



Benjamin Märkli*

Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen

Dem Ausbruch der Corona-Pandemie ist der Bundesrat mit verschiedenen Notverordnungen begegnet, die der vorliegende Beitrag beleuchtet. Die Verordnungen werfen grundlegende Fragen zum Notrecht auf, insbesondere zur Rechtsgrundlage der Verordnungen und zum Verhältnis des Notrechts zur übrigen Rechtsordnung. Diese Fragen beantwortet der Hauptteil des Texts. Den Antworten folgen Überlegungen zum «Wie weiter?» nach dem seuchenrechtlichen Krisenregime.

Pour faire face à la pandémie de coronavirus, le Conseil fédéral a édicté plusieurs ordonnances de nécessité qui sont examinées dans cet article. Les ordonnances soulèvent des questions essentielles sur le droit de nécessité, en particulier en ce qui concerne la base légale des ordonnances et la relation du droit de nécessité avec le reste de l'ordre juridique. L'article répond à ces questions dans sa partie principale. Ces réponses sont suivies par des considérations sur la question de « l'après » qui doit faire suite au régime de crise basé sur la législation sur les épidémies.

Inhalt

- I. Die Verordnungen
- II. Grundlage des Notrechts
- III. Rechtsbindung des Notrechts
 1. Grundrechte
 2. Kompetenzordnung
 3. Gesetzes- und Verordnungsrecht
- IV. Kontrolle des Notrechts
- V. Ende des Notrechts

I. Die Verordnungen

In der ersten Jahreshälfte 2020 grassierte (auch) in der Schweiz aufgrund rasanter Ausbreitung des neuen Coronavirus SARS-CoV-2 die Krankheit COVID-19, welche schweizweit über 30'678 Personen infizierte und 1647 Todesopfer forderte.¹ Zur Eindämmung der Krankheit beschloss der Bundesrat ein ganzes Bündel notrechtlicher Massnahmen. Der Kern dieses Notrechts ist die «Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2)».² Sie wird flankiert von mehreren anderen Notverordnungen in verschiedenen Bereichen, die hier aufzuzählen bereits den Rahmen des Beitrags sprengen würde.³ Ein Fokus liegt daher auf der

COVID-19-Verordnung 2. Sie ist die Nachfolgerin einer kurzlebigen ersten Verordnung⁴, deren Merkmale sie im ersten und dritten Kapitel immer noch aufweist. Sie bessert aber verschiedene Mängel nach, welche die erste Verordnung aufgrund ihres überstürzten Entstehens enthielt: So war zunächst der Versammlungsbegriff unklar;⁵ das Verbot wird durch Art. 5, Art. 6 Abs. 1 f., Art. 6b und Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 ausführlicher definiert. Ebenso wurden Kriterien für Ausnahmen geschaffen.⁶ Dennoch ist das Notrecht weiterhin kein Beispiel besonders gelungener Legistik, wie etwa das Beispiel der unklaren Regelung über das Verbot bestimmter wirtschaftlicher Vorgänge in Art. 6 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung⁷ zeigt. Dass die rasante tatsächliche Entwicklung der Pandemie sorgsame Rechtsetzung erschwert, versteht sich von selbst, doch ändert dies nichts an den Problemen, die der Rechtsanwendung infolge mangelhafter Rechtsnor-

* BENJAMIN MÄRKLI, M.A., Universität St. Gallen.

Dem Beitrag liegt der Rechtsstand vom 14. Mai 2020 zugrunde.

¹ Stand 27. Mai 2020; WHO Situation Report 118, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports> (besucht am 28. Mai 2020).

² SR 181.101.24; dazu ANDREA CARONI/STEFAN G. SCHMID, Notstand im Bundeshaus, AJP 6/2020, 712 f.

³ Vgl. die Verweise unter SR 181.101.241; zur Entwicklung auch GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus, ZBl 121 (2020), 240 f. u. 244 ff.; FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHL-

MANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 6/2020, 686 f.; ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen», ZBl 121 (2020), 268 f.

⁴ Verordnung vom 29. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung), AS 2020 573; dazu BENJAMIN MÄRKLI, Die «Corona-Verordnung» des Bundesrats vom 28. Februar 2020, Jusletter 9. März 2020.

⁵ MÄRKLI (FN 4), Rz. 19 ff.

⁶ Art. 7 COVID-19-Verordnung 2; MÄRKLI (FN 4), Rz. 12 ff.

⁷ Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung), SR 951.261; ausführlicher dazu BENJAMIN MÄRKLI/MORITZ GUT, Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, AJP 6/2020, 733 f.

men entstehen.⁸ Auch Notrecht ist Recht und muss dem Bestimmtheitsgebot⁹ genügen.

Trotz ihres kurzen Bestehens hat die COVID-19-Verordnung 2 eine bewegte Geschichte hinter sich. Sie im Detail nachzuzeichnen, lohnt nicht; als Anschauungsmaterial mag immerhin dienen, dass die Verordnung nach knapp zwei Monaten Geltungsdauer bereits über einen Artikel 4^{bis} und (ohne Anhänge) in 46 Artikeln zwischen Art. 1 und Art. 12 über 159 Fussnoten mit Änderungen verfügt. Wie die Realität das Konzept überholte, zeigt auch die «Liste der Risikoländer und -regionen» im Anhang 1 der Verordnung, die zum Zeitpunkt der Drucklegung zwei Einträge erfasst, nämlich: «Alle Schengen-Staaten (ausser Fürstentum Liechtenstein)» sowie «Alle anderen Staaten»; Rechtsfolge dieser Liste ist gemäss Art. 3 COVID-19-Verordnung 2 immerhin ein Einreiseverbot, das auch völkerrechtliche Fragen aufwirft.¹⁰

Die COVID-19-Verordnung 2 und ihre Schwesterverordnungen bieten verschiedene plastische Beispiele für konkrete Fragen, die das Notrecht aufwirft. Anhand einzelner Bestimmungen werden exemplarisch Problematiken aufgezeigt und bearbeitet. Den Anfang bereiten grundsätzliche Überlegungen zur Rechtsgrundlage des Notrechts. Als Hauptteil folgen Fragen zum Verhältnis von Notrecht und übrigen Recht, wobei sich diese auf alle Normstufen beziehen. Dies leitet über zu einer fundamentalen Frage: Wie kann Notrecht kontrolliert werden? Anstelle eines Fazits schliessen Überlegungen zur Weiterentwicklung des Notrechtsbestands den Beitrag ab.

II. Grundlage des Notrechts

Eine erste Frage werfen bereits die Ingress der Corona-Verordnungen auf: Während die COVID-19-Verordnung 2 sich für den landesrechtlichen Teil ihres Inhalts auf Art. 7 EpG¹¹ («Wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, kann der Bundesrat [...] die notwendigen Massnahmen anordnen.») stützt, nennt der Ingress anderer Verordnungen¹² als Rechtsgrundlage Art. 185 Abs. 3 BV¹³, der dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, mit Verordnungen «eingetretenen oder unmit-

telbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren [...] Sicherheit» zu begegnen. Wieder andere stützen sich auf Gesetzesbestimmungen, die eher Vollzugsverordnungen im Blick haben.¹⁴ Diese Unterschiede sind symptomatisch für eine wohl auch im Bundesamt für Justiz herrschende Unklarheit über die Rechtsgrundlagen, wirken sich aber auch auf den Rechtsschutz und die Rechtmässigkeit der Verordnungen aus.

Dabei ist zunächst die Tragweite von Art. 7 EpG zu klären. Der wohl überwiegende Teil der Lehre betrachtet den Artikel als deklaratorische Wiederholung der Notverordnungscompetenz des Bundesrats gemäss Art. 185 Abs. 3 BV.¹⁵ Diese Ansicht stützen auch die Botschaft zum Epidemiegesezt, die von dieser Konzeption des Artikels ausgeht,¹⁶ und die Tatsache, dass Art. 7 EpG keine eigentlichen Voraussetzungen aufstellt. Dennoch hält eine Minderheitsmeinung, mit guten Gründen, daran fest, dass es sich bei Art. 7 EpG um eine eigenständige, von Art. 185 Abs. 3 BV verschiedene, Rechtsgrundlage für Notrecht handelt.¹⁷

Die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Notverordnungen in Art. 185 Abs. 3 BV wird bisweilen als auf die Rechtsetzung gemünzte, verfassungsrechtlich ausformulierte «Sonderform» der polizeilichen Generalklausel verstanden.¹⁸ Zwar ist RECHSTEINER darin zuzustimmen, dass das Notverordnungsrecht weiter als die polizeiliche Generalklausel sein muss.¹⁹ Die Kompe-

¹⁴ Beispiel: Ingress der Verordnung vom 29. April 2020 über die Durchführung der kantonalen Prüfungen 2020 der eidgenössischen Berufsmaturität und die Promotion angesichts der Pandemie des Coronavirus (COVID-19-Verordnung kantonale Berufsmaturitätsprüfungen), SR 412.103.2; ein Mischbeispiel ist der Ingress der Verordnung vom 20. März 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur), SR 442.15; zum Ganzen auch BIAGGINI (FN 3), 247 f.; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 692 f.

¹⁵ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 694; DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016 (= SGRW 28), Rz. 884 ff.; PATRICIA M. SCHIASS RÜTHMANN, Der Zollvertrag und die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, Jusletter 4. Mai 2020, Rz. 31 f.; zur Vorgängerbestimmung auch BGE 131 II 670 E. 3.1.

¹⁶ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiegesezt, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311, 365 f., und dazu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 693 f.; a.M. KLEY (FN 3), 273.

¹⁷ BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 12a und neuerdings BIAGGINI (FN 3), 264 f.; ferner KLEY (FN 3), 272 f.; ausführlicher dazu im übernächsten Absatz.

¹⁸ CARONI/SCHMID (FN 2), 713; REGINA KIENER, Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Zürich/Basel/Genf 2012, 464; ANDREAS KLEY, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130 (2011) I, 124; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 31; ANDREAS LIENHARD/AGATA ZIELNIEWICZ, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 113 (2012), 119 f.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 1208; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 45 Rz. 25; a.M. RECHSTEINER (FN 15), Rz. 672 ff.

¹⁹ RECHSTEINER (FN 15), Rz. 675 ff.; DAVID RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, Sicherheit & Recht 3/2016, 155; ebenso BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 9; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 13 f.

⁸ Zur Rechtsetzung in der Krise zutreffend BIAGGINI (FN 3), 240 u. 247; zur Qualität des Notrechts STEFAN HÖFLER, Notrecht als Krisenkommunikation?, AJP 6/2020, 702 ff.

⁹ Dazu THOMAS GÄCHTER, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biagini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017, N. 105 f.; SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 33 ff.

¹⁰ Dazu aus europarechtlicher Sicht DANIEL THYM, Expertise zu den europarechtlichen Vorgaben für Binnengrenzkontrollen und Freizügigkeitsbeschränkungen, 7. Mai 2020, 6 ff.

¹¹ Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiegesezt, EpG), SR 818.101.

¹² Vgl. etwa den Ingress der Verordnung vom 27. März 2020 über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen (COVID-19-Verordnung Miete und Pacht), SR 221.213.4.

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

tenz des Bundesrates ist aber dennoch eng auszulegen und muss – entlang dem Normtext – auf den Schutz der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit²⁰ ausgerichtet sein.²¹ Mit Ausnahme des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit sind im Übrigen aber vergleichbare Anforderungen zu stellen.²² Von der Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs, wie sie auch im Verfassungstext erscheint, ist freilich nicht mehr viel übrig. Im FINMA/UBS-Entscheid hat das Bundesgericht unter zahlreichen Windungen die Herausgabe der Daten als «eine gestützt auf die bestehenden, traditionell anerkannten Polizeigüter (in Abgrenzung zu diesen) erweiterte Polizeiaufgabe» zugelassen und aufgrund der Systemrelevanz der UBS von einer wirtschaftspolitischen Massnahme abgegrenzt.²³ Diese Praxis erfasst mit dem neuen «erweiterten Polizeigut» einen äusserst weiten Kreis an Schutzobjekten und erlaubt daher sehr diverse und weit gehende notrechtliche Massnahmen. Diese Qualifikation dehnt die Tragweite der Notverordnungskompetenz über das vom Verfassungsgeber wohl angedachte enge Mass hinaus aus.²⁴ Sie steht auch im Widerspruch dazu, dass in der Schweiz *grundsätzlich* keine allgemeine Verordnungskompetenz bestehen soll, dass der Bundesrat also zum Erlass einer Verordnung immer eine spezifische Rechtsgrundlage braucht.²⁵ Die Notverordnungen sind insofern als Ausnahme zu qualifizieren. Diesen Ausnahmecharakter strapazieren der Bundesrat und die Praxis des Bundesgerichts arg und verabschieden im Ergebnis den Grundsatz. Ihre logische Vollenkung findet diese Praxis in Wohlfahrtsmassnahmen wie denjenigen der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung²⁶ oder in den (mittlerweile ausserkraftgetretenen)

Regelungen zum Fristenlauf²⁷ und der COVID-19-Verordnung Miete und Pacht²⁸, die keinerlei Zusammenhang mit dem Schutz von begrifflich ohnehin schon unklaren²⁹ Polizeigütern haben. Durch diese Notverordnungen setzt der Bundesrat die (vom Bundesgericht legalisierte) Praxis fort. Dies überrascht wenig, führt es doch zu einer Ausweitung seiner Verordnungskompetenz, was ihm ermöglicht, rasch und unkompliziert notwendige Massnahmen zu erlassen.³⁰ Dennoch ist ein rechtspolitisches Fragezeichen hinter diese allumfassende Kompetenz zu setzen, da sie jegliche Abgrenzungskraft verliert.³¹ Einen Ausweg hat aber der Bundesrat selbst in der COVID-19-Verordnung 2 aufgezeigt.

Soweit Art. 7 EpG mit der erwähnten herrschenden Lehre als deklaratorische Wiederholung von Art. 185 Abs. 3 BV verstanden wird, ändert er am Vorgesagten nichts. Dass der Bundesrat die COVID-19-Verordnung 2 aber ausdrücklich nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV, sondern auf Art. 7 EpG stützt, bestärkt die erwähnte³² Minderheitsmeinung, die in diesem eine eigenständige Rechtsgrundlage erblickt, und öffnet den Blick für eine Alternative. Eine enge Auslegung des Art. 185 Abs. 3 BV erlaubte es, das Notrecht auf Fälle der echten Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit zu beschränken. Sektorielle Gesetze könnten dann Notstandsbestimmungen enthalten, die das Notrecht für den je einschlägigen Bereich regeln – ihre Nähe zur Sache erlaubt es, präzisere Voraussetzungen aufzustellen und den möglichen Inhalt des Notrechts näher zu umschreiben, der dann über den engen Bereich des Art. 185 Abs. 3 BV hinausreicht. Dies erlaubt es, verschieden geartete Notsituationen rechtlich trennschärfer zu erfassen und feiner zugeschnittene Prüfprogramme bereitzustellen.³³ In seiner gegenwärtigen Fassung taugt Art. 7 EpG dazu allerdings wenig, da er viel zu unbestimmt bleibt.³⁴ Zieht man den Gesetzeszweck in Art. 2 EpG bei, lässt sich immerhin konkretisieren, dass die ausserordentliche Lage aus einer übertragbaren Krankheit hervorgehen muss; die besondere Lage nach Art. 6 EpG bildet sodann eine Untergrenze dessen, was als

²⁰ Deziert gegen den in diesem Zusammenhang oft erscheinenden Begriff des Polizeigüterschutzes BENJAMIN SCHINDLER, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht, Sicherheit & Recht 2/2017, 66 ff.

²¹ BIAGGINI (FN 3), 256 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 1867b f.; KLEY (FN 3), 274; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 36; LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 18), 127; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 80; ISABELLE WILDHABER, Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund, Sicherheit & Recht 3/2015, 180; a.M. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 695; DAMIAN WYSS, Sicherheit und Notrecht, Jusletter 25. Mai 2020, Rz. 15 ff.

²² BIAGGINI (FN 3), 242; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 689; KIENER (FN 18), 464 f.; ANDREAS KLEY, Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung, in: Biaggini/Gächter/Kiener (FN 9), N. 51; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 32 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 18), Rz. 2701.

²³ BGE 137 II 431, E. 4.1; dazu GIOVANNI BIAGGINI, Die polizeiliche Generalklausel: ein verkanntes Rechtsinstitut, ZBI 113 (2012), 35 ff.; PETER KARLEN, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 15. Juli 2011, 2C_127/2010, ZBI 113 (2012), 21 ff. (inkl. Gegenantrag).

²⁴ BIAGGINI (FN 3), 258 f. u. 263; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 103; differenzierend BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 695.

²⁵ YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 1, Zürich 1980, 201 f.; FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, 414; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 21), N 1864; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 67.

²⁶ FN 7.

²⁷ 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), gültig bis zum 19. April 2020 (AS 2020 849).

²⁸ FN 12.

²⁹ SCHINDLER (FN 20), 65; inhaltlich vergleichbar auch BIAGGINI (FN 3), 256 f.

³⁰ Ähnlich BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 691; THOMAS GÄCHTER, Selbstständiges Verordnungsrecht des Bundesrates und Gesetzesvorbehalt für Freiheitsstrafen, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, 244; KLEY (FN 18), 123 f.; LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 18), 125 f.

³¹ BIAGGINI (FN 3), 259 f. u. 264; vergleichbar BIAGGINI (FN 23), 41 f.; CARONI/SCHMID (FN 2), 714; a.M. SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 114.

³² FN 17.

³³ So z.B. die Verordnung vom 18. März 2020 über die Beschränkung der Abgabe von Arzneimitteln, SR 531.215.33, welche mit Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2016 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG), SR 531, gerade über eine solche Grundlage verfügt; gl.M. KLEY (FN 3), 274 f.

³⁴ MÄRKLI (FN 4), Rz. 10; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 884 ff.; SCHIESS RÜTIMANN (FN 15), Rz. 26.

ausserordentliche Lage gelten kann.³⁵ Ebenso dürften als «notwendige Massnahmen» zwar nur solche zählen, die im Zusammenhang mit der Epidemienbekämpfung stehen. Die Massnahmen der Epidemienbekämpfung im engsten Sinn werden aber schon durch den Verweis auf die Art. 33 ff. EpG in Art. 6 EpG erfasst. Daraus erhellt, dass die Massnahmen des Art. 7 EpG *nicht* auf diese Epidemienbekämpfung im engeren Sinn beschränkt sind, sondern gerade die vom Bundesgericht im FINMA/UBS-Entscheid erfundene Kategorie der Massnahmen im weiteren Sinn miterfasst.³⁶ Wollte man – *de lege ferenda* – Art. 7 EpG sinnvoll als eigenständige Rechtsgrundlage urbar machen, müsste er aber inhaltlich in einer Art und Weise konkretisiert werden, welche es erlaubt, die Massnahmen an den Delegationsgrundsätzen zu messen und so eine besser operationalisierbare Abgrenzung des seuchenrechtlichen Notrechts ermöglicht.³⁷

Schon unter der geltenden Rechtslage macht die Wahl der Rechtsgrundlage freilich einen Unterschied, und zwar, neben der Befristungspflicht gemäss Art. 7d RVOG,³⁸ vor allem im Zusammenhang mit Art. 190 BV bezüglich des Rechtsschutzes. Die COVID-19-Verordnung 2, die sich auf Art. 7 EpG stützt, erklärt damit, eine unselbständige Verordnung zu sein. Sofern sie sich innerhalb des Rahmens des Epidemiengesetzes bewegt, ist sie von der Massgeblichkeit des Bundesgesetzes nach Art. 190 BV miterfasst und gerichtlich zwar überprüf-, aber nicht übersteuerbar,³⁹ zumindest, soweit sie keine Verstösse gegen völkerrechtlich verbürgte Grundrechte, insbesondere diejenigen der EMRK⁴⁰, enthält.⁴¹ Die viel zu weite Formulierung des Art. 7 EpG wirkt sich hier erneut negativ aus, da sie kaum eine Handhabe bietet, etwas als *nicht* vom Gesetzeszweck erfasst zu betrachten. Demgegenüber sind die selbständigen Verordnungen nicht «massgeblich» gemäss Art. 190 BV und die Gerichte können sie – zwar zurückhaltend –

überprüfen,⁴² wobei allerdings Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 83 Bst. a BGG⁴³ zu beachten sind.⁴⁴

III. Rechtsbindung des Notrechts

Dass die Corona-Verordnung Grundrechte tangiert, ist offensichtlich; das wohl merklichste Beispiel ist Art. 7c COVID-19-Verordnung 2⁴⁵, der Ansammlungen von mehr als 5 Menschen verbietet. Die Einschränkung etwa der Bewegungs- (Art. 10 Abs. 2 BV) und Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) liegt auf der Hand; betrachtet man das gesamte Corona-Notrecht, gibt es nur wenige Grundrechte, die nicht betroffen sind. Auch ausserhalb der Grundrechte stellen sich Fragen zur Bindung der Notverordnungen an die Verfassung und das übrige Recht: So griff beispielsweise Art. 1 Abs. 1 der Fristenstillstands-VO⁴⁶ in die kantonale Kompetenz zur Regelung des Verfahrensrechts ein. Auch das Verhältnis zwischen Art. 1 StGB und den Strafbestimmungen (etwa Art. 23 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung⁴⁷) wirft Fragen auf.

1. Grundrechte

Notrecht ist umfassend an die *Verfassung* gebunden.⁴⁸ Dies klingt freilich nach mehr, als es ist. Die Grundrech-

⁴² BGE 137 II 431, E. 4.3.2; BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 12; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 694; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 21), N 2098; RECHSTEINER (FN 19), 151; MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBI 111 (2010), 418.

⁴³ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32; Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

⁴⁴ Sie schliessen die gerichtliche Überprüfung von auf Verordnungen gemäss Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Massnahmen aus (SEILER, SHK, Art. 83 BGG N 12), sofern nicht das Völkerrecht eine Überprüfung gebietet (BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 51).

⁴⁵ Wortlaut der Bestimmung: «(1) Menschenansammlungen von mehr als 5 Personen im öffentlichen Raum, namentlich auf öffentlichen Plätzen, auf Spazierwegen und in Parkanlagen, sind verboten; ausgenommen sind Ansammlungen von Schulkindern auf Pausenplätzen.

⁴⁶ Bei Ansammlungen von bis zu 5 Personen ist zwischen den einzelnen Personen ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten.

⁴⁷ Die Polizei und weitere durch die Kantone ermächtigte Vollzugsorgane sorgen für die Einhaltung der Vorgaben im öffentlichen Raum.»

⁴⁸ FN 27; Wortlaut der Bestimmung: «Soweit nach dem anwendbaren Verfahrensrecht des Bundes oder des Kantons gesetzliche oder von den Behörden oder Gerichten angeordnete Fristen über die Overtage stillstehen, beginnt dieser Stillstand mit dem Inkrafttreten dieser Verordnung und dauert bis und mit dem 19. April 2020.»

⁴⁹ FN 7; Wortlaut der Bestimmung: «Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach dem Strafgesetzbuch vorliegt, wird mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich mit falschen Angaben einen Kredit nach dieser Verordnung erwirkt oder die Kreditmittel in Abweichung von Artikel 6 Absatz 3 verwendet.»

⁵⁰ BIAGGINI (FN 3), 242; BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 10c; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 40; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 463 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (FN 18), Rz. 2702; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 97 je m.w.H.; SCHOTT/KÜHNE (FN 42), 418.

³⁵ RECHSTEINER (FN 15), Rz. 885.

³⁶ BIAGGINI (FN 3), 260 ff.; KLEY (FN 3), 273; a.M. SCHIESS RÜTIMANN (FN 15), Rz. 21; WYSS (FN 21), Rz. 8 f.

³⁷ So wohl auch BIAGGINI (FN 3), 262 u. 267.

³⁸ BIAGGINI (FN 3), 250 ff.; unten IV.

³⁹ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 21), N 2086 ff.

⁴⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), SR 0.101. Tangiert sein können insbesondere: durch Verfahrensordnungen Art. 5 u. 6 EMRK, durch Social-Distancing-Massnahmen Art. 9–11 u. 14 EMRK und durch Contact-Tracing-Massnahmen Art. 8 EMRK.

⁴¹ Vgl. hierzu GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBI 114 (2013), 331 ff.

te behalten ihre Geltung auch unter dem Notrechtsregime,⁴⁹ doch auch dann gelten sie nicht uneingeschränkt, sondern können gemäss Art. 36 BV eingeschränkt werden. Nach der Praxis können Notverordnungen gemäss Art. 185 Abs. 3 BV auch schwere Grundrechtseingriffe vorsehen, welche sonst dem (durch die Notverordnung substituierten) formellen Gesetz vorbehalten sind.⁵⁰ Dies ist aber die einzige Erleichterung bei der Einschränkung von Grundrechten. Die Erfordernisse des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Wahrung des Kerngehalts bestehen weiterhin.⁵¹ Das öffentliche Interesse dürfte durch die Bekämpfung der Notlage regelmässig erfüllt sein.⁵² Unverändert muss aber die Verhältnismässigkeit gewahrt werden – und der Schutz des Kerngehalts muss gerade in der Notlage umso stärker betont werden, wenn das Konzept des Kerngehalts nicht seinerseits des Wesenskerns beraubt werden soll.⁵³ Bei der Verhältnismässigkeit ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Bekämpfung der Notlage effektive Massnahmen voraussetzt, andererseits, dass bei einer Überprüfung *ex post* schwierig zu beurteilen ist, ob eine Massnahme unter der zum Anordnungszeitpunkt bestehenden Ungewissheit erforderlich war.⁵⁴ Auch der Zeitablauf fällt bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit ins Gewicht: Mit zunehmender Geltungsdauer sind höhere Anforderungen an die Verhältnismässigkeit einer Notmassnahme zu stellen,⁵⁵ da der «Chaos-Bonus» wegfällt⁵⁶ und die längere Dauer einer Massnahme die Auswirkung auf die Betroffenen verstärkt.

Vor diesem Hintergrund wird klar, dass Notverordnungen auch Strafbestimmungen enthalten können. Strafen sind Grundrechtsbeschränkungen – leichte im Falle einer Busse, schwere im Falle einer Freiheitsstrafe oder höheren Geldstrafe. Da Notverordnungen auch schwere Grundrechtsbeschränkungen beinhalten dürfen, können sie auch Strafen enthalten.⁵⁷ Insbesondere steht dieser Betrachtung Art. 1 StGB nicht entgegen, da das Bundesgericht Freiheitsstrafen in Notverordnungen als

zulässig erachtet.⁵⁸ Entsprechend ist Art. 10f Abs. 1 COVID-19-Verordnung⁵⁹ problematisch: Solche Strafbestimmungen sind nur zulässig, soweit die Verordnung sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützt und Art. 7 EpG – anders als hier vertreten – kein eigenständiger Gehalt zukommt.

Klar verfassungswidrig ist demgegenüber Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur⁶⁰: Der Ausschluss jeden Rechtsschutzes verstösst gegen Art. 29a BV, der Abweichungen nur im Ausnahmefall zulässt.⁶¹ Vorliegend ist aber überhaupt kein Grund für die Ausnahme erkennbar – geschweige denn ein qualifizierter – und entsprechend ist der Ausschluss in diesem Zusammenhang unzulässig.⁶² Soweit die Verordnung sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützt, ist sie nicht massgeblich im Sinne von Art. 190 BV (oben bei FN 42) und der Ausschluss des Rechtsschutzes ist wegen Verfassungswidrigkeit unbeachtlich. Auf Beschwerden wäre demnach einzutreten.

2. Kompetenzordnung

Im Notrecht findet regelmässig eine Kompetenzverlagerung von den Kantonen zum Bund statt.⁶³ Dies ist im Sinne des Subsidiaritätsprinzips nachvollziehbar, denn die Bewältigung einer Notlage dürfte oft die Kraft der Kantone übersteigen. In tatsächlicher Hinsicht verlangt die Bewältigung einer Notlage oft eine einheitliche und rasche Strategie, was die Rechtsetzungsmöglichkeiten einzelner Kantone strapaziert und die regulären Koordinations- und Rechtsvereinheitlichungsmechanismen zwischen den Kantonen überfordert. Während die föderalistische Vielfalt in regulären Zeiten als Experimentierlabor⁶⁴ erwünscht ist, kann sie sich in der Krise als hinderlich erweisen.

Dies ist dort unproblematisch, wo der Bund in unechte kantonale Kompetenzen eingreift, wie dies gerade in der Epidemienbekämpfung als umfassende, nachträglich derogatorische Bundeskompetenz der Fall ist (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV⁶⁵). Zieht der Bund Kompetenzen, welche nur durch Art. 75 EpG überhaupt wieder an die Kantone gelangt sind, zurück, so ist dies gesetzlich geregelt und in der Verfassung angelegt. Auch ausser-

⁴⁹ FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, Jusletter 30. März 2020, Rz.11; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 689; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 100.

⁵⁰ BIAGGINI (FN 3), 255; GÄCHTER (FN 9), N. 109; KLEY (FN 18), 125; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 35; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 201; RECHSTEINER (FN 19), 148.

⁵¹ BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 10d; KIENER (FN 18), 465 m.w.H.; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 209 ff.; RECHSTEINER (FN 19), 150; SCHOTT/KÜHNE (FN 42), 418.

⁵² RECHSTEINER (FN 19), 148.

⁵³ TSCHANNEN (FN 18), § 7 Rz. 113.

⁵⁴ MÄRKLI (FN 4), Rz. 2; das dort postulierte, auf die Verhältnismässigkeit einer Massnahme bezogene «Präventions-Paradoxon» ist im Übrigen abzugrenzen vom bereits bekannten Präventionsparadox aus der Medizin, das sich auf den begrenzten Nutzen einer Präventionsmassnahme für Einzelpersonen bezieht, vgl. z.B. <https://www.leitbegriffe.bzga.de/alphabetisches-verzeichnis/praeventionsparadox/> (abgerufen am 17. Mai 2020).

⁵⁵ So auch THYM (FN 10), 8.

⁵⁶ Oder technischer gesprochen: die zeitliche Dringlichkeit (dazu Rechsteiner [FN 15], Rz. 451 f.) relativiert wird; vgl. auch KLEY (FN 18), 125; KLEY (FN 22), N. 51; SCHIESS RÜTIMANN (FN 15), Rz. 76.

⁵⁷ GÄCHTER (FN 30), 238 ff.

⁵⁸ BGE 123 IV 29 E. 4; ausführlicher zur Praxis MÄRKLI/GUT (FN 7), 725.

⁵⁹ Wortlaut der Bestimmung: «Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach dem Strafgesetzbuch vorliegt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer sich vorsätzlich Massnahmen nach Artikel 6 widersetzt.»

⁶⁰ FN 14. Wortlaut der Bestimmung: «Gegen Entscheide in Vollzug dieser Verordnung stehen keine Rechtsmittel offen.»

⁶¹ RECHSTEINER (FN 15), Rz. 919.

⁶² Ebenso BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 699.

⁶³ BERNARD (FN 49), Rz. 53; BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 10c; CARONI/SCHMID (FN 2), 713; FLEINER (FN 25), 217; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 98; a.M. FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (Nachdruck 1978), 793 f.

⁶⁴ Dazu etwa ADRIAN VATTER/SONJA WÄLTI, Schweizer Föderalismus in vergleichender Perspektive, Schweizer Zeitschrift für Politikwissenschaft 9 (2003), 19 u. 21.

⁶⁵ POLEDNA, St. Galler Kommentar zu Art. 118 BV, Rz. 12; WYSS (FN 21), Rz. 4 ff.

halb solcher Fälle kann es aber notwendig werden, dass der Bund in kantonale Kompetenzen eingreift, was von der Lehre überwiegend gebilligt wird.⁶⁶ Dem ist zu folgen, wobei allerdings festzuhalten ist, dass diese Abweichungen von der Kompetenz ebenfalls geeignet und erforderlich sein müssen (Art. 5a bzw. 43a⁶⁷ und Art. 9 BV). Der Bund darf nur aus gutem Grund in die kantonale Kompetenz eingreifen.

Der Föderalismus ist aber auch eine Klugheitsregel, denn die Kantone kennen die lokalen Gegebenheiten besser.⁶⁸ Auch wenn diese Regel in der Krise Einschränkungen erleiden muss, so stimmt sie weiterhin. Soweit die föderalistische Vielfalt also nicht regionale Eigenheiten abbilden, sondern eine Anpassung an die Situation vor Ort ermöglichen möchte, ist den Kantonen weiterhin ein Ermessen bei der Umsetzung des Bundesrechts zu belassen.⁶⁹ Die Kompetenzattraktion beim Bund bezweckt Klarheit, Durchsetzbarkeit, Vergleichbarkeit und Einheitlichkeit, weshalb dieses Ermessen weder ein politisches noch ein Management- oder Einzelfallermessen ist, sondern ein auf den lokalen Fortschritt der Krise zugeschnittenes und insoweit begrenztes Subsidiaritätsermessen.⁷⁰ Demnach muss es den Kantonen insbesondere freistehen, allenfalls notwendige *strengere* Massnahmen als der Bund anzuordnen.⁷¹ Dies kann ihnen der Bund nicht verwehren, da auch die Kantone die Notlage wirksam bekämpfen müssen, um ihre eigenen staatlichen Schutzpflichten zu erfüllen. Dies hat der Bundesrat – viel zu spät – mit Art. 7e COVID-19-Verordnung⁷² anerkannt, der aber zu eng ist und nach dem Vorstehenden gar nicht notwendig wäre. Insbesondere müssen die Handhabung der zugrunde liegenden Situation – die strengeren Massnahmen des Kantons

Tessin⁷³ – durch den Bundesrat und die diesbezügliche Kommunikation durch das Bundesamt für Justiz als besonders unglücklich bezeichnet werden. Dass der Konflikt zwischen Bund und Tessin über die Zulässigkeit der Massnahmen in der Öffentlichkeit ausgetragen wurde, führte zu enormer Rechtsunsicherheit und stürzte die betroffenen Privaten in ein Dilemma darüber, welcher Auffassung zu folgen sei. Aus Sicht der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung war zudem der Eingriff in die kantonalen Fristen (oben bei FN 46) kritisch, da er weder zur Krisenbewältigung zwingend notwendig war noch die Kraft der Kantone überstieg.⁷⁴

Vor dem Hintergrund der geschilderten Einschränkung der Grundrechte und der Möglichkeit zum punktuellen Abweichen von der Kompetenzordnung stellt sich die Frage, was von der unbeschränkten Bindung des Notrechts an die Verfassung (oben bei FN 48) noch übrig bleibt. Gibt es einen Gehalt der Verfassung, der einem Eingriff durch das Notrecht entgegensteht? Dass die Vorgaben zum Notrecht selbst, soweit sie vorhanden sind, eingehalten werden müssen, ist das eine. Zum anderen ist vor dem Hintergrund der lebenserhaltenden Funktion des Notrechts für den Staat auf eine Art Wesenskern staatlicher Regelungen abzustellen, die zu vernachlässigen die Natur des Staats aushöhlen würde. Diese Regelungen müssen dem notrechtlichen Zugriff entzogen sein, da ihre Verletzung die Schutzwürdigkeit des Staats (und damit die Berechtigung des Notrechts) infrage stellen würde. Abgesehen von den erwähnten grundrechtlichen Kerngehalten ist die Bestimmung solcher Grundwerte aber extrem schwierig; immerhin kann für Vorschläge auf die ältere, ausführliche Diskussion zu materiellen Schranken der Verfassungsrevision verwiesen werden, in welchem Zusammenhang die Lehre sich ebenfalls (ohne Konsens) um die Formulierung solcher Grundwerte bemühte.⁷⁵

3. Gesetzes- und Verordnungsrecht

Für das Verhältnis zwischen Notverordnung und Gesetz beispielhaft ist Art. 23 der Solidarbürgschaftsverordnung,⁷⁶ der eine Busse bis zu CHF 100'000 vorsieht. Gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB ist der Höchstbetrag für Bussen ohne abweichende gesetzliche Regel CHF 10'000. Der Artikel ist also ein Beispiel einer gesetzesderogierenden Verordnung. Ein weiteres Beispiel wäre Art. 4f Abs. 5 COVID-19-Verordnung⁷⁷

⁶⁶ BIAGGINI (FN 3), 256; CARONI/SCHMID (FN 2), 713; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 98; TSCHANNEN (FN 18), § 46 Rz. 26.

⁶⁷ Diesen Normen kommt zwar grundsätzlich keine Kompetenzbe gründende oder -vernichtende Wirkung zu, sondern sie haben eher den Charakter einer Maxime bzw. Empfehlung zuhanden des Verfassungsgebers (SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 16; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 43a BV, Rz. 5). Zumindest zur Konkretisierung einer teils vertretenen «Notrechtsverbandskompetenz» des Bundes (so etwa BGE 117 Ia 202 E. 4a; TSCHANNEN [FN 18], § 20 Rz. 14), die ebenfalls hochgradig unbestimmt ist, sollte ihnen aber eine begrenzende Wirkung zuerkannt werden.

⁶⁸ BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 233.

⁶⁹ Vgl. zu verschiedenen Stossrichtungen des Föderalismus BENJAMIN SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 78 (2019), Berlin/Boston 2019, 167 ff. u. insb. 198 ff.

⁷⁰ SCHINDLER (FN 68) Rz. 362 u. 449.

⁷¹ Zutreffend GIOVANNI MOLO/FLAVIO AMADÒ, Covid-19: implicazioni giuridiche per le imprese, *Novità fiscali* (Edizione speciale Coronavirus) 2020, 6.

⁷² Wortlaut von Abs. 1: «Besteht in einem Kanton aufgrund der epidemiologischen Situation eine besondere Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, so kann der Bundesrat ihn auf begründetes Gesuch hin ermächtigen, für eine begrenzte Zeit und für bestimmte Regionen eine Einschränkung oder Einstellung der Tätigkeit bestimmter Wirtschaftsbranchen anzuordnen.»

⁷³ Hierzu etwa BERNARD (FN 49), Rz. 41; ferner z.B. NZZ vom 24. März 2020, 1.

⁷⁴ Ebenso BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 696; CARONI/SCHMID (FN 2), 714.

⁷⁵ Dazu HANGARTNER (FN 25), 217 f.; WILDHABER zu Art. 118 aBV Rz. 39 ff., Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern/Basel/Zürich 1987 ff.

⁷⁶ FN 7.

⁷⁷ Wortlaut der Bestimmung: «Bei der Beschaffung von wichtigen medizinischen Gütern kann die Armeepothek kalkulierbare Risiken eingehen und nach Genehmigung der Eidgenössischen Finanzverwaltung von den bestehenden Weisungen und dem Finanz-

Das Verhältnis der Notverordnung zum Gesetz ist im Grunde einfach. Da die Verordnung an die Stelle einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage tritt, geht sie als *lex posterior* vor.⁷⁸ Auch eine unselbständige Notverordnung kann an die Stelle des Gesetzes treten, da die Notrechtsgrundlage im delegierenden Gesetz auf die Notlage zugeschnitten und somit *lex specialis* ist. Eine Ausnahme besteht dort, wo ein Gesetz explizite Anordnungen für die Notlage trifft. An diese ist der Verordnungsgeber gebunden.⁷⁹ Gleiches muss auch dort gelten, wo das Gesetz – vergleichbar zum oben Gesagten – Bestimmungen aus dem Wesenskern des Staats enthält.⁸⁰

Somit sind sowohl die vom StGB abweichende Regel in Art. 23 der Solidarbürgschafts-Verordnung als auch der gesetzesderogierende Art. 4f Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2 zulässig. Demgegenüber ist auch hier wieder der Art. 10f Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2⁸¹ problematisch: Er weicht von Art. 82 EpG ab, indem er den dortigen Strafraum auf weitere Delikte erweitert. Da die Massnahmen des EpG insgesamt auf die Bewältigung von Notlagen zugeschnitten sind, dürfte die Strafzumessung für Verstösse gegen diese Massnahmen auch für Notverordnungen verbindlich sein. Eine Abweichung der Verordnung von diesen auf die Notlage ausgerichteten gesetzlichen Bestimmungen wäre also selbst dann unzulässig, wenn sich die Verordnung auf Art. 185 Abs. 3 BV stützte.

Schliesslich ist noch das Verhältnis der Notverordnungen zum übrigen Verordnungsrecht, insbesondere zu Notverordnungen der Bundesversammlung,⁸² zu betrachten. Die herrschende Lehre postuliert einen Vorrang der Notverordnungen des Parlaments gegenüber denjenigen des Bundesrats.⁸³ Diese Ansicht ist *unzutreffend*: Da dem Parlament die Gesetzesstufe offensteht (und die Gesetzgebung bei Dringlichkeit so beschleunigt werden kann, dass sie kaum länger dauert als der Erlass einer Notverordnung⁸⁴), liegt seinen Notverord-

nungen der bewusste Entscheid zugrunde, sie auf der Verordnungs- und nicht auf der Gesetzesstufe anzusiedeln. Die Notverordnungen sind untereinander gleichrangig, ansonsten verlöre im Rahmen des parlamentarischen Notrechts die Unterscheidung in Parlamentsnotverordnung und dringliches Bundesgesetz ihren Sinn. Auf Verordnungsstufe gilt daher einfach der Grundsatz der *lex posterior*.⁸⁵ Als *lex posterior* können Parlamentsverordnungen zwar bundesrätliche Notverordnungen derogieren – und aus politischer Rücksicht wird und soll der Bundesrat nicht ohne guten Grund davon abweichen. Dennoch besteht ja weiterhin die Situation der Notlage, in der das Parlament wenig handlungsfähig ist und nicht über alle Informationen verfügt. Sollten spezifische Kenntnisse oder neue Entwicklungen in der Notlage ein Abweichen erfordern, muss dies dem Bundesrat möglich sein. Die Alternative wäre, dass jede parlamentarische Notverordnung das Risiko bürge, die effektive Krisenbekämpfung zu lähmen. Dies steht im Widerspruch zum Zweck des Notrechts – auch desjenigen der Bundesversammlung.⁸⁶

IV. Kontrolle des Notrechts

Nach dem Gesagten drängt sich die Frage auf: Wie kann Notrecht kontrolliert werden? Die Schwierigkeit hierbei ist, dass eine Notlage vorab nur sehr schwierig rechtlich verfasst werden kann.⁸⁷ Einer inhaltlichen Regelung steht die Verschiedenartigkeit der Bedrohungen entgegen,⁸⁸ zudem die Tatsache, dass der Staat gerade in einer Notlage einer erhöhten Handlungsfähigkeit und flexiblerer Möglichkeiten bedarf als zu regulären Zeiten.⁸⁹ Institutionelle Kontrollmechanismen hinken aus Gründen der Organeignung:⁹⁰ Das Notrecht ist sozusagen ein Heimspiel der Exekutive – und zwar, weil die übrigen Staatsorgane ungenügend ausgerüstet sind, der Notlage zu begegnen. Gerade dies erschwert ihnen auch eine effektive Kontrolle. Eine abschliessende Regelung des Notrechts ist zudem als *contradictio in adiecto* zu bezeichnen, da die Notlage gerade dadurch charakterisiert ist, dass sie das Planbare übersteigt.

Die wichtigste Kontrolle ist die zeitliche Begrenzung des Notrechts, die für Notverordnungen nach Art. 185 Abs. 3 BV vom geltenden Recht gefordert ist.⁹¹ Die Rechtsgrundlagen stehen aber der Befristung auch von

haushaltsgesetz vom 7. Oktober 2005 in Bezug auf Risiken, wie zum Beispiel Anzahlungen ohne Sicherheiten oder Währungsabsicherungen, abweichen.»

⁷⁸ FLEINER (FN 25), 417; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 41 f.; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 472; RECHSTEINER (FN 19), 152 f.; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 101; TSCHANNEN (FN 18), § 46 Rz. 26; a.M. BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 10c; KIENER (FN 18), 465 f.; KLEY (FN 3), 273; RHINOW/SCHAFER/UEBERSAX (FN 18), Rz. 2702; unentschieden BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 696 f.; CARONI/SCHMID (FN 2), 713.

⁷⁹ BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 43; LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 18), 132 f.; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 473; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 105 f.

⁸⁰ Vgl. SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 104. Solch grundlegenden Gesetzesinhalten müsste aber wohl ohnehin Verfassungsrang zukommen.

⁸¹ FN 59.

⁸² Art. 173 Abs. 1 Bst c BV.

⁸³ BGE 129 II 193 E. 4.1; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 418 f.; BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 2; CARONI/SCHMID (FN 2), 714 m.w.H.; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 27; RECHSTEINER (FN 19), 149 f.; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 7; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 63; SCHOTT/KÜHNE (FN 42), 421; TSCHANNEN (FN 18), § 46 Rz. 25.

⁸⁴ Art. 165 BV; dazu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 690; CARONI/SCHMID (FN 2), 714; SCHOTT/KÜHNE (FN 42), 413 ff.

⁸⁵ Im Ergebnis auch BGE 129 II 193 E. 4.1; möglicherweise gl.M. auch BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 691.

⁸⁶ Vgl. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 700 f.; wie hier BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 43.

⁸⁷ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 685 f.; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 65 ff.; SCHOTT/KÜHNE (FN 42), 411 f.

⁸⁸ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 29; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 59 u. 124.

⁸⁹ LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 18), 114.

⁹⁰ CARONI/SCHMID (FN 2), 714 f.; FLEINER (FN 25), 217 f.; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 8 u. 43; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 64; SCHOTT/KÜHNE (FN 42), 421 f.

⁹¹ Vgl. Art. 7d Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010; dazu ausführlich BIAGGINI (FN 3), 243 u. 249 ff.; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 459 ff. Ebenso CARONI/SCHMID (FN 2), 715 f.; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N 43 f.

Notverordnungen nicht entgegen, die sich auf eine andere Rechtsgrundlage stützen.⁹² Dies hat der Bundesrat in den Corona-Verordnungen auch so praktiziert. Die umfassende Befristung des Notrechts ist nicht nur sinnvoll, sondern geradezu geboten. Zunächst ist sie nach dem soeben Gesagten die (mangels Alternative) wirksamste Kontrolle des Notrechts. So kann immerhin sichergestellt werden, dass allfällige Verletzungen zumindest zeitlich eingegrenzt werden.⁹³ Die Befristung ist aber auch rechtstheoretisch notwendig. Einerseits ist eine Voraussetzung für Notrecht das Vorliegen einer Notlage – ist sie behoben, entfällt damit auch der Geltungsgrund des Notrechts, und es muss ausser Kraft treten.⁹⁴ Andererseits muss das Notrecht auch aus Legitimationsgründen ephemer bleiben, selbst wenn die Krise länger andauert. Da es das Verfahren der Gesetzgebung nicht durchlaufen hat und entsprechend nicht ausreichend demokratisch legitimiert ist, kann es keine Beständigkeit erlangen.⁹⁵ Die Bestimmungen einer Notverordnung können Regelungen oder Kompetenzen nur verdrängen, nicht verschieben, aufheben oder ersetzen.⁹⁶ Dieses rechtstheoretische Postulat betrifft im Übrigen auch das Notrecht der Bundesversammlung,⁹⁷ denn es ist (mindestens) ebenso sehr wie deren repräsentative Zusammensetzung auch das *Verfahren* der Gesetzgebung – insbesondere Vernehmlassung und Referendum –, das dem regulären, formellen Gesetz seine demokratische Legitimation verschafft. Auch wenn die Bundesversammlung ihr Notrecht also in unveränderter Zusammensetzung erlässt, führen doch die Abweichungen beim Verfahren zu einem Legitimationsdefizit, das einer unbeschränkten Geltungsdauer entgegensteht.

Sodann ist eine gerichtliche Kontrolle notwendig.⁹⁸ Oft haben allerdings Beschwerden gegen Anordnungen zur Katastrophenbewältigung keine aufschiebende Wirkung, alternativ kann diese durch die Instanzen entzogen werden.⁹⁹ Dies ist zwar sachgerecht, muss doch der Staat effektiv die notwendigen Massnahmen ergreifen können, ohne dass Beschwerdeerhebungen diese vereiteln können.¹⁰⁰ Gleichzeitig birgt es dennoch die Gefahr eines Rechtsschutzdefizits, weshalb zwingend im Ein-

zelfall über die Sachgerechtigkeit der Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden werden muss. Grundsätzlich kann die aufschiebende Wirkung nicht ausgeschlossen, sondern nur gesetzlich entzogen sein: Die Möglichkeit der Wiedererteilung im Einzelfall ist durch die Rechtsweggarantie gefordert. Wo der Rechtsschutz verspätet erfolgt, sei es, weil keine aufschiebende Wirkung erteilt, sei es, weil eine Beschwerde erst nachträglich eingereicht wurde, ist darüber hinaus sekundärer Rechtsschutz zu leisten, also Schadenersatz zuzusprechen. Wo ein Schaden fehlt, ist zumindest die Widerrechtlichkeit der angefochtenen Handlung festzustellen.¹⁰¹ Dies dient der rechtsstaatlichen Aufarbeitung der Geschehnisse, hilft aber auch, den Rahmen für die zukünftige Gestaltung des Rechts oder die Anwendung der Notkompetenzen abzustecken.

V. Ende des Notrechts

Schliesslich ist die Krisenbewältigung auch ausserhalb der gerichtlichen Beurteilung aufzuarbeiten. Dies muss einerseits im Rahmen der Verstetigung des Notrechts stattfinden, denn gewisse Inhalte (etwa die auf Dauer angelegten Kredite gemäss Solidarbürgschafts-Verordnung¹⁰²) sind notwendigerweise in eine längerfristige Regelung zu überführen. Hierbei soll sich das Parlament aber seiner demokratischen Verantwortung bewusst werden. Diese Verantwortung bedingt eine eigene Entscheidung und nicht nur das «Abnicken» der vom Bundesrat getroffenen Regelung – selbst wo eine Regelung unverändert übernommen wird, muss fortan die Bundesversammlung die politische Verantwortung für diese Regelung tragen. Die Bundesversammlung muss sich also aus der Pfadabhängigkeit lösen, die durch die vorbestehende Regelung geschaffen wurde. Es gilt, eine gangbare Lösung zu finden, die eigene Gestaltungspflicht mit der ebenfalls notwendigen Rechtssicherheit für die Rechtsunterworfenen zu vereinbaren.¹⁰³

Andererseits müssen sowohl die Bundesversammlung als auch der Bundesrat und die Bundesverwaltung eine Evaluation der Massnahmen – auch unter Beachtung allfälliger Gerichtsentscheide – vornehmen. Dies ist sinnvoll, um aus der Krise Lehren für die Zukunft zu ziehen und die Bewältigung der konkreten Notlage samt ihren Problemen und Erfolgen zu beurteilen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der Bewertung aus der *ex ante*- und der *ex post*-Perspektive. Erstere dient der Beurteilung des Verhaltens der involvierten Akteure und muss insbesondere den Rückschaufehler¹⁰⁴ vermeiden: Auch eine im Nachhinein sich als unrichtig er-

⁹² BIAGGINI (FN 3), 250.

⁹³ BIAGGINI, OFK, Art. 185 BV N 10; HANGARTNER (FN 25), 206; für Liechtenstein SCHIESS RÜTIMANN (FN 15), Rz. 75.

⁹⁴ BIAGGINI (FN 3), 243; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 461; RECHSTEINER (FN 19), 154.

⁹⁵ FLEINER (FN 25), 417.

⁹⁶ KLEY (FN 18), 125; RECHSTEINER (FN 19), 153.

⁹⁷ GL.M. SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 73.

⁹⁸ GÄCHTER (FN 30), 244 f.; KIENER (FN 18), 472; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N 50.

⁹⁹ Z.B. Art. 46 Abs. 3 LVG; auf kantonaler Ebene § 60a Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 (GesG ZH), LS 810.1 § 16; Gesetz über den Bevölkerungsschutz vom 19. Juni 2007 (BSG LU), SRL 370; Art. 89 Abs. 1 Gesetz zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit vom 30. Mai 2007 (GesG NW), NG 711.1; Art. 24 Abs. 2 Bevölkerungsschutzgesetz vom 22. August 2016 (BevSG SH), SHR 500.100; Art. 28 Gesetz über den Bevölkerungsschutz des Kantons Graubünden vom 17. Juni 2015 (BSG GR), BR 630.000; Art. 42 Abs. 3 Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del 18 aprile 1989 (LSan TI), CAN 801.100.

¹⁰⁰ RECHSTEINER (FN 15), Rz. 922 f.

¹⁰¹ BGE 131 II 670 E. 3.1; RECHSTEINER (FN 15), Rz. 948 ff.

¹⁰² FN 7.

¹⁰³ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (FN 3), 689 f. u. 700; CARONI/SCHMID (FN 2), 715 f.; vgl. zum Beispiel der COVID-19-Solidarbürgschafts-Verordnung BIAGGINI (FN 3), 251 ff.; MÄRKLI/GUT (FN 7), 724.

¹⁰⁴ Dazu ausführlich MARK SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Diss. Zürich 2005, Rz. 619 ff.

weisende Massnahme muss dabei als korrektes Verhalten gewertet werden, wenn sie wegen zum Entscheidungszeitpunkt bestehender Unsicherheit oder aufgrund von Sachzwängen nachvollziehbar ist. Letztere muss umgekehrt das Ergebnis unabhängig von dieser Unsicherheit (und ohne Vorwurf an die Akteure) beurteilen, um zukunftsgerichtet Verbesserungspotenzial zu erkennen. Aus rechtlicher Sicht ist im Rahmen dieser *ex post*-Beurteilung eine Ausdifferenzierung der Rechtsgrundlagen zu wünschen¹⁰⁵ und sind auch die Verordnungen selbst einer Nachbetrachtung zu unterziehen. So kann den Problemen begegnet werden, welche die Notsituation für die *Legistik* unweigerlich mit sich bringt.¹⁰⁶ Für die Zukunft können Szenarien entwickelt und «Schubladenverordnungen» erstellt werden, also Verordnungen auf Vorrat, die beim Eintritt einer Notlage als Muster für eine rasche Regelung dienen können. Es geht dabei nicht darum, die zukünftige Lage bereits im Sinne einer fertigen Verordnung 1:1 zu erfassen und zu regeln (was gar nicht möglich wäre). Vielmehr sollen solche Verordnungen bausteinartig durchdachte Regelungen, Konzepte, Definitionen, Vorgehensweisen bestimmen, aus denen dann im Einzelfall – nach den notwendigen Anpassungen – eine solidere Regel konstruiert werden kann.

Anstelle eines Fazits soll die häufig gestellte Frage aufgenommen werden, ob das Notrecht eine Gefahr für die Freiheit sei. Für die Schweiz lautet die Antwort: «Ja, aber.» Die Notverordnungen sind in der Tat eine Gefahr für die Freiheit. Sie sind dies aber nicht, weil demokratisch schlecht legitimierte Regelungen greifen – diese Legitimation ist für Notrecht gar nicht zentral. Sie sind es nicht, weil in Grundrechte eingegriffen wird – dies ist zulässig und zur Krisenbewältigung notwendig. Sie sind es nicht, weil zu befürchten wäre, dass der Bundesrat eine Diktatur einrichten würde – anders als etwa in Ungarn oder der Türkei sind hierzulande Versuche unstatthafter Ausnutzung der Notlage ausgeblieben. Gerade darin, dass das Notrecht gut funktioniert, dass es sich bewähren und als notwendig erweisen wird, ist die Gefahr für die Freiheit zu erblicken: Die scheinbare Gefahrlosigkeit des Notregimes wirkt als eine Apologetin autokratischer Herrschaft.¹⁰⁷ In der Krise sind parlamentarische Verfahren zu langsam, kommen gerichtliche Entscheide zu spät, verhindern föderalistische Unterschiede ein einheitliches Handeln – umgekehrt können Regierungen, Krisenstäbe oder Notbevollmächtigte rasch, wirksam und fachkompetent die notwendigen gesamtschweizerischen Massnahmen anordnen und erscheinen so als Retterfiguren. Die problemlose Rückkehr zur Normalität nach dem ersten Höhepunkt der Krise scheint auch zu beweisen, dass kein Grund zur Sorge besteht. Gerade, dass die Handhabung der Krise auch aus rechtsstaatlicher Sicht (im Grossen und Ganzen) kaum Anlass zu Anständen gibt, vertuscht die Problematik, dass Notrecht *Sicherungsmechanismen* aus-

ser Kraft setzt. Dies senkt die Hemmung, bald wieder zu diesem Mittel zu greifen, und erodiert das Verständnis für geregelte, demokratisch, rechtsstaatlich und föderalistisch breit abgestützte Verfahren. Die Kultur demokratischer Freiheit wurde leidvoll erkämpft und musste danach langsam wachsen und sich festigen; gerade in Zeiten und an Orten, wo Freiheit und Partizipation weitgehend verwirklicht sind, müssen ihre Vorzüge ständig in Erinnerung gerufen und aufs Neue verteidigt werden. Das Notrecht leistet aber nach dem Gesagten einen Beitrag in die Gegenrichtung. Wird übersehen, dass es in einer Ausnahmesituation stattfindet und zeitlich begrenzt ist, schwächt dies die Kultur der Freiheit und verschleiert die Notwendigkeit demokratischer und föderalistischer Prozesse für eine gerechte und dauerhafte Ordnung.¹⁰⁸ Es macht für die Zukunft die bewusste Pflege des liberalen, demokratischen und föderalistischen Gedankens notwendig.

¹⁰⁵ Oben II; ebenso BIAGGINI (FN 3), 267; KLEY (FN 3), 275 f.

¹⁰⁶ Oben I.

¹⁰⁷ Ähnlich DANIEL MOECKLI, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 121 (2020), 237 f.

¹⁰⁸ Gl.M. schon KLEY (FN 18), 123 f.