen nicht mehr bewältigt werden», während in der ausserordentlichen Lage «in zahlreichen Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen».¹³ Daraus folgt, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt nur immer eine Lage herrschen kann, je nachdem, ob lediglich gewisse oder zahlreiche Bereiche der Staatstätigkeit betroffen sind. Das Epidemien-gesetz wurde erst nach Einführung der besonderen Lage totalrevidiert und kennt deshalb bereits drei Lagen. In der besonderen Lage kann der Bundesrat gewisse ausdrücklich im Gesetz vorgesehene Massnahmen anordnen (Art. 6 EpG), in der ausserordentlichen Lage hingegen alle notwendigen Massnahmen (Art. 7 EpG).¹⁴ Die Notverordnungs-kompetenz des Bundesrates nennt die ausserordentliche Lage zwar nicht ausdrücklich. Es ist jedoch unbestritten, dass beim Erfüllen der Voraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV eine ausserordentliche Lage vorliegt.¹⁵

1. Praxis während der Corona-Pandemie

Am 28. Februar 2020 erliess der Bundesrat die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19).¹⁶ Die Verordnung stützte sich auf Art. 6 EpG, die Verordnungskompetenz des Bundesrates für besondere Lagen. Am 13. März wurde diese Verordnung durch die *Verordnung 2* über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) abgelöst.¹⁷ Diese stützte sich zur

⁴ Vgl. dazu ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 528 ff.

⁵ Art. 7d Abs. 2 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010.

⁶ Z.B. Verordnung vom 18. Dezember 1991 über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige, AS 1992 23; für weitere Beispiele und die Geschichte der Waffenverbote vgl. TOBIAS TSCHUMI, Waffenverbote für Angehörige bestimmter Staaten im Konflikt mit der Rechtsgleichheit, Sicherheit & Recht 2/2015, 72–81, 72 ff.

⁷ Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG, AS 2008 4741; vgl. dazu und zu weiteren Beispielen RECHSTEINER (FN 1), Rz. 499 ff.

⁸ Für eine Übersicht der bis am 22. April 2020 erlassenen Verordnungen siehe GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), 239–267, 244 ff.

⁹ Zu den Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt vgl. ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, 157–179, 158.

¹⁰ Vgl. FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, AJP 6/2020, 685–701, 688 f. und 691 ff.

¹¹ Vgl. ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 7 ff.

¹² Sicherheit durch Kooperation, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOL B 2000) vom 7. Juni 1999, BBl 1999 7657 ff., 7721 und 7728; vgl. auch RECHSTEINER (FN 1), Rz. 8.

¹³ So die aktuelle Definition in Die Sicherheitspolitik der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 24. August 2016, BBl 2016 7763 ff., 7884 (Hervorhebungen durch den Autor).

¹⁴ Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG), SR 818.101.

¹⁵ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 693; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 58; RAINER J. SCHWEIZER/JAN SCHEFFLER, Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der schweizerischen Armee und an ihr zukünftiges Leistungsprofil, ZÖR 2011, 299–365, 308 und 348; TSCHANNEN (FN 3), § 46, Rz. 25, sowie Parlamentarische Initiative 09.402 «Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen», Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010, BBl 2010 1563 ff., 1567 f., und Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010, BBl 2020 2803 ff., 2805.

¹⁶ AS 2020 573.

¹⁷ AS 2020 773.

Hauptsache ebenfalls auf Art. 6 EpG. Entsprechend sprach auch der Bundesrat weiterhin von einer besonderen Lage. Die Verordnung enthielt jedoch auch Gesundheitsmassnahmen an der Grenze, die sich nicht auf Art. 6 EpG stützen konnten. Deshalb führte die Verordnung im Ingress zusätzlich auch Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV auf.¹⁸ Damit bestand bereits ab dem 13. März 2020 eine ausserordentliche Lage.

Ab dem 16. März 2020 sprach auch der Bundesrat von einer ausserordentlichen Lage und stützte die COVID-19-Verordnung 2 mit der gleichentags erfolgten Änderung auf Art. 7 EpG, nicht mehr aber auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV.¹⁹ Sodann wurden ab dem 20. März 2020 die ersten Notverordnungen erlassen, welche sich (dauerhaft) auf Art. 185 Abs. 3 BV stützten.²⁰

Offiziell wurde die ausserordentliche Lage am 19. Juni 2020 aufgehoben. Ab diesem Tag lag wieder eine besondere Lage vor. Die COVID-19-Verordnung 2 wurde auf diesen Tag aufgehoben und durch die Covid-19-Verordnung besondere Lage und die Covid-19-Verordnung 3 abgelöst.²² Die gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV erlassenen Verordnungen blieben jedoch weiterhin in Kraft.²³

2. Auseinanderfallen der Lagen in unterschiedlichen Sektoren

Daraus lässt sich zunächst der Schluss ziehen, dass damit die ausserordentliche Lage im Gesundheitsbereich und jene im wirtschaftlichen Bereich auseinanderfällt. Das ist an sich selbstverständlich, da die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie grundsätzlich länger andauern werden als die Pandemie selbst. Dadurch kann wirtschaftlich nach wie vor eine ausserordentliche Lage vorliegen, während epidemiologisch bereits wieder eine besondere oder gar normale Lage besteht. Das-

¹⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020, BBl 2020 6563 ff., 6568 (nachfolgend: Botschaft Covid-19-Gesetz).

¹⁹ COVID-19-Verordnung 2, Fassung vom 16. März 2020, in Kraft ab 17. März 2020, AS 2020 783.

²⁰ Bspw. Verordnung vom 20. März 2020 über den Fristenstillstand bei eigenössischen Volksbegehren, AS 2020 847, in Kraft bis 31. Mai 2020; Verordnung vom 20. März 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur), AS 2020 855, in Kraft bis 20. September 2020.

²¹ Während beim Grossteil der COVID-19-Verordnungen «COVID» durchgehend in Grossbuchstaben geschrieben wurde, wird in den seit Juni erlassenen Verordnungen «Covid» wie ein normales Nomen grossgeschrieben.

²² Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage), SR 818.101.26 (AS 2020 2213); Verordnung 3 vom 19. Juni 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3), SR 818.101.24 (AS 2020 2195).

²³ Bspw. COVID-Verordnung Kultur (FN 20), Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall), SR 830.31 (AS 2020 871).

selbe gilt für weitere Bereiche. So lag während der ausserordentlichen Lage nach Epidemien gesetz beispielsweise im Bereich des Strahlenschutzes oder der äusseren Sicherheit weiterhin eine normale Lage vor. Auch dies ist nachvollziehbar und sinnvoll, da einige Massnahmen zur Bewältigung von besonderen und ausserordentlichen Lagen bereichsspezifisch sind²⁴ und nicht angewendet werden müssen, solange die besondere oder ausserordentliche Lage lediglich in einem anderen Bereich besteht. Die bisherige im SIPOL B 2000 eingeführte Definition der besonderen und ausserordentlichen Lage, wonach es auf die Anzahl der betroffenen Staatsaufgaben und Bereiche der Regierungstätigkeit ankommt,²⁵ ist damit überholt. Richtigerweise definieren und unterscheiden sich die besondere und die ausserordentliche Lage nicht durch die Breite der gefährdeten Rechtsgüter, sondern durch die Intensität der Gefährdung.

Nach wie vor wird die Gefährdung jedoch nicht absolut bestimmt, sondern immer in Abhängigkeit der verfügbaren Mittel.²⁶ Sobald die für eine Lage vorhandenen Mittel nicht mehr ausreichen, um die Lage zu bewältigen, liegt die nächsthöhere Lage vor. Dabei ist die Anzahl der Lagen nicht auf zwei oder drei begrenzt, theoretisch könnte auch ein noch weiter differenziertes Lagesystem eingeführt werden, sofern dies für einen bestimmten Bereich sinnvoll wäre.

3. Die besondere und ausserordentliche Lage als Mittel der Krisenkommunikation

Bereits vor dem offiziellen Wechsel zur ausserordentlichen Lage wurde die COVID-19-Verordnung 2 teilweise auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV gestützt. Zudem wurde die COVID-19-Verordnung 2 mit dem förmlichen Wechsel von der ausserordentlichen Lage zurück zur besonderen Lage nicht nur durch die Covid-19-Verordnung besondere Lage, sondern auch durch die Covid-19-Verordnung 3 abgelöst, die sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützt. Diese Verordnung übernahm einen kleinen Teil der Bestimmungen der COVID-19-Verordnung 2, die sich nicht auf die Verordnungskompetenz des Bundesrates in besonderen Lagen nach Art. 6 EpG stützen konnten.²⁷ Konkret handelt es sich um die Massnahmen zur Sicherstellung der Kapazitäten der Schweiz zur Bewältigung der Epidemie, insbesondere zur Aufrechterhaltung einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und wichtigen medizinischen Gütern.²⁸ Das bedeutet, dass es sowohl bereits vor dem offiziellen Beginn als auch nach dem offiziellen Ende der ausserordentlichen Lage offensichtlich notwendig war, Massnahmen zum Schutz der Gesundheit gestützt auf Art. 7 EpG bzw. Art. 185 Abs. 3 BV zu erlassen. Damit bestand rechtlich bereits früher eine

²⁴ Für einige Beispiele siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 882 ff.

²⁵ Vgl. vorne Abschnitt II.

²⁶ Vgl. RECHSTEINER (FN 1), Rz. 20.

²⁷ Botschaft Covid-19-Gesetz (FN 18), 6569.

²⁸ Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Verordnung 3.

ausserordentliche gesundheitliche Lage. Und diese Lage besteht weiterhin.²⁹ Der Wechsel von der besonderen zur ausserordentlichen Lage und wieder zurück erfolgt mithin nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus politischen Gründen. Beim offiziellen Ende der ausserordentlichen Lage ging es wohl darum, der Bevölkerung und der Wirtschaft zu signalisieren, dass sich die Situation im Vergleich zum Höhepunkt der Pandemie stark verbessert hat. Damit wurde das Recht – nicht zum einzigen Mal in dieser Pandemie – als Mittel der Krisenkommunikation eingesetzt.³⁰

4. Zwei oder drei Lagen

Während im EpG und in gewissen weiteren Erlassen³¹ zwischen drei Lagen unterschieden wird, kennen viele, insbesondere ältere, Erlasse die besondere Lage nicht und unterscheiden lediglich zwischen zwei Lagen.³² Dabei drängt sich die Vermutung auf, dass in solchen Systemen die ausserordentliche Lage bereits dann ausgesprochen würde, wenn in einem System mit drei Lagen noch die besondere Lage gelten würde. Zumindest bei der ausserordentlichen Lage nach dem Bevölkerungsschutzgesetz des Kantons Zürich war dies anders. Dort hat der Regierungsrat gleichzeitig mit dem Bund festgestellt, dass eine ausserordentliche Lage vorliegt und sie zeitlich mit der ausserordentlichen Lage nach EpG wieder beendet.³³ Allerdings kann dies ebenfalls in erster Linie ein Mittel der Krisenkommunikation gewesen sein. Deshalb lassen sich wohl nur begrenzt rechtliche Schlüsse daraus ziehen.

III. Verfahrensbeschleunigung

Der Zeitgewinn einer Notverordnung liegt in erster Linie darin, dass die Zuständigkeit von der Bundesversammlung zum Bundesrat verschoben wird und damit die Zeit für die Beratung in den Kommissionen und Räten wegfällt. Eine Notverordnung wird jedoch auch regelmässig deutlich rascher erlassen als eine ordentliche Verordnung. Dazu kann das Rechtssetzungsverfahren des Bundesrates auf verschiedene Weise beschleunigt werden. Zunächst kann das Vernehmlassungsverfahren verkürzt oder gänzlich weggelassen werden. Weiter

kann die Notverordnung (ausnahmsweise)³⁴ rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Sodann kann der Erlass dringlich publiziert werden, das heisst, weniger als fünf Tage vor dem Inkrafttreten.³⁵ Und schliesslich kann auf Schubladenerlasse zurückgegriffen werden.³⁶

Während der Corona-Pandemie kamen bisher (soweit ersichtlich) keine Schubladenerlasse zum Einsatz. Von den anderen Instrumenten wurde jedoch Gebrauch gemacht. Diese Instrumente wurden zudem auch beim Erlass von ordentlichen Verordnungen eingesetzt. So wurde beispielsweise die Verordnung vom 18. März 2020 über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs³⁷ sowie die Änderung vom 16. April 2020 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016³⁸ dringlich veröffentlicht. Soweit ersichtlich wurden diese Verordnungen auch ohne Vernehmlassungsverfahren beschlossen. Allerdings ist es fraglich, ob ein solches aufgrund der beschränkten Tragweite und der geringen Betroffenheit der Kantone in diesen beiden Fällen überhaupt hätte durchgeführt werden müssen.³⁹

Bemerkenswert ist zudem, dass der Wortlaut des VIG lediglich vorsieht, dass die Vernehmlassungsfrist bei zeitlicher Dringlichkeit verkürzt werden kann.⁴⁰ Gemäss Praxis⁴¹ und zutreffender Ansicht der Lehre kann aber bei zeitlicher Dringlichkeit auch gänzlich auf ein Vernehmlassungsverfahren verzichtet werden.⁴² Zwar sollte wenn immer möglich zumindest ein verkürztes Vernehmlassungsverfahren durchgeführt werden. Trotzdem müsste die Möglichkeit eines kompletten Verzichts, wie er während der Corona-Pandemie sehr häufig vorkam, gesetzlich verankert werden.

IV. Notverordnungsrecht

Der Bundesrat hat während der ausserordentlichen Lage etliche Notverordnungen erlassen. Die Hauptverordnung, die COVID-19-Verordnung 2, stützte er auf Art. 7 EpG, die restlichen Verordnungen auf Art. 185 Abs. 3 BV. Daneben erliess er einige ordentliche Verordnungen gestützt auf spezialgesetzliche Delegationsnormen.

²⁹ Die Covid-19-Verordnung 3 stützte sich bis am 25. September 2020 auf Art. 185 Abs. 3 BV, seither auf Art. 3 und 8 des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), SR 818.102 (AS 2020 3835).

³⁰ Vgl. ausführlich STEFAN HÖFLER, Notrecht als Krisenkommunikation?, Redaktionelle Fallgruben in der COVID-19-Verordnung 2, AJP 6/2020, 702–709, insb. 709.

³¹ Vgl. z.B. Art. 14 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZDG), SR 824.0.

³² Vgl. z.B. Art. 47 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG), SR 784.10; § 2 des Bevölkerungsschutzgesetzes des Kantons Zürich (BSG ZH) vom 4. Februar 2008, LS 520.

³³ Regierungsratsbeschluss Kanton Zürich (RRB ZH) Nr. 242 vom 16. März 2020 und Nr. 594 vom 10. Juni 2020 (abrufbar unter www.rrb.zh.ch).

³⁴ Vgl. zu den Voraussetzungen BGE 136 I 65 E. 4.3.1 (74), 125 I 182 E. 2 b/cc (186 ff.); BIAGGINI, OFK, Art. 5 BV, Rz. 5; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 24, Rz. 26.

³⁵ Art. 7 Abs. 1 und 3 Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG), SR 170.512.

³⁶ Vgl. zur Verfahrensbeschleunigung ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 394 ff.

³⁷ AS 2020 839, gestützt auf Art. 62 SchKG.

³⁸ AS 2020 1243.

³⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. d und e Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG), SR 172.061.

⁴⁰ Art. 7 Abs. 4 VIG.

⁴¹ Vgl. die Nachweise bei BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 690 FN 53.

⁴² THOMAS SÄGESSER, Vernehmlassungsgesetz, Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2006, Art. 7, Rz. 24 und 30.

1. Art. 7 EpG

Zunächst stellt sich die Frage, welchen Gehalt Art. 7 EpG hat. Gemäss der Botschaft zum Epidemien-gesetz wiederholt Art. 7 EpG lediglich Art. 185 Abs. 3 BV und hat damit bloss einen deklaratorischen Charakter. BIAGGINI und KLEY sind hingegen der Ansicht, dass Art. 7 EpG einen eigenständigen Anwendungsbereich hat und sogar über Art. 185 Abs. 3 BV hinausgeht. Sie begründen dies einerseits damit, dass Art. 185 Abs. 3 BV weder die Unterstützung der Wirtschaft erlaubt noch Massnahmen *contra legem* gestattet. Andererseits zeige die Praxis der Vorgängerbestimmung von Art. 7 EpG, dass dieser einen eigenständigen Charakter haben müsse.⁴³

Unabhängig von der Auslegung von Art. 185 Abs. 3 BV und von der bisherigen Praxis zu Art. 7 EpG bzw. dessen Vorgängerbestimmung kann der Anwendungsbereich von Art. 7 EpG m.E. jedoch nicht über jenen von Art. 185 Abs. 3 BV hinausgehen. Das wäre mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar. Nach dem Legalitätsprinzip braucht jedes staatliche Handeln eine gesetzliche Grundlage, so kann sich der Staat für den Erlass von Verordnungen und Verfügungen auf die polizeiliche Generalklausel und der Bundesrat zusätzlich auf Art. 185 Abs. 3 BV als besondere (Ersatz-)Grundlage abstützen.⁴⁴ Diese Ersatzgrundlagen sind insofern besonders, als sie nicht nur einen Ersatz für einen ansonsten fehlenden Rechtssatz sind, sondern gleichzeitig eine Ausnahme von den Erfordernissen der genügenden Normstufe und Normdichte⁴⁵ und von den Anforderungen an eine Delegation an den Ordnungsgeber darstellen.⁴⁶ Staatspolitisch wird dies mit den zu schützenden hochwertigen Rechtsgütern begründet, staatsrechtlich ist es eine spezifische Ausgestaltung des Legalitätsprinzips im geschriebenen (Art. 185 Abs. 3 BV) und ungeschriebenen Verfassungsrecht (polizeiliche Generalklausel⁴⁷).

Für den Gesetzgeber bedeutet dies Folgendes: Er kann eine Sache selbst regeln und dabei die Anforderungen

an eine genügende gesetzliche Grundlage einhalten. Oder er kann unter Beachtung der Delegationsgrundsätze eine Regelungsmaterie dem Ordnungsgeber übertragen. Dabei muss die Delegation auf eine bestimmte Materie beschränkt sein. Zudem müssen die Grundzüge der vom Ordnungsgeber zu erlassenden Regelungen im Gesetz selber umschrieben und schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen im Gesetz selber enthalten sein.⁴⁸ Diesen Anforderungen genügt Art. 7 EpG klarerweise nicht. Zwar ist die Materie auf die Epidemienbekämpfung beschränkt. Es fehlen jedoch jegliche Grundzüge einer möglichen Ordnungsregelung. Überdies dürften die gestützt auf Art. 7 EpG erlassenen Verordnungen keinerlei schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen enthalten. Somit kann Art. 7 EpG die ihm von BIAGGINI und KLEY zugeschriebene Aufgabe nicht erfüllen. *De constitutione ferenda* wäre es zwar möglich, dass die Verfassung dem Gesetzgeber die Kompetenz einräumen würde, sog. Ermächtigungsnormen zu schaffen, die den Delegationsgrundsätzen nicht genügen müssen. Aufgrund der inhaltlichen Unbestimmtheit solcher Ermächtigungsnormen wäre es jedoch vermutlich einfacher, wenn der Verfassungsgeber solche Ermächtigungsnormen gleich selber schafft, wie er es mit Art. 185 Abs. 3 BV auch bereits getan hat.

Da der Gesetzgeber Art. 185 Abs. 3 BV *de constitutione late* nicht ausdehnen kann, kann Art. 7 EpG somit Art. 185 Abs. 3 BV nur (deklaratorisch) wiederholen oder konkretisierend einschränken. Abgesehen von der thematischen Beschränkung auf die Epidemienbekämpfung enthält Art. 7 EpG keine Einschränkungen. Deshalb handelt es sich m.E. um eine deklaratorische Wiederholung von Art. 185 Abs. 3 BV für das Epidemienrecht.⁴⁹

Wie BRUNNER/WILHELM/UHLMANN zu Recht bemerken, hat die deklaratorische Natur der Bestimmung zur Folge, dass die gesetzlichen Regelungen zum Einbezug der Bundesversammlung nach Art. 7d RVOG anwendbar sind.⁵⁰ Zusätzlich sind aber auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten. So sind solche Verordnungen zu befristen (Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV) und sie können von der Bundesversammlung jederzeit abgeändert oder aufgehoben werden (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV).⁵¹ Im

⁴³ BIAGGINI (FN 8), 260 ff.; ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), 268–276, insb. 272 f.; grundsätzlich zustimmend BENJAMIN MÄRKLI, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, Sicherheit & Recht 2/2020 59–67, 60 ff.; ähnlich FRÉDÉRIC BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, in diesem Heft, Abschnitt II/1.

⁴⁴ Vgl. BIAGGINI, OFK, Art. 5 BV, Rz. 8 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 40 ff.

⁴⁵ Vgl. zu den Erfordernissen SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 32 ff.

⁴⁶ Nach HÄFELIN/ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 369, gilt dies für alle selbstständigen Verordnungen; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 34), § 19, Rz. 37.

⁴⁷ Zur gewohnheitsrechtlichen Natur der polizeilichen Generalklausel vgl. BGE 128 I 327 E. 4.2 (340); 83 I 111 E. 2c (117); BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 49; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 46), Rz. 2580, sowie RECHSTEINER (FN 3), 144, m.w.H.

⁴⁸ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1872; TSCHANNEN (FN 3), § 27, Rz. 28 und 34.

⁴⁹ So bereits Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2010 311 ff., 365; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 885; sowie aktuell BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 694; ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le droit expérimental, Potentiel et limites en situation épidémiologique extraordinaire, in diesem Heft, Abschnitt II/1; PATRICIA M. SCHIASS RÜTIMANN, Der Zollvertrag und die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, Jusletter 4. Mai 2020, Rz. 32; ebenso im Ergebnis DAMIAN WYSS, Sicherheit und Notrecht, Ein Überblick über die Anwendung des Epidemien-gesetzes und das konstitutionelle Notrecht des Bundesrats in der COVID-19-Krise und im Allgemeinen, Jusletter 25. Mai 2020, Rz. 9.

⁵⁰ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 694.

⁵¹ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 27; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 52; AGATA ZIELNIEWICZ, Zur stärkeren Beteiligung der Bundesversammlung in ausserordentlichen Lagen, Parlament

Fall der COVID-19-Verordnung 2 wurden diese Vorgaben eingehalten. Anders als die Covid-19-Verordnung besondere Lage war die COVID-19-Verordnung 2 von Anfang an auf sechs Monate befristet,⁵² und da sie nach rund drei Monaten ausser Kraft trat, musste der Bundesversammlung kein Entwurf für eine gesetzliche Grundlage oder eine parlamentarische Notverordnung vorgelegt werden.

Auch wenn Art. 7 EpG rein deklaratorischer Natur ist, kann es aus gesetzgebungstechnischer Sicht sinnvoll sein, eine Verordnung im Ingress auf diese Bestimmung zu stützen anstatt auf Art. 185 Abs. 3 BV. Damit wird klargestellt, dass es sich dabei um Massnahmen handelt, die direkt der Epidemienbekämpfung dienen.

Den Befürwortern eines eigenständigen Gehalts von Art. 7 EpG scheint die fehlende Einhaltung der Delegationsgrundsätze ebenfalls bewusst zu sein. Sie deuten nämlich an, dass Art. 7 EpG *de lege ferenda* konkretisiert und als genügende Delegationsgrundlage ausgestaltet werden könnte.⁵³ Eine solche Konkretisierung scheitert m.E. aber am schieren Umfang der möglichen Massnahmen. Am Beispiel des Covid-19-Gesetzes sieht man, dass allein die genügenden Delegationsgrundlagen für die sog. Sekundärmassnahmen sowie einige wenige Primärmassnahmen über sieben Gesetzesseiten füllen.⁵⁴ Die zusätzlichen, in der COVID-19-Verordnung 2 enthaltenen Primärmassnahmen würden wohl Delegationsgrundlagen im Umfang von einigen weiteren Gesetzesseiten erfordern. Und damit wäre lediglich die Corona-Pandemie abgedeckt. Zwar weiss man nicht, wie eine nächste Pandemie (oder Epidemie) aussehen wird. Sie wird sich jedoch mit Sicherheit von der Corona-Pandemie unterscheiden und zumindest teilweise andere Massnahmen erfordern. Diese Unvorhersehbarkeit liegt in der Natur der ausserordentlichen Lagen.⁵⁵ Daneben gibt es noch weitere mögliche ausserordentliche Lagen. Das soll den Gesetzgeber zwar nicht davon abhalten, für typische Massnahmen zur Bewältigung von ausserordentlichen Lagen eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Es wird jedoch immer eine Generalklausel brauchen, welche zur Wahrung des Legalitätsprinzips nicht auf Gesetzesstufe sein kann, sondern in der Verfassung stehen muss.

2. Primär- und Sekundärmassnahmen

Wie einleitend bereits erwähnt, bedroht die Corona-Pandemie nicht nur die Gesundheit, sondern beeinträchtigt ebenfalls die Wirtschaft und die Gesellschaft. Deshalb gibt es in dieser Krise nicht nur sog. Primär-

massnahmen, die direkt der Bewältigung der ausserordentlichen gesundheitlichen Lage dienen, sondern auch sog. Sekundärmassnahmen, welche die Bewältigung von Folgeproblemen bezwecken, die durch diese Primärmassnahmen verursacht wurden.⁵⁶ Grundsätzlich ist am Ingress der Covid-19-Verordnungen erkennbar, um welche Massnahme es sich handelt. Primärmassnahmen stützen sich in der Regel auf Art. 7 EpG, Sekundärmassnahmen auf Art. 185 Abs. 3 BV.⁵⁷ Solche notrechtlichen Sekundärmassnahmen hat es ausserhalb des Vollmachtenrechts⁵⁸ soweit ersichtlich noch nie gegeben. Folglich waren sie vor der Corona-Pandemie auch nicht Gegenstand von Lehre und Rechtsprechung zu Art. 185 Abs. 3 BV. Dementsprechend ist noch einiges im Unklaren.

2.1 Grundsätzliche Zulässigkeit

Notverordnungen können bei einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit erlassen werden.⁵⁹ Die öffentliche Gesundheit als Teil der inneren Sicherheit gehört zu den von Art. 185 Abs. 3 BV geschützten Rechtsgütern.⁶⁰ Sie ist durch die Corona-Pandemie schwer und unmittelbar bedroht. Entsprechend ist es unstrittig, dass Primärmassnahmen mittels Notverordnung erlassen werden dürfen.⁶¹

Bei den Sekundärmassnahmen ist zwischen den Massnahmen zur Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens des Staates und jenen, die wirtschafts- und sozialpolitische Ziele verfolgen, zu unterscheiden. Zur ersten Gruppe gehören die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrechte sowie die beiden Verordnungen zum Fristenstillstand in Zivil- und Verwaltungsverfahren und bei eidgenössischen Volksbegehren.⁶² Die staatlichen Institutionen und damit auch deren ordnungsgemässes Funktionieren sind Teil der

⁵⁶ Vgl. Botschaft Covid-19-Gesetz (FN 18), 6571, sowie bereits Bundesamt für Justiz, Erläuterungen vom 16. April 2020 zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020, S. 3, abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/aktuell/coronavirus.html (nachfolgend: Erläuterungen COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht).

⁵⁷ Vgl. jedoch hinten Abschnitt IV/2.2a.

⁵⁸ Vgl. dazu ZACCARIA GIACOMETTI, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 558 ff.; WERNER SUTER, Notrecht und ausserordentliche Vollmachten im schweizerischen Bundesstaat, Diss. Zürich 1959.

⁵⁹ Vgl. vorne Abschnitt I.

⁶⁰ SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 76; RALPH TRÜMPLER, Notrecht, Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts *de lege lata* und *de lege ferenda*, Diss. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 282; vgl. zudem BENJAMIN SCHINDLER, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, Sicherheit & Recht 2/2017, 63–70, 65 f., nach welchem der Begriff «Polizei» (und damit auch jener der «Polizeigüter») unklare Konturen hat, weswegen dessen Verwendung in diesem Zusammenhang vermieden werden sollte.

⁶¹ Vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 36; TSCHANNEN (FN 3), § 46, Rz. 28; welche die Pandemie bzw. Epidemie ausdrücklich erwähnen.

⁶² 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), AS 2020 849;

2/2010, 24–30, 26; vgl. ausführlich zum Notverordnungsrecht der Legislative RECHSTEINER (FN 1), Rz. 528 ff.

⁵² Vgl. Art. 15 Covid-19-Verordnung besondere Lage, in der Fassung vom 19. Juni 2020 (AS 2020 2213), sowie Art. 12 Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 13. März (AS 2020 773), vom 18. März (AS 2020 841) sowie vom 1. April 2020 (AS 2020 1131).

⁵³ BIAGGINI (FN 8), 267; zustimmend MÄRKLI (FN 43), 62.

⁵⁴ Vgl. AS 2020 3835.

⁵⁵ RECHSTEINER (FN 1), Rz. 30 f.

öffentlichen Ordnung und damit ein von Art. 185 Abs. 3 BV geschütztes Rechtsgut. Dies ist soweit ersichtlich nicht umstritten.⁶³ Folglich sind solche Notverordnungen grundsätzlich zulässig.⁶⁴

Umstritten ist hingegen, ob das Notverordnungsrecht auch den Erlass von Sekundärmassnahmen erlaubt, welche wirtschafts- und sozialpolitische Ziele verfolgen. Einige Lehrmeinungen sprechen sich für eine enge Auslegung der von Art. 185 Abs. 3 BV geschützten Rechtsgüter aus. Demnach fallen sog. Wohlfahrtsmassnahmen nicht in den Anwendungsbereich des Notverordnungsrechts.⁶⁵ Nach der neueren Lehre geht der Anwendungsbereich unter Verweis auf die universale, prospektive und staatspolitische Dimension der inneren Sicherheit hingegen darüber hinaus. Demnach fallen auch Massnahmen zur Bewältigung von «wirtschaftliche[n] Desaster, die Staat und Gesellschaft in ihren Grundfesten erschüttern», darunter.⁶⁶ Meines Erachtens ist der neueren Lehre zu folgen.⁶⁷ Dies entspricht auch der jüngeren Praxis. Sowohl die Rekapitalisierung der UBS AG gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV als auch die Herausgabe der Bankkundendaten derselben UBS AG gestützt auf die polizeiliche Generalklausel dienten beide der Verhinderung eines wirtschaftlichen Desasters. Die Herausgabe der Bankkundendaten wurde vom Bundesgericht als zulässig erachtet. Dabei wurde zwar zunächst auf die wirtschaftspolizeiliche Natur der Massnahme verwiesen, inhaltlich wurde die Gefährdung aber mit den wirtschaftspolitischen Auswirkungen begründet (Forderungsverluste, makroökonomische Auswirkungen, Risiko einer schweren volkswirtschaftlichen Krise).⁶⁸ Die Rekapitalisierung der UBS AG musste zwar nicht vom Bundesgericht beurteilt werden, sie wurde aber von der Bundesver-

sammlung nachträglich genehmigt.⁶⁹ Zudem hat die Bundesversammlung im Nachgang auf inhaltliche Einschränkungen des Notverordnungsrechts verzichtet und festgehalten, dass der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV finanzielle Verbindlichkeiten eingehen kann, ohne dass die Bundesversammlung diese vorgängig genehmigen muss.⁷⁰ Da solche Verbindlichkeiten regelmässig nur für wirtschafts- und sozialpolitische Massnahmen notwendig sind, nicht aber für die klassische Gefahrenabwehr, hat sich die Bundesversammlung damit implizit für die grundsätzliche Zulässigkeit von wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen ausgesprochen.

Dass die innere Sicherheit auch Massnahmen zur Abwendung von wirtschaftlichen Desastern umfasst, bedeutet jedoch nicht, dass jegliche wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen notrechtlich angeordnet werden können. Bereits auf Stufe der Rechtsgüter ist zu beachten, dass es sich beim wirtschaftlichen Wohl und der sozialen Sicherheit um kollektive Rechtsgüter handelt. Zwar können wirtschafts- und sozialpolitische Massnahmen auch einzelnen Unternehmen oder Personen zugutekommen, sie müssen jedoch den Schutz des Systems als Ganzes bezwecken. Entsprechend wurde bei der Herausgabe der Bankkundendaten mehrfach von «Systemrelevanz» gesprochen.⁷¹ Weiter muss dieses kollektive Rechtsgut schwer gestört oder unmittelbar schwer gefährdet sein. Dabei ist zu beachten, dass besonders hochwertige Rechtsgüter wie Leib und Leben rasch schwer gestört sein können. Demgegenüber muss die Intensität der Störung bei weniger hochwertigen Rechtsgütern wie beim wirtschaftlichen Wohl oder der sozialen Sicherheit deutlich höher sein. Ebenso müssen die gewünschten Massnahmen notwendig sein. Es genügt nicht, dass sie bloss politisch wünschbar bzw. «nice to have»⁷² sind. Zudem darf mit einer Notverordnung m.E. grundsätzlich nur die akute Not bewältigt werden, vergleichbar mit einer vorsorglichen Massnahme. Die definitive Verteilung der wirtschaftlichen Belastung der Krise – zumindest soweit sie juristische Personen betrifft – sollte erst später, im ordentlichen Verfahren, beschlossen werden. Konkret stellt sich beispielsweise die Frage, ob es überhaupt zulässig sein kann, juristische Personen notrechtlich abschliessend zu entschädigen⁷³ oder ob ein (rückzahlbares) zinsloses

Verordnung vom 20. März 2020 über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren, AS 2020 847.

⁶³ Zustimmung GIOVANNI BIAGGINI, Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 121 (2020), 277–287, 281; WYSS (FN 49), Rz. 17, 18 und 21.

⁶⁴ Zur Zulässigkeit der Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren im Einzelnen vgl. jedoch BIAGGINI (FN 63), passim; sowie hinten Abschnitt IV/3.2.

⁶⁵ Vgl. BIAGGINI (FN 8), 257 ff., nach welchem zumindest eine «Mutation» von Art. 185 Abs. 3 BV stattgefunden hat; MÄRKLI (FN 43), 61; sowie vor der Krise BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 36.

⁶⁶ LUZIUS MADER, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten?, Die Fälle Swissair und UBS, in: Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, SVVOR Jahrbuch 2009, Bern 2010, 107–116, 112; so auch SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 79; MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrecht in der Kritik, ZBI 111 (2010), 409–450, 438; TRÜMLER (FN 60), Rz. 282; sowie aktuell BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 695; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 48), Rz. 1867g; FELIX UHLMANN, Kurzgutachten zuhanden Kantonsrat Zürich betreffend Kompetenzen des Kantonsrates unter dem Notverordnungsrecht (Coronavirus) und weitere Fragen, 19. März 2020, Rz. 21 (abrufbar unter: www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/uhlmann/Corona.html); WYSS (FN 49), Rz. 19.

⁶⁷ So bereits RECHSTEINER (FN 1), Rz. 446 ff.

⁶⁸ BGE 137 II 431 E. 4.1 und 4.2 (446 f.).

⁶⁹ Bundesbeschluss vom 15. Dezember 2008 über einen Kredit für die Rekapitalisierung der UBS AG, BBl 2009 439 ff.

⁷⁰ Parlamentarische Initiative 09.402 «Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen», Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010, BBl 2010 1563 ff., 1577.

⁷¹ BGE 137 II 431 E. 4.1, 4.2 und 4.4 (445 f. und 451).

⁷² So sehr treffend BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 695.

⁷³ So beispielsweise Art. 4 Abs. 1 Verordnung vom 20. Mai 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) auf die institutionelle familienergänzende Kinderbetreuung (Covid-19-Verordnung familienergänzende Kinderbetreuung), AS 2020 1753; Art. 4 Abs. 1 Verordnung vom 20. März 2020 über Begleitmassnahmen im Sportbereich zur Abfederung der Folgen von Massnahmen des Bundes zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung Sport), AS 2020 851; Art. 8 Abs. 1 COVID-Verordnung Kultur.

Darlehen nicht genügen würde. Würde ein solches Darlehen nachrangig gewährt, ginge es auch nicht zu Lasten der übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger. Zudem stünde es der Bundesversammlung offen, später, im ordentlichen demokratischen Verfahren, auf die Rückzahlbarkeit zu verzichten.

2.2 Eine Auslegeordnung der betroffenen Interessen

Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärmasnahme ist jedoch nicht nur für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Notverordnung relevant. Sie hat weiter auch Einfluss auf die involvierten Interessen. Das ist für die Prüfung der Verhältnismässigkeit relevant. Einerseits wird je nach geschütztem Rechtsgut ein anderes öffentliches Interesse verfolgt. Andererseits steht diesen Massnahmen jeweils ein anderes öffentliches oder privates Interesse entgegen. Bei den Primärmasnahmen ist dies in erster Linie das Grundrecht der vom Eingriff betroffenen Personen. Bei den Sekundärmasnahmen fehlt hingegen ein eigentlicher Eingriff. Allerdings sind die Rechtsgleichheit und die Wirtschaftsfreiheit potenziell aller Personen betroffen, die nicht oder in geringerem Umfang unterstützt wurden. Zusätzlich wird bei jedem Erlass einer Notverordnung durch die Exekutive die demokratische Mitwirkung des Parlaments und der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger eingeschränkt.

a) Primärmasnahmen

Die meisten Primärmasnahmen finden sich in der COVID-19-Verordnung 2. Dazu gehören insbesondere die Betriebs- und Verbandsverbote,⁷⁴ aber auch Einschränkungen beim Grenzübertritt⁷⁵ oder das Verbot von Menschenansammlungen im öffentlichen Raum⁷⁶. Diese Massnahmen dienen dem Schutz der Gesundheit. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung kommt diesem Interesse grundsätzlich ein hohes Gewicht zu. Es ist in erster Linie gegen die grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Personen abzuwägen (z.B. Bewegungs- oder Wirtschaftsfreiheit). Der Bundesrat hält sich jedoch nicht strikt an seine Definition und an die Unterteilung in die zwei Verordnungstypen. So enthält auch die Covid-19-Verordnung 3, die sich bis im September auf Art. 185 Abs. 3 BV stützte, in erster Linie Massnahmen zum Schutz der Gesundheit.⁷⁷

b) Freiwillige Primärmasnahmen

Gewisse Massnahmen zum Schutz der Gesundheit enthalten jedoch keine Vorschriften, sondern ermöglichen den betroffenen Personen, durch die freiwillige Vermeidung von physischem Kontakt, das Ansteckungsrisiko zu reduzieren. Dazu gehört beispielsweise die Möglich-

keit, Versammlungen von juristischen Personen des Privatrechts in Abweichung von den übrigen gesetzlichen Vorschriften schriftlich oder elektronisch durchzuführen.⁷⁸ Diese Massnahme befindet sich mittlerweile in der Covid-19-Verordnung 3 und wurde (vorläufig) bereits bis zum 31. Dezember 2021 [sic!] verlängert.⁷⁹ Ein weiteres Beispiel ist die Möglichkeit, Gerichtsverhandlungen mit dem Einverständnis der Parteien in Abweichung von der Zivilprozessordnung als Videokonferenz durchzuführen.⁸⁰

Solche freiwilligen Primärmasnahmen dienen ebenfalls dem Schutz der Gesundheit, aufgrund der Freiwilligkeit jedoch in geringerem Ausmass. Deshalb hat das öffentliche Interesse im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit weniger Gewicht als bei anderen Primärmasnahmen. Zudem ist zu prüfen, ob die jeweilige Massnahme nicht zu weit geht, wenn von ihr auch aus anderen Gründen als zum Schutz der Gesundheit Gebrauch gemacht werden kann.

c) Sekundärmasnahmen zur Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens des Staates

Ursprünglich war die Möglichkeit, Gerichtsverhandlungen mit dem Einverständnis der Parteien sowie bei zeitlicher Dringlichkeit oder aus anderen wichtigen Gründen als Videokonferenz durchzuführen jedoch eine Sekundärmasnahme und bezweckte die Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens des Staates. Zwar waren die Gerichte vom Veranstaltungsverbot ausgenommen,⁸¹ allerdings durften Verhandlungen nur physisch durchgeführt werden, wenn die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden konnten.⁸²

Bei solchen Sekundärmasnahmen zur Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens des Staates ist die Prüfung der Verhältnismässigkeit insofern speziell, als sich die gegenüberstehenden Interessen sehr ähnlich sind. Auf der einen Seite ist es das ordnungsgemässe Funktionieren einer bestimmten staatlichen Institution oder eines Prozesses, welche mit der Notverordnung sichergestellt werden soll. Um dieses Ziel zu erreichen, wird aber wiederum auf andere Weise vom üblichen, ordnungsgemässen Funktionieren abgewichen. Somit wird eine drohende Beeinträchtigung des ordnungsgemässen Funktionierens des Staates durch eine andere,

⁷⁴ Art. 6 COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 16. März 2020 (AS 2020 783).

⁷⁵ Art. 3 ff. COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 1. April 2020 (AS 2020 1131).

⁷⁶ Art. 7c COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 20. März 2020 (AS 2020 863).

⁷⁷ Vgl. vorne Abschnitt II/3.

⁷⁸ Art. 6a COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 16. März 2020 (AS 2020 783).

⁷⁹ Art. 29 Abs. 4 Covid-19-Verordnung 3, in der Fassung vom 11. September 2020 (AS 2020 3695).

⁸⁰ Art. 2 Abs. 1 Bst. a COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, in der Fassung vom 25. September 2020 (AS 2020 3821).

⁸¹ Vgl. auch Erläuterungen COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht (FN 56), 4. Der Bundesrat hat jedoch – soweit ersichtlich – nirgendwo gesagt, ob die Gerichte unter die Ausnahme der öffentlichen Verwaltung gemäss Art. 6 Abs. 3 Bst. j COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 16. März 2020 (AS 2020 783), fielen oder ob die COVID-19-Verordnung 2 ohnehin nur für die Exekutive galt, nicht aber für die Legislative und Judikative.

⁸² Art. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrechte.

weniger weit gehende Beeinträchtigung ersetzt. Da mit dem Erlass der Notverordnung gleichzeitig die demokratische Mitwirkung des Parlaments und indirekt des Volkes eingeschränkt wird, muss der Unterschied zwischen den Beeinträchtigungen von einer gewissen Erheblichkeit sein, damit eine solche Massnahme im Einzelfall zulässig ist.

d) Wirtschafts- und sozialpolitische Sekundärmassnahmen

Die meisten Sekundärmassnahmen verfolgen jedoch wirtschafts- und sozialpolitische Ziele. Dazu gehören neben Massnahmen für die Gesamtwirtschaft auch spezifische Massnahmen zugunsten des Sports, der Kultur und weiterer Bereiche. Neben den wirtschafts- und sozialpolitischen Zielen können diese Massnahmen jedoch noch weiteren Zwecken dienen. So kann es einerseits sein, dass der mit einer Primärmassnahme verbundene Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit den Betroffenen überhaupt nur *zumutbar* war, weil es eine Abfederung der wirtschaftlichen Folgen gab. Hierbei ist zu bedenken, dass die Massnahmen zur Epidemienbekämpfung regelmässig der ganzen Bevölkerung zugutekommen, jedoch einzelne Personen oder Bevölkerungsgruppen überdurchschnittlich stark einschränken können. Diese Abfederung kann bereits durch das ordentliche Recht erfolgen, wie die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitsgeberin bzw. des Arbeitgebers sowie die Arbeitslosenunterstützung, oder notrechtlich eingeführt werden, wie die Ausweitung der Kurzarbeit⁸³ sowie der Erwerbsersatz für Selbstständigerwerbende.⁸⁴ Dabei ist vorausgesetzt, dass die Primärmassnahme ohne die jeweilige Sekundärmassnahme für die Betroffenen unzumutbar wäre. Ist dies der Fall, so dient die Sekundärmassnahme auch dem Schutz der Gesundheit und sie wird zusammen mit der Primärmassnahme als eine Massnahme beurteilt.

Weiter können gewisse Sekundärmassnahmen auch zur Folge haben, dass die Primärmassnahmen *besser eingehalten* werden. So hatte wohl der Erwerbsersatz für Selbstständigerwerbende den (Neben-)Effekt, dass das Betriebsverbot besser eingehalten wurde und ein geringerer wirtschaftlicher Druck bestand, das Verbot zu unterlaufen. Eine solche Massnahme kann angezeigt sein, da die Kontrolle des Betriebsverbots beispielsweise bei personenbezogenen Dienstleistungen, welche auch im Rahmen von Hausbesuchen erbracht werden könnten, schwierig ist. Um den angestrebten Zweck, die Reduktion des wirtschaftlichen Drucks, zu erreichen, ist es vermutlich notwendig, dass die Höhe der Entschädigung zeitnah feststeht und rasch ausbezahlt wird. Solche Sekundärmassnahmen dienen zwar mittelbar eben-

falls dem Schutz der Gesundheit. Sie sind für den Erlass der Primärmassnahme jedoch nicht notwendig, sondern bloss hilfreich. Deshalb kommt dem öffentlichen Interesse bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ein geringeres Gewicht zu als bei der zu unterstützenden Primärmassnahme.

Daneben gibt vermutlich auch *reine Sekundärmassnahmen*, die weder mit Blick auf die Zumutbarkeit der Primärmassnahmen notwendig sind noch der besseren Einhaltung dieser dienen. Ein Beispiel dafür könnten die Ausfallentschädigungen für Kulturunternehmen sein. Angesichts der weiteren Abfederungsmassnahmen (Kurzarbeit sowie allenfalls eine Reduktion der Geschäftsmiete) war das Verbot – zumindest auf dem Höhepunkt der Pandemie – möglicherweise ein zumutbarer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Betroffenen. Zudem konnte das Verbot von grösseren, öffentlichen Veranstaltungen wohl ohne Weiteres kontrolliert und durchgesetzt werden. Somit musste der verbleibende wirtschaftliche Druck, das Verbot zu unterlaufen, nicht reduziert werden. Folglich könnten diese Ausfallentschädigungen ausschliesslich wirtschafts- und sozialpolitische Ziele verfolgen, wobei damit wohl nicht nur die Folgen der Primärmassnahmen abgefedert werden sollen, sondern auch Einbussen, die durch den freiwilligen Verzicht der Besucherinnen und Besucher sowie die allgemeine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage entstanden sind.

Welchen Zweck der Notverordnungsgeber mit einer Sekundärmassnahme verfolgt – die reine Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie oder auch die Sicherstellung der Zumutbarkeit oder die Unterstützung der Einhaltung der Primärmassnahmen – weiss letztlich nur er selber. Wird eine Verordnung angefochten, sollte er deshalb die mit der Massnahme verfolgten öffentlichen Interessen darlegen und die Verhältnismässigkeit begründen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Massnahme an einem falschen Massstab gemessen und allenfalls sogar zu Unrecht für unzulässig erklärt wird.

3. Rechtsbindung

Auch die Frage der Rechtsbindung der Notverordnungen erhielt in der Corona-Pandemie eine besondere Aufmerksamkeit. In diesem Bereich gab eine tatsächliche und eine vermeintliche Präzisierung bzw. Weiterentwicklung.

3.1 Gesetzesbindung

Gemäss einem Teil der Lehre erlaubt Art. 185 Abs. 3 BV lediglich Massnahmen *praeter legem*.⁸⁵ Dies entspricht

⁸³ Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung), SR 837.033, in der Fassung vom 17. März 2020 (AS 2020 877).

⁸⁴ Art. 2 Abs. 3 Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall), SR 830.31, in der Fassung vom 16. April 2020 (AS 2020 1257).

⁸⁵ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'état, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 1629; REGINA KIENER, *Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz*, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer (Hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen*, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 459–473, 465; PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), *Petit*

auch der Formel des Bundesgerichts, wonach Notverordnungen «nicht im Widerspruch zu Erlassen der Bundesversammlung stehen» dürfen⁸⁶ – was allerdings soweit ersichtlich noch nie entscheidungsrelevant war. Nach Ansicht der neueren Lehre sind hingegen auch Massnahmen *contra legem* zulässig.⁸⁷ Dem ist zuzustimmen.⁸⁸ Notverordnungen, die ein fehlendes formelles Gesetz ersetzen, dürfen auch von (anderen) Gesetzen abweichen, so wie ein Gesetz eine Ausnahme von einem anderen Gesetz machen darf. Die Diskussion soll an dieser Stelle jedoch nicht nochmals aufgerollt werden.⁸⁹ Interessant ist hier vielmehr die (stille) Praxisänderung des Bundesrats.

Dieser war ursprünglich zusammen mit der älteren Lehre und dem Bundesgericht der Ansicht, dass lediglich Massnahmen *praeter legem* zulässig sind.⁹⁰ Das Bundesamt für Justiz kam anscheinend jedoch bereits im Jahr 2006 zum Schluss, dass auch Massnahmen *contra legem* zulässig seien.⁹¹ Spätestens mit dem Erlass der Covid-19-Verordnungen hat sich der Bundesrat dieser Ansicht angeschlossen und ist teilweise sehr weitgehend von diversen Bundesgesetzen abgewichen. In einigen Erlassen hat er sogar ausdrücklich im Erlassentext angegeben, von welchen Gesetzesbestimmungen abgewichen wird.⁹² Wie BIAGGINI zu Recht bemerkt, hat der Bundesrat diese Praxisänderung jedoch nirgends begründet.⁹³ Dies müsste nachgeholt werden, insbesondere um die Auswirkungen im Hinblick auf einen künftigen Anwendungsfall beurteilen zu können.

3.2 Verfassungsbindung

Während die Meinungen zur Gesetzesbindung von Notverordnungen in der Lehre auseinandergehen, ist man sich bei der Frage der Verfassungsbindung grund-

sätzlich einig. Notverordnungen dürfen nicht gegen die Bundesverfassung vorstossen.⁹⁴ Lediglich vereinzelt wird postuliert, dass von der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung abgewichen werden dürfe.⁹⁵ Dafür besteht jedoch keine Notwendigkeit. Kann ein Kanton seine innere Sicherheit nicht selbst oder zusammen mit anderen Kantonen garantieren, so hat der Bund eine subsidiäre Letztverantwortung für die Wahrung von dessen innerer Sicherheit.⁹⁶ Zwar kommt diese subsidiäre Letztverantwortung wohl nur in ausserordentlichen Lagen zum Tragen, sie ist jedoch in Art. 52 BV angelegt und unabhängig vom Notverordnungsrecht des Bundesrates. Folglich besteht kein Eingriff, sondern eine verfassungsrechtlich vorgesehene Kompetenzverschiebung.⁹⁷ Bei wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen wurde die Frage bisher noch nicht thematisiert. In der Regel wird dies nicht notwendig und damit ohnehin nicht zulässig sein, da die Kantone die wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen auch in einer ausserordentlichen Lage in ihrem Kompetenzbereich selbst erlassen können. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, so würde wohl ebenfalls die subsidiäre Letztverantwortung des Bundes zum Zuge kommen. Wenn der hier vertretenen Ansicht gefolgt wird, dass auch wirtschafts- und sozialpolitische Massnahmen ausnahmsweise gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV erlassen werden können, so muss diese Auslegung wohl auch für Art. 52 BV gelten.

Der Bundesrat war bisher der Auffassung, dass er mit seinen Notverordnungen nicht von der Bundesverfassung abweichen darf.⁹⁸ Allerdings hat der Bundesrat zur Bewältigung der Corona-Pandemie ein paar Massnahmen erlassen, die gegen die Verfassung verstossen. Anders als teilweise befürchtet,⁹⁹ wurde hier m.E. jedoch keine Praxisänderung vorgenommen. Einige dieser Verstösse sind wohl ein der Hitze des Gefechts geschuldetes Versehen. Andere waren wohl politisch gewollt, aber nicht von einer geänderten Rechtsauffassung getragen.

So hat der Bundesrat beispielsweise mit der 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) den Beginn der Gerichtsferien vorgezogen. Dies galt ausdrücklich auch für die Gerichtsferien

commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 185, Rz. 8; MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 753; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 2702; sowie aktuell BIAGGINI (FN 8), 255 f.; KLEY (FN 43), 273.

⁸⁶ BGE 122 IV 258 E. 2a (262).

⁸⁷ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 42, mit Verweis auf Art. 184, Rz. 41 ff.; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 103 f.; TSCHANNEN (FN 3), § 46, Rz. 26; TRÜMPFLER (FN 60), Rz. 317; sowie aktuell MÄRKLI (FN 43), 65; ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, 9–54, 24 f.

⁸⁸ Vgl. RECHSTEINER (FN 1), Rz. 471 ff., und DERS. (FN 3), 152.

⁸⁹ Vgl. stattdessen die Nachweise in FN 85, 87 und 88; sowie BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 10), 696 ff., und ANDREA CARONI/STEFAN G. SCHMID, Notstand im Bundeshaus, AJP 6/2020, 710–721, 713 f., welche sich auf keine Position festlegen.

⁹⁰ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 418 f. (nachfolgend: Botschaft BV)

⁹¹ Unveröffentlichtes Gutachten vom 2. Oktober 2006, 3, erwähnt in Fall Tinner: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 19. Januar 2009, BBl 2009 5007 ff., 5046.

⁹² Z.B. COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht; COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall; sowie COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in der Fassung vom 20. März 2020 (AS 2020 877).

⁹³ BIAGGINI (FN 8), 255 f.; zustimmend TRÜMPFLER (FN 60), Rz. 315.

⁹⁴ Statt vieler AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 85), Rz. 1627; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 40; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 98.

⁹⁵ BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV, Rz. 10c; TRÜMPFLER (FN 60), Rz. 315.

⁹⁶ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, vom 2. März 2012, BBl 2012 4459 ff., 4488; SCHWEIZER/MOHLER, St. Galler Kommentar zu Art. 57 BV, Rz. 17; vgl. auch BIAGGINI, OFK, Art. 57 BV, Rz. 6; BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICKER, Art. 57, Rz. 27 f.; ISABELLE WILDHABER, Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund, Sicherheit & Recht 3/2015, 170–183, 177.

⁹⁷ Im Ergebnis wohl auch TSCHANNEN (FN 3), § 46, Rz. 26; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 98.

⁹⁸ Botschaft BV (FN 90), 418 f.

⁹⁹ BIAGGINI (FN 8), 256 f.; CARONI/SCHMID (FN 89), 714.

nach kantonalem Verfahrensrecht.¹⁰⁰ Damit hat der Bundesrat in die kantonalen Kompetenzen eingegriffen. Allerdings hat der Bundesrat einen Monat später in den Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrechte mehrfach festgehalten, dass das kantonale Verfahrensrecht in der Zuständigkeit der Kantone ist und auch während der ausserordentlichen Lage in deren Zuständigkeit bleibt.¹⁰¹ Somit ist der Eingriff in die kantonalen Kompetenzen zwar verfassungswidrig, dahinter steht m.E. aber keine geänderte Rechtsauffassung des Bundesrates. Dasselbe gilt wohl für Art. 11 Abs. 3 der COVID-Verordnung Kultur. Diese Bestimmung sieht vor, dass gegen Entscheide in Vollzug dieser Verordnung kein Rechtsmittel offensteht. Dies ist nicht mit Art. 29a BV vereinbar und somit ebenfalls verfassungswidrig.¹⁰² Da die anderen Verordnungen, welche Unterstützungsmassnahmen vorsehen, keine vergleichbare Bestimmung enthalten,¹⁰³ ist auch diese Verfassungswidrigkeit m.E. nicht von einer geänderten Rechtsauffassung des Bundesrates getragen.

Als weiteres Beispiel wird jeweils der Fristenstillstand für eidgenössische Volksbegehren¹⁰⁴ angeführt. Hier kann m.E. aber nicht ohne Weiteres gesagt werden, dass damit von der Verfassung abgewichen wird. Die Verfassung enthält lediglich Grundsätze und wird durch das Gesetz konkretisiert. Wenn eine Frist in der Verfassung festgelegt wird, ist es deshalb grundsätzlich denkbar, auf Gesetzesebene einen Fristenstillstand einzuführen. Bei anderen Fristen der Bundesverfassung hat der Bundesgesetzgeber das bisher zwar nicht gemacht. Allerdings legt er im Gesetz die Modalitäten der Amtsdauer der Mitglieder des Nationalrates fest. Diese beträgt nach Art. 145 BV vier Jahre. Art. 57 BPR¹⁰⁵ sieht jedoch vor, dass die Amtsdauer erst mit der Konstituierung des neu gewählten Rates endet, auch wenn sich die Konstituierung aufgrund von Wahlbeschwerden über die Amtsdauer von vier Jahren hinaus verzögert.¹⁰⁶ Umgekehrt endet die Amtsdauer eines Mitglieds, das im Rahmen einer Ergänzungswahl nach Art. 56 BPR gewählt wurde, ebenfalls mit der Konstituierung des neu gewählten Rates, auch wenn es bis dahin deutlich weniger als vier Jahre im Amt war.¹⁰⁷ Folglich ist es grundsätzlich möglich, auf Gesetzesebene (und damit auch mit einer Notverordnung) die Modalitäten für in der Verfassung vorgesehene Zeitspannen zu regeln, sei es nun die Frage einer späteren Ergänzungswahl oder eines Fristenstillstands. Ob die Notverordnung auch zeitlich dringlich und notwendig war, ist damit nicht gesagt

und soll an dieser Stelle auch nicht erörtert werden.¹⁰⁸ Lediglich ein Punkt sei angemerkt. Und zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass eine Volksinitiative zur Abschaffung von Art. 185 Abs. 3 BV oder zu einer anderweitigen Abänderung des Rechts in ausserordentlichen Lagen lanciert würde. Eine Unterschriftensammlung für eine solche Volksinitiative muss immer zulässig sein, ansonsten würde das Volk seiner Rolle als Verfassungsgeber enthoben.¹⁰⁹ Zudem entspricht es dem allgemeinen Grundsatz des intrakonstitutionellen Notrechts, dass von jenen Bestimmungen, die das Notrecht regeln, nicht abgewichen werden darf.¹¹⁰ Entsprechend darf es dem ordentlich zuständigen Organ auch nicht verwehrt werden, diese Bestimmungen zu ändern. Folglich hätte die Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren eine Ausnahme für einen solchen Fall vorsehen müssen.

4. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz bei Notverordnungen ist eingeschränkt. Wie alle Erlasse des Bundesrates unterliegen Notverordnungen nicht der abstrakten Normenkontrolle.¹¹¹ Dies hat das Bundesgericht während der Corona-Pandemie bekräftigt.¹¹² Und eine konkrete Normenkontrolle durch das Bundesgericht ist nur möglich, soweit die Notverordnung nicht als Entscheid auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen ist. Da es sich dabei um eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie handelt (Art. 29a BV), ist der Sicherheitsbegriff in diesem Zusammenhang jedoch restriktiv auszulegen. Eine konkrete Normenkontrolle ist ebenfalls möglich, wenn als Gegen Ausnahme ein völkerrechtlicher Anspruch auf Überprüfung besteht, beispielsweise wenn ein «civil right» oder eine «criminal charge» nach Art. 6 Abs. 1 EMRK¹¹³ betroffen ist.¹¹⁴

Bei Sekundärmassnahmen, welche wirtschaftliche oder soziale Ziele verfolgen, besteht zusätzlich das Problem, dass die Verfügungsadressaten kein praktisches Interesse daran haben, eine allfällige Rechtswidrigkeit der Notverordnung geltend zu machen. Und die übrigen Personen, welche die Massnahme über ihre Steuern oder Sozialabgaben finanzieren, sind durch die Verfügung nicht besonders berührt. Da es keine Popularbeschwerde gibt, können sie nicht gegen die Verfügung

¹⁰⁰ AS 2020 849.

¹⁰¹ Erläuterungen COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht (FN 56), 3 f.

¹⁰² Vgl. MÄRKLI (FN 43), 63.

¹⁰³ Vgl. z.B. Art. 8 COVID-19-Verordnung Sport; Art. 5 Covid-19-Verordnung familienergänzende Kinderbetreuung.

¹⁰⁴ Verordnung vom 20. März 2020 über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren, AS 2020 847.

¹⁰⁵ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR), SR 161.1.

¹⁰⁶ LÜTHI, St. Galler Kommentar zu Art. 145 BV, Rz. 9.

¹⁰⁷ BIAGGINI, OFK, Art. 145 BV, Rz. 4.

¹⁰⁸ Vgl. stattdessen ausführlich BIAGGINI (FN 63), 281 ff.

¹⁰⁹ Vgl. auch YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 2285.

¹¹⁰ Vgl. HANGARTNER/KLEY (FN 109), Rz. 2245; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 473.

¹¹¹ Art. 189 Abs. 4 BV.

¹¹² BGer 2C_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2.

¹¹³ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

¹¹⁴ Art. 83 Bst. a Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110; vgl. ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 927 ff., m.w.H.; STÖCKLI (FN 87), 45 ff.

vorgehen.¹¹⁵ Lediglich wenn Verfügungsadressaten, deren Leistungsgesuch (teilweise) abgewiesen wurde, die Verfügung mit anderen Rügen anfechten (z.B. die verfügende Behörde habe die Anspruchsvoraussetzungen falsch angewendet), kann das Gericht im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zum Schluss kommen, die Voraussetzungen für den Erlass einer Notverordnung seien gar nicht erfüllt gewesen. Angesichts dessen erstaunt es nicht, dass der bisher soweit ersichtlich einzigen erfolgreichen Anfechtung einer Notverordnung folgende spezielle Interessenkonstellation zugrunde lag: Der Kanton Zürich hatte eine Notverordnung erlassen, welche den Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen einen Anspruch auf Entschädigung der entgangenen Elternbeiträge gewährte. Der Entschädigungsanspruch richtete sich jedoch nicht gegen den Kanton, sondern die Standortgemeinde, wobei sich der Kanton zur Hälfte an den Ausfallentschädigungen beteiligte.¹¹⁶ Somit wurde durch eine Sekundärmassnahme, welche wirtschaftliche und soziale Ziele verfolgte, ausnahmsweise jemand direkt belastet. Eine der belasteten Gemeinden hat sodann Beschwerde geführt, worauf das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Verordnung aufgehoben hat.¹¹⁷

V. Schlussfolgerungen

Mit dem Ende der ausserordentlichen Lage nach Epidemienengesetz und der Weitergeltung der Sekundärmassnahmen zur Bewältigung der ausserordentlichen wirtschaftlichen Lage zeigte sich, dass die ausserordentliche Lage nicht zahlreiche oder gar alle Gebiete der Staatstätigkeit umfassen muss, sondern bereichsspezifisch auftreten kann. Sie unterscheidet sich von der besonderen Lage nicht durch die Breite, sondern vielmehr durch die Intensität der Störung. Die bisherige Definition und Unterscheidung im sicherheitspolitischen Bericht sind damit überholt. Allerdings werden die Begriffe der besonderen und der ausserordentlichen Lagen in der Corona-Pandemie nicht nur im rechtlichen Sinn verwendet, sondern auch als Mittel der Krisenkommunikation.

In besonderen und ausserordentlichen Lagen stehen diverse Instrumente der Verfahrensbeschleunigung zur Verfügung, sowohl für den Erlass von Notverordnungen wie auch von ordentlichen Rechtssätzen. Diese wurden in der Corona-Pandemie vielfältig eingesetzt. Insbesondere wurde zu Beginn der Pandemie oft auf

eine Vernehmlassung verzichtet. Das ist zwar zulässig, sollte aber ausdrücklich im Gesetz festgehalten werden.

Erstmals wurde in der Corona-Pandemie eine Notverordnung auf Art. 7 EpG abgestützt. Zu Recht versteht der Bundesrat diese Bestimmung lediglich als deklaratorische Wiederholung von Art. 185 Abs. 3 BV für das Epidemienengesetz. Ein darüber hinausgehender Gehalt von Art. 7 EpG wäre mit dem Legalitätsprinzip auch nicht vereinbar. Offiziell wurde die ausserordentliche gesundheitliche Lage im Juni 2020 beendet und Art. 7 EpG seither nicht mehr angewendet. Trotzdem sind immer noch einige Primärmassnahmen in Kraft, welche nicht auf Art. 6 EpG, sondern auf Art. 185 Abs. 3 BV bzw. dem Covid-19-Gesetz beruhen. Folglich befinden wir uns weiterhin in einer ausserordentlichen gesundheitlichen Lage und die entsprechenden Massnahmen sollten sich aus Gründen der Transparenz und in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis auf Art. 7 EpG stützen.

Mit der Differenzierung zwischen ausserordentlichen gesundheitlichen und wirtschaftlichen Lagen verbunden ist die Unterscheidung von Primär- und Sekundärmassnahmen. Primärmassnahmen und Sekundärmassnahmen zur Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens des Staates sind grundsätzlich zulässig. Nach der hier vertretenen Ansicht erlaubt Art. 185 Abs. 3 BV auch wirtschafts- und sozialpolitische Sekundärmassnahmen. Dabei handelt es sich aber um den Schutz von kollektiven Rechtsgütern. Zudem sind diese Rechtsgüter weniger hochwertig, weswegen an die Schwere der Gefährdung höhere Anforderungen gestellt werden. Weiter kann es aus Gründen der Verhältnismässigkeit geboten sein, dass lediglich eine vorübergehende Lösung getroffen wird, beispielsweise in Form eines Darlehens, und erst später im ordentlichen Verfahren über die abschliessende Verteilung der wirtschaftlichen Folgen der ausserordentlichen Lage entschieden wird. Wirtschafts- und sozialpolitische Massnahmen können jedoch auch die Zumutbarkeit einer Primärmassnahme sicherstellen oder zu deren besseren Einhaltung beitragen. Im ersten Fall sind sie Teil der Primärmassnahme, im zweiten Fall kann die Verhältnismässigkeit auch am öffentlichen Interesse an der Gesundheit gemessen werden. Bei Sekundärmassnahmen ist weiter speziell, dass diese zwar ebenfalls einer konkreten Normenkontrolle unterliegen, anders als Primärmassnahmen fehlt den direkt Betroffenen aufgrund des Leistungscharakters der Massnahme jedoch regelmässig ein praktisches Interesse, eine allfällige Rechtswidrigkeit der Notverordnung geltend zu machen.

Schliesslich hat der Bundesrat bei der Frage der Rechtsbindung der Notverordnungen einen Praxiswechsel vollzogen. Während er bisher davon ausging, dass nur Massnahmen *praeter legem* zulässig sind, hat er nun – in Übereinstimmung mit der neueren Lehre – in grossem Stil Massnahmen *contra legem* erlassen. Er hat auch einige wenige Massnahmen *contra constitutionem* erlassen. Dabei handelt es sich jedoch um Einzelfälle, welche nicht auf eine geänderte Rechtsüberzeugung und damit auf einen weiteren Praxiswechsel schliessen lassen.

¹¹⁵ ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 48, Rz. 12.

¹¹⁶ § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 Verordnung über die Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen zur Verminderung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie vom 22. April 2020, ABI ZH 2020-04-24.

¹¹⁷ VGer ZH AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020; vgl. dazu die Bemerkungen von STEPHANIE BERNET, AJP 8/2020, 1057–1060.