

Stefan G. Schmid / Micha Herzog

## **Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand**

### **Ein Blick auf das Covid-19-Gesetz und das nachträgliche Referendum anlässlich der Volksabstimmung vom 28. November 2021**

---

Die Autoren, die sich bereits im Vorfeld der ersten Volksabstimmung über das Covid-19-Gesetz ausführlich zum Verhältnis von dringlicher Gesetzgebung und direkter Demokratie geäußert haben, setzen sich anlässlich der Volksabstimmung über die Änderung vom 19. März 2021 mit den staatsrechtlichen Herausforderungen auseinander, die das Covid-19-Gesetz stellt, und werfen noch einmal einen Blick auf die Probleme, die ein nachträgliches Referendum mit sich bringen kann.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Politische Rechte; Staatsorganisation und Behörden

Zitiervorschlag: Stefan G. Schmid / Micha Herzog, Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand, in: Jusletter 22. November 2021

## Inhaltsübersicht

1. Dringliche Covid-19-Gesetzgebung
2. Erste Volksabstimmung
3. Zweites Referendum
4. Vierte Revisionsvorlage
5. Vorläufige Erkenntnisse

### 1. Dringliche Covid-19-Gesetzgebung

[1] Ob die Stimmberechtigten diese Abstimmungsfrage wohl zu Ende lesen? «Wollen Sie die Änderung vom 19. März 2021 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) (Härtefälle, Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung, Kulturschaffende, Veranstaltungen) annehmen?» Die umständliche – mit Blick auf den Erlassinhalt dennoch unvollständige Substantivkette rührt letztlich daher, dass das Covid-19-Gesetz<sup>1</sup>, über das in der Volksabstimmung vom 28. November 2021 erneut zu befinden sein wird, eigenartig konzipiert ist, enthält es doch ganz überwiegend Delegationen bzw. Ermächtigungen zugunsten des Bundesrates, die überdies teilweise ganz unterschiedliche Sachbereiche betreffen.<sup>2</sup>

[2] Der Begriff der «gesetzlichen Grundlagen» im Titel des Erlasses nimmt ein Element von Art. 7d Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 RVOG<sup>3</sup> auf, der die Beendigung des unmittelbar auf Art. 185 Abs. 3 BV<sup>4</sup> gestützten («Not»-)Verordnungsrechts des Bundesrates regelt. Demnach tritt eine solche Verordnung sechs Monate nach ihrem Inkrafttreten ausser Kraft, wenn der Bundesrat bis dahin der Bundesversammlung «keinen Entwurf [...] einer gesetzlichen Grundlage für den Inhalt der Verordnung» unterbreitet.<sup>5</sup> Diese Formulierung könnte den Schluss nahelegen, dass – wie im Fall des Covid-19-Gesetzes geschehen – die bereits vorhandenen verfassungsunmittelbaren, gesetzesvertretenden (bzw. -derogierenden) Verordnungen des Bundesrates beibehalten werden dürfen und neu bloss auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu stellen sind. Im Zug der Erarbeitung des Covid-19-Gesetzes klärte der Bund denn auch ab, «für welche aktuell geltenden Verordnungsregelungen, deren Geltungsdauer sechs Monate überdauern sollte, gesetzliche Grundlagen zu schaffen sind, welche die verfassungsunmittelbare Grundlage substituieren sollen».<sup>6</sup> Folgerichtig besteht gemäss dem Bundesrat «[d]ie rechtspolitische Natur» des Covid-19-Gesetzes darin, «dass der Gesetzgeber den Bundesrat ermächtigt, die bisher schon getroffenen Massnahmen fortzuführen».<sup>7</sup> So wurde das Covid-19-Gesetz ein «eigentlicher Ingress-

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (SR 818.102).

<sup>2</sup> Die Autoren haben bereits in einem früheren Aufsatz (gemeinsam mit Dumenig Stiffler) unter anderem auf diese Probleme hingewiesen: STEFAN G. SCHMID/MICHA HERZOG/DUMENIG STIFFLER, Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, in: Jusletter 7. Juni 2021.

<sup>3</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

<sup>4</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>5</sup> Anders die Formulierung in Art. 7d Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 RVOG, wonach alternativ eine «Verordnung der Bundesversammlung [...] die Verordnung des Bundesrates ersetzt» (Hervorhebung durch die Verfasser).

<sup>6</sup> Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) (BBl 2020 6563, S. 6575).

<sup>7</sup> Botschaft zum Covid-19-Gesetz (Fn. 6), S. 6589.

Lieferant»<sup>8</sup> für zahlreiche ehemalige Notverordnungen des Bundesrates;<sup>9</sup> man könnte auch von einem «Rechts-Transformator» sprechen, der das «Notrecht» vom Frühling 2020 im Herbst 2020 in ordentliches Recht umgewandelt hat.

[3] Eine solche Vorgehensweise muss aber fast zwangsläufig den materiellen Gesetzesbegriff bzw. -vorbehalt, wonach «[a]lle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen [...] in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen» sind (Art. 164 Abs. 1 BV), arg strapazieren;<sup>10</sup> dies umso mehr, wenn zahlreiche Bestimmungen dieser gesetzlichen Grundlage – wie im Fall des Covid-19-Gesetzes – den Bundesrat ermächtigen, von bestehendem Gesetzesrecht abzuweichen, ja wenn diese insgesamt «die Notrechtskompetenzen des Bundesrats ausweiten».<sup>11</sup> Gesetzesderogierendes Ordnungsrecht kommt zwar auch sonst vor im Bundesrecht,<sup>12</sup> ist in rechtsstaatlich-demokratischer Hinsicht aber problematisch, weshalb es sich anbieten kann, die betreffenden Delegations- bzw. Ermächtigungsnormen mit Genehmigungs- bzw. Interventions- oder Rückholvorbehalten zugunsten der Bundesversammlung<sup>13</sup> zu verbinden.

[4] Ein Blick in die Materialien zur Entstehung von Art. 7d RVOG im Jahr 2010, die stark von den Erfahrungen der «UBS-Affäre» geprägt wurde, zeigt freilich, dass jedenfalls der Bundesrat nicht von einem solchen Prozedere der Ablösung bloss der *Kompetenzgrundlage* bei der Beendigung des «Notrechts», sondern von einer Ablösung der verfassungsunmittelbaren *Verordnungen* durch Unterbreitung eines Gesetzesentwurfs ausging.<sup>14</sup> Aus den parlamentarischen Debatten – Sprecher der vorberatenden Kommission des Ständerates war Alain Berset<sup>15</sup> – geht dagegen nicht hervor, was man sich unter den «gesetzlichen Grundlagen» genau vorstellte; betont wurde bloss regelmässig die Notwendigkeit, nach dem Gebrauch von «Notrecht» durch den Bundesrat möglichst

---

<sup>8</sup> MARKUS NUSSBAUMER/MIRIAM SAHLFELD, Erfahrungsbericht aus der Rechtsetzungsbegleitung der Bundesverwaltung, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise. 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, S. 175 ff., S. 190.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Verordnung vom 7. Oktober 2020 über die Abstützung der Covid-19-Verordnungen auf das Covid-19-Gesetz (AS 2020 3971).

<sup>10</sup> Vgl. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 24. Von einer klaren Verfassungswidrigkeit spricht etwa ANDREAS KLEY, Der Bundesrat kann, kann, kann..., Gastkommentar NZZ vom 20. Oktober 2021, S. 17. Ebenfalls kritisch (betreffend den Entwurf vom 12. August 2020) THOMAS SÄGESSER/DANIEL KETTIGER, Fragwürdiges Covid-19-Gesetz, Gastkommentar NZZ vom 3. September 2020, S. 7. Siehe ferner DANIEL KETTIGER, Wann gilt ein Gesetzesentwurf im Sinne von Art. 7d Bst. b RVOG als abgelehnt, Jusletter Coronavirus-Blog vom 3. September 2020, abrufbar unter <https://jusletter.weblaw.ch/blog/kettiger03092020.html>. Zahlreiche rechtliche Fragen zum Covid-19-Gesetz formuliert überdies LUC GONIN, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Basel 2021, Art. 185 N. 187. Keine Zweifel an der Verfassungsmässigkeit hegen dagegen GEORG MÜLLER/RENÉ RHINOW, Das Covid-19-Gesetz ist nicht verfassungswidrig, Gastkommentar NZZ vom 10. November 2021, S. 18.

<sup>11</sup> FELIX UHLMANN, Krisen sind Zeiten der Exekutive – doch das Notrecht hat seine Tücken, Gastkommentar NZZ vom 27. Oktober 2021, S. 17.

<sup>12</sup> Vgl. etwa GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, S. 239 ff., S. 262 Fn. 109.

<sup>13</sup> Vgl. zu diesen Einrichtungen STEFAN G. SCHMID, Parlament und Regierung im Clinch: Das Verordnungsveto in seinen Grundzügen und im Licht der Gewaltenteilung, ZBl 119/2018, S. 163 ff., S. 168 ff., insbes. Fn. 75, m.w.H.

<sup>14</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010 zum Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010 zur parlamentarischen Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen (09.402) (BB1 2010 2803, S. 2807 f.). In diese Richtung deuten auch die Formulierungen von FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 6/2020, S. 685 ff., S. 691 («[...] stellt [...] sicher, dass bundesrätliche Notverordnungen durch parlamentarische Erlasse ersetzt werden»).

<sup>15</sup> Vgl. AB 2010 S 1060 ff.

rasch wieder zur «normalen Kompetenzordnung» zurückzukehren.<sup>16</sup> Der Bundesrat wandte sich übrigens auch gegen einen – in der Bundesversammlung schliesslich erfolgreichen – Minderheitsantrag der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, wonach er dem Parlament anstatt eines Gesetzesentwurfs auch den Entwurf einer blossen *Verordnung* der Bundesversammlung gemäss Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV unterbreiten können sollte, wobei er seine ablehnende Haltung unter anderem mit dem materiellen Gesetzesvorbehalt nach Art. 164 Abs. 1 BV begründete.<sup>17</sup>

[5] Der im Fall des Covid-19-Gesetzes gewählte Ansatz eines «inhaltsarmen»,<sup>18</sup> zur Hauptsache aus Ermächtigungsnormen bestehenden Gesetzes, ist der besonderen Natur der Corona-Krise als einer langanhaltenden, sich stetig wandelnden Krise geschuldet, die eine aussergewöhnliche Flexibilität in der Rechtsetzung erfordert. Der Preis dafür sind erhebliche Abstriche beim Erfordernis der Gesetzesform, welche die Verfassungsmässigkeit des gewählten Vorgehens infrage stellen. Nach herkömmlichen Massstäben dürfte die Covid-19-Gesetzgebung die Delegationsvoraussetzung, wonach die Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz nur übertragen werden können, «soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird» (Art. 164 Abs. 2 BV), nicht erfüllen; überdies fehlt es weitgehend an der Voraussetzung, wonach das formelle Gesetz die Grundzüge der delegierten Regelung selbst enthalten muss.<sup>19</sup> Dieser Punkt wurde bereits in der Vernehmlassung kritisiert.<sup>20</sup> Deshalb ist zu fordern, dass der Bundesrat den Grundsatz strikte einhält, wonach er von seinen «besonderen Befugnissen» nach Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz «insbesondere» keinen Gebrauch machen darf, «wenn das Ziel auch im ordentlichen oder dringlichen Gesetzgebungsverfahren rechtzeitig erreicht werden kann» (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Gesetz).<sup>21</sup> Sodann ist auch auf die Informations- und Konsultationspflichten des Bundesrates hinzuweisen (Art. 1 Abs. 35 Covid-19-Gesetz). Diesen kommt insofern Bedeutung zu, als die Inanspruchnahme der «besonderen Befugnisse» damit rechtfertigungspflichtig bleibt. Sie dürfen aber nicht über die erheblichen Machtverschiebungen im Gewaltengefüge hinwegtäuschen.

## 2. Erste Volksabstimmung

[6] Die erste Fassung des Covid-19-Gesetzes vom 25. September 2020 war – jedenfalls formell – Gegenstand der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021. Die Stimmberechtigten hiessen damals wie erwartet die Vorlage gut. 60.2 Prozent der Stimmenden nahmen das Covid-19-Gesetz an, nur 39.8 Prozent lehnten es ab. Immerhin schafften es die «Freundinnen und Freunde der Verfassung», unterstützt von weiteren Gruppierungen, aber praktisch ohne Unterstützung politischer Parteien, in acht ländlichen Kantonen eine Mehrheit gegen das Covid-19-Gesetz zu mobilisie-

---

<sup>16</sup> Vgl. insbes. AB 2010 N 1201 ff.; AB 2010 S 1060 ff.; ferner der Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010 zur parlamentarischen Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen (09.402) (BBl 2010 1563 ff., 1564 f., 1577 f.).

<sup>17</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010 (Fn.14), S. 2807 f.

<sup>18</sup> KLEY (Fn. 10).

<sup>19</sup> Vgl. zu den Delegationsgrundsätzen statt vieler PIERRE TSCHANNEN, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 164 N. 35.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. die Vernehmlassungsantwort der GRÜNEN Schweiz zum Covid-19-Gesetz, abrufbar unter [https://verts.ch/wp-content/uploads/2020/07/ver\\_200709\\_covid-19\\_def.pdf](https://verts.ch/wp-content/uploads/2020/07/ver_200709_covid-19_def.pdf).

<sup>21</sup> Vgl. auch BERNHARD WALDMANN, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Uhlmann/Höfler (Fn. 8), S. 3 ff., S. 26.

ren.<sup>22</sup> In den Kantonen Appenzell Innerrhoden und Schwyz stimmten gar rund 60 Prozent gegen das Covid-19-Gesetz und damit gegen die Empfehlungen von Bundesrat und Bundesversammlung. In der lateinischen Schweiz wurde die Vorlage durchwegs gutgeheissen; am deutlichsten in den Kantonen Waadt, Genf und Tessin mit einem Ja-Stimmen-Anteil von rund 70 Prozent. Die Nachbefragung zeigt im Wesentlichen, dass vor allem jüngere Menschen dem Gesetz kritisch gegenüberstanden.<sup>23</sup> Die Stimmberechtigten haben nun seit der Einführung des nachträglichen Referendums im September 1949 insgesamt 19-mal über einen dringlichen Erlass befunden: Eine einzige Ablehnung steht insgesamt 18 Annahmen gegenüber, was gerade einmal einer Ablehnungsquote von 5.3 Prozent entspricht.<sup>24</sup> Dies ist gemessen an der bei 35.1 Prozent liegenden Gesamtquote aller seit Herbst 1949 aufgrund eines fakultativen Referendums abgelehnten Vorlagen<sup>25</sup> eine bemerkenswert niedrige Quote.

[7] Die Annahme des Covid-19-Gesetzes hatte nicht zuletzt zur Folge, dass die juristisch knifflige Frage nicht beantwortet werden musste, was mit denjenigen Teilen des Gesetzes, die vom Referendum formell nicht betroffen waren – d.h. den Änderungen, die zwischen der Schlussabstimmung vom 25. September 2020 und der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 vorgenommen worden waren – im Fall einer Ablehnung der Referendumsvorlage geschehen wäre. Die historisch einmalige Konstellation hatte im Vorfeld der Volksabstimmung für Verwirrung gesorgt – und nicht zuletzt für Stimmrechtsbeschwerden, in denen neben verschiedenen Unregelmässigkeiten insbesondere gerügt wurde, dass die Fassung des Covid-19-Gesetzes, die zum Zeitpunkt der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 in Kraft stand, nicht mit dem Gesetzestext im Abstimmungsbüchlein übereingestimmt habe.<sup>26</sup> Das Problem ist letztlich juristisch nicht befriedigend lösbar. Das von uns vorgeschlagene Vorgehen,<sup>27</sup> das auch Bundesrat und Bundesverwaltung ins Auge fassten, hat Schwächen – genauso wie die möglichen Alternativen.<sup>28</sup> Wenn mitunter etwa geltend gemacht wird, die Bundesversammlung müsse in einem solchen Fall in gleicher Weise verfahren wie das Bundesgericht bei der (abstrakten) Normenkontrolle, so ist zu bedenken, dass das Bundesgericht in diesem Rahmen einzelne Bestimmungen eines Gesamterlasses (d.h. des «Grundgerüsts») überprüft und gegebenenfalls einzelne Artikel oder Absätze aufhebt. Im Fall des Covid-19-Gesetzes wäre aber genau umgekehrt zu verfahren gewesen: Nach dem Wegfall des Grunderlasses wären einzelne Artikel zu suchen gewesen, die alleine hätten «überleben» können. Zudem bestünde das Problem, dass für die meisten der betroffenen Bestimmungen

---

<sup>22</sup> Vgl. Bundesratsbeschluss vom 17. September 2021 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 (BBl 2021 2135).

<sup>23</sup> Vgl. Forschungsinstitut gfs.bern, VOX-Analyse Juni 2021, Nachbefragung und Analyse zur eidgenössischen Volksabstimmung vom 13. Juni 2021, Juli 2021, abrufbar unter [https://vox.gfsbern.ch/wp-content/uploads/2021/08/d\\_vox\\_schlussbericht\\_def\\_v3.pdf](https://vox.gfsbern.ch/wp-content/uploads/2021/08/d_vox_schlussbericht_def_v3.pdf).

<sup>24</sup> Ausführliche Statistik bei SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 16 ff.

<sup>25</sup> 52 Ablehnungen stehen in diesem Zeitraum 96 Annahmen gegenüber; eigene Berechnung anhand Bundeskanzlei, Zustandegekommene Referenden, abrufbar unter [https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/rf/ref\\_2\\_2\\_3\\_2.html](https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/rf/ref_2_2_3_2.html).

<sup>26</sup> Das Bundesgericht trat auf die betreffenden Beschwerden nicht ein (Bundesgericht, 1C 332/2021 vom 2. August 2021; Bundesgericht, 1C 365/2021 vom 12. August 2021). Nur nebenbei sei erwähnt, dass Abstimmungsbeschwerden bei dringlichen Bundesgesetzen die Einhaltung der Jahresfrist nach Art. 165 Abs. 2 bzw. 3 BV kaum gefährden können. Art. 15 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1) sieht nämlich vor, dass sollte der Erwarungsbeschluss aufgrund von Abstimmungsbeschwerden noch nicht vollzogen werden können der Bundesrat oder die Bundesversammlung das dringlich erklärte Bundesgesetz provisorisch in Kraft belassen kann, sofern das Abstimmungsergebnis «unzweifelhaft deutlich ist».

<sup>27</sup> Vgl. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 30 ff.

<sup>28</sup> Vgl. die zitierten Stimmen in: DENNIS BÜHLER, Und wenn das Covid-19-Gesetz abgelehnt wird?, Republik online, 2. Juni 2021, abrufbar unter <https://www.republik.ch/2021/06/02/und-wenn-das-covid-19-gesetz-abgelehnt-wird>.

das materielle, für alle aber das formale Grundgerüst weggefallen wäre. Es erscheint deshalb als zweckmässiger, in einer solchen Konstellation – sollte sie sich künftig je wieder einstellen – von einem gänzlichen Dahinfallen des Gesetzes auszugehen und das Problem über die Handhabung des Erneuerungsverbots von Art. 165 Abs. 4 BV zu lösen. Dahingefallene Änderungen, die ohne den Grunderlass weiterbestehen könnten, indem sie sich inhaltlich nicht auf ihn abstützen, fallen nämlich nicht unter das Erneuerungsverbot, sofern sie sich materiell genügend von den abgelehnten Bestimmungen unterscheiden. Art. 165 Abs. 4 BV gilt (nur) für Bestimmungen, die Teil einer verworfenen Abstimmungsvorlage waren. So war etwa Art. 3a Covid-19-Gesetz, der seit 20. März 2021 ein Verbot der Quarantänepflicht für geimpfte Personen vorsieht, von der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 nicht betroffen und hätte theoretisch vom Parlament per Dringlichkeitsrecht neu erlassen werden können.

### 3. Zweites Referendum

[8] Nach der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 kündigten die «Freundinnen und Freunde der Verfassung» an, sogleich mit der Unterschriftensammlung für das Referendum gegen diejenigen Änderungen des Covid-19-Gesetzes zu beginnen, welche die Bundesversammlung am 19. März 2021<sup>29</sup> beschlossen hat.<sup>30</sup> Dank Unterstützung weiterer Organisationen wie etwa des «Netzwerks Impfscheid» oder des «Aktionsbündnisses Urkantone» wurden nur gerade rund drei Wochen benötigt, um 187'239 Unterschriften – also fast viermal so viel als gefordert – zu sammeln, die medienwirksam und von Treichlern begleitet bei der Bundeskanzlei eingereicht wurden. Diese rekordverdächtige Sammlung hängt wohl mit der polarisierenden Wirkung des Covid-19-Gesetzes, der Symbolik des (wiederum) an ein Plebiszit über die gesamte Corona-Politik gemahnenden Referendums und der hervorragenden Vernetzung und gewieften Sammlungsstrategie der Gegnerschaft zusammen.<sup>31</sup> Eine wichtige Rolle dürfte sodann Ironie der Corona-Politik gespielt haben, dass die Gegnerschaft des Covid-19-Gesetzes (ein weiteres Mal) vom zu bekämpfenden Gesetz profitierte: Art. 2 Covid-19-Gesetz ermöglicht es nämlich vorübergehend, die Unterschriftenlisten ohne vorgängige Bescheinigung der Gemeinde einzureichen, was die Ausübung der politischen Rechte erheblich erleichtert.<sup>32</sup> Tatsächlich wurden denn auch bloss 5'401 Unterschriften des «Blitz-Referendums»<sup>33</sup> gegen die März-Revision mit Stimmrechtsbescheinigung eingereicht.<sup>34</sup> Trotz der eindrucklichen Unterschriftensammlung und der

---

<sup>29</sup> Änderung vom 19. März 2021 (Härtefälle, Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung, Kulturschaffende, Veranstaltungen), in Kraft seit 20. März 2021 (AS 2021 153).

<sup>30</sup> Die Referendumsfrist betreffend die Änderungen vom 18. Dezember 2020 war bereits abgelaufen.

<sup>31</sup> Vgl. etwa LARISSA RHYN, Mächtiger als Parteien und Verbände?, NZZ vom 13. Juli 2021, S. 7.

<sup>32</sup> Die Vertreterin eines Referendumskomitees, welches das Referendum gegen das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) ergriff, sprach etwa davon, dass durch die fehlende Beglaubigung zwei bis drei Wochen Zeit sowie 30'000 Franken eingespart werden könnten (vgl. OTTHMAR VON MATT, «Das ist fast surreal»: Das Referendum gegen das Terror-Gesetz kommt mit über 140'000 Unterschriften zustande, Aargauer Zeitung online, 13. Januar 2021, abrufbar unter <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-ist-fast-surreal-das-referendum-gegen-das-terror-gesetz-kommt-mit-uber-140-000-unterschriften-zustande-ld.2085374>).

<sup>33</sup> HANSUELI SCHÖCHLI, Gegner des Covid-19-Gesetzes geben noch nicht auf, NZZ vom 14. Juni 2021, S. 7; ders., Blitz-Referendum zur Corona-Politik, NZZ vom 9. Juli 2021, S. 1.

<sup>34</sup> Vgl. Verfügung der Bundeskanzlei vom 16. August 2021 über das Zustandekommen des Referendums gegen die Änderung vom 19. März 2021 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) (Härtefälle, Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung, Kulturschaffende, Veranstaltungen) (BBl 2021 1924).

inzwischen erfolgten Nein-Parole der SVP Schweiz deuten Umfragen allerdings auch bei dieser zweiten Volksabstimmung vom 28. November 2021 auf eine klare Zustimmung zum Covid-19-Gesetz hin.<sup>35</sup>

[9] Aus Sicht der Referendumskomitees handelt es sich bei den Änderungen vom 19. März 2021 um eine «unnötige und extreme Gesetzesrevision».<sup>36</sup> Sie argumentieren, dass es sich dabei um eine Verschärfung des bestehenden Covid-19-Gesetzes handle bzw. dass die bestehenden Gesetze ausreichen würden. Als Hauptargumente werden ein «indirekter Impfwang für alle», eine «Spaltung der Schweiz», eine «elektronische Massenüberwachung» und eine «Machtausweitung des Bundesrates» genannt.<sup>37</sup> Auch das zweite Referendum gegen das Covid-19-Gesetz richtet sich somit politisch nur gegen einen Teil der Abstimmungsvorlage, insbesondere gegen Art 1a der Änderung vom 19. März 2021, wonach der Bundesrat die Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens festlegt, Art. 3b betreffend das Test- und Contact-Tracing-System sowie Art. 6a betreffend die Impf-, Test- und Genesungsnachweise, also das politisch umstrittene Covid-Zertifikat. Demgegenüber dürfte der Gegnerschaft des Gesetzes etwa die Änderung von Art. 2 Abs. 1, wonach nicht nur Referendums-, sondern neu auch Initiativbegehren von der erleichterten Vorschrift betreffend Stimmrechtsbescheinigung profitieren, kaum missfallen.<sup>38</sup> Auch der Ausbau der finanziellen Hilfsmassnahmen scheint politisch unumstritten zu sein.

[10] Am 18. Juni 2021, also nur fünf Tage nach dem Abstimmungstermin, änderte die Bundesversammlung das Covid-19-Gesetz zum dritten Mal.<sup>39</sup> Diese Revision hat aber keine Auswirkungen auf die gegenwärtige Abstimmungsvorlage, da im Juni keine Bestimmungen geändert wurden, die sich auch in der Teiländerung vom März finden. Die Folgen einer allfälligen Ablehnung des Covid-19-Gesetzes wären dieses Mal etwas klarer: Die Änderungen vom 19. März 2021 würden spätestens ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung (Art. 165 Abs. 2 BV),<sup>40</sup> d.h. am 19. März 2022, ausser Kraft treten und unterlägen überdies fortan einem Erneuerungsverbot nach Art. 165 Abs. 4 BV.<sup>41</sup> Eine Ablehnung des Änderungsgesetzes hätte also auch zur Folge, dass die Einführung und Ausstellung eines fälschungssicheren und international anerkannten Covid-Zertifikats über keine gesetzliche Grundlage mehr verfügen würde, da diese per 19. März 2022 ausser Kraft treten müsste und fortan auch nicht mehr auf dem Dringlichkeitsweg erneuert

---

<sup>35</sup> Eine klare Mehrheit von 61 Prozent der Teilnahmewilligen hätte Anfang Oktober für die Änderung des Covid-19-Gesetzes gestimmt (48 Prozent «bestimmt dafür», 13 Prozent «eher dafür»); vgl. Forschungsinstitut gfs.bern, 1. SRG-Trendumfrage zur Abstimmung vom 28. November 2021, abrufbar unter [https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/srg\\_trend\\_28112021/](https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/srg_trend_28112021/).

<sup>36</sup> Vgl. Argumente der Referendumskomitees, in: Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 28. November 2021, S. 34 f.

<sup>37</sup> Vgl. Argumente der Referendumskomitees (Fn. 36), S. 34 f.

<sup>38</sup> Zurzeit befindet sich die Initiative «Für Freiheit und körperliche Unversehrtheit (STOPP Impfpflicht)» im Sammelstadium (BBl 2020 9103). Wie man der Tagespresse entnehmen konnte, wurden bereits mehr als 100'000 Unterschriften gesammelt und dies, obschon die Sammelfrist erst im Juni 2022 abläuft.

<sup>39</sup> Änderung vom 18. Juni 2021 (Erwerbsausfallentschädigung, Sport und Kapazitätsbeschränkungen), in Kraft seit 19. Juni 2021 (AS 2021 354). Die Referendumsfrist ist am 7. Oktober 2021 abgelaufen (BBl 2021 1503).

<sup>40</sup> Vgl. zur Frage einer allfälligen vorzeitigen Ausserkraftsetzung eines dringlichen Bundesgesetzes nach dessen Ablehnung in der Volksabstimmung SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 12, unter Hinweis auf YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 1221, 1225.

<sup>41</sup> Zur Problematik, dass sich die «unbestrittenen» Teile – soweit überhaupt Konsens darüber besteht, wann sie als «unbestritten» gelten können – kaum eruieren lassen, da die Stimmenden ihr Abstimmungsverhalten bekanntlich nicht begründen müssen bzw. können, siehe SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 33.

werden könnte.<sup>42</sup> Allerdings würde der Bundesversammlung trotz Ablehnung einer dringlichen Vorlage das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach wie vor offenstehen.<sup>43</sup>

[11] Das Erneuerungsverbot gilt freilich unabhängig davon, ob die betreffenden Gesetzesbestimmungen politisch umstritten waren oder nicht. Der Gesetzgeber ist mit der Vermengung unterschiedlichster Sachbereiche in einem Erlass das Risiko, dass auch wenig kontroverse Gegenstände als Teil einer Abstimmungsvorlage abgelehnt und nicht erneuert werden können, bewusst eingegangen.<sup>44</sup> Schliesslich ist noch auf die Probleme hinzuweisen, die sich im Fall einer Ablehnung der Gesetzesänderung vom 19. März 2021 daraus ergeben könnten, dass damals auch frühere Bestimmungen des Covid-19-Gesetzes aufgehoben<sup>45</sup> und im Anhang andere Gesetze revidiert wurden.

#### 4. Vierte Revisionsvorlage

[12] Inzwischen hat der Bundesrat bereits die Botschaft zu einer vierten dringlichen Revisionsvorlage verabschiedet.<sup>46</sup> Sie enthält weitere Änderungen und die Verlängerung zahlreicher Bestimmungen des Covid-19-Gesetzes um ein Jahr bis Ende 2022, welche die Bundesversammlung in der kommenden Wintersession beschliessen soll. Ein Referendum erscheint in diesem Fall zwar als wenig wahrscheinlich.<sup>47</sup> Die Zulässigkeit dieser Fristverlängerungen ist aber nicht selbstverständlich, kommt doch eine Erneuerung von dringlich erklärten Gesetzesbestimmungen nur infrage, wenn nach wie vor sachliche und zeitliche Dringlichkeit gegeben ist.<sup>48</sup>

[13] Der Bundesgesetzgeber hat die Dringlichkeit stets sorgfältig zu prüfen und zu begründen<sup>49</sup> – so, wie dies auch die kantonalen Gesetzgeber tun müssen, die freilich hierbei einer Kontrolle durch das Bundesgericht unterliegen.<sup>50</sup> Jedenfalls darf kein Automatismus entstehen, wonach der Weg des Dringlichkeitsrechts, einmal beschritten, nicht mehr verlassen wird. Das dringlich

---

<sup>42</sup> Da das Covid-19-Gesetz lediglich die gesetzliche Grundlage für die Einführung bzw. die Ausstellung eines fälschungssichereren und international anerkannten Nachweises einer Impfung, Testung oder Genesung darstellt, die Anwendung des Covid-19-Zertifikats im Inland jedoch hauptsächlich in der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 (SR 818.101.26), die sich auf das Epidemienengesetz vom 28. September 2012 (SR 818.101) stützt, geregelt ist, sind die Folgen, die eine Ablehnung am 28. November 2021 für das Zertifikat hätte, unklar bzw. umstritten (vgl. OLIVER WASHINGTON, Bei Nein zum Covid-Zertifikat: Die Folgen sind unklar, SRF online, 5. November 2021, abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/abstimmungen-28-november-2021/covid-gesetz/uneinigkeit-bei-experten-bei-nein-zum-covid-zertifikat-die-folgen-sind-unklar>).

<sup>43</sup> Vgl. statt vieler TSCHANNEN (Fn. 19), Art. 165 N. 24.

<sup>44</sup> Vgl. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 33.

<sup>45</sup> Art. 12 Abs. 3 und Art. 12b Abs. 5 Covid-19-Gesetz.

<sup>46</sup> Botschaft vom 27. Oktober 2021 zur Änderung des Covid-19-Gesetzes (Verlängerung von einzelnen Bestimmungen) (BBl 2021 2515).

<sup>47</sup> Vgl. auch HANSUELI SCHÖCHLI, Bald soll es ohne Nothilfe gehen, NZZ vom 23. Oktober 2021, S. 23; ders., Corona-Absicherung bis Ende 2022, NZZ vom 28. Oktober 2021, S. 7. Selbst bei Ablehnung in der Volksabstimmung würde die Geltungsdauer der verlängerten Bestimmungen bloss um ein paar Wochen verkürzt, da auch sie erst ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft träten (vgl. Art. 165 Abs. 2 BV). Immerhin wäre damit aber eine nochmalige Verlängerung der Geltungsdauer ausgeschlossen.

<sup>48</sup> Vgl. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 11.

<sup>49</sup> Vgl. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 2), Rz. 13.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Bundesgericht, 1C\_659/2020 vom 11. März 2021 (betreffend Erfüllung der Voraussetzungen für die Dringlicherklärung im Kanton Zürich).



erklärte Bundesgesetz ist im Fall eines länger anhaltenden Regelungsbedürfnisses nicht fortgesetzt zu erneuern, sondern durch nicht-dringliches Gesetzesrecht abzulösen.<sup>51</sup>

## 5. Vorläufige Erkenntnisse

[14] Die grosse Dynamik der gegenwärtigen Pandemie erfordert zweifellos eine aussergewöhnliche Flexibilität der einschlägigen Rechtsgrundlagen. Der Bundesgesetzgeber hat auf dieses Bedürfnis reagiert, indem er im Covid-19-Gesetz Kompetenzverschiebungen zugunsten des Bundesrates vorgenommen hat. Trotz dieser weitgehenden, verfassungsrechtlich überaus fragwürdigen Ermächtigungen bleibt aber auch die Änderungsfrequenz des Covid-19-Gesetzes mit seinem breiten Regelungsbereich hoch, was im Fall des nachträglichen Referendums zu erheblichen Problemen führt, da diese Einrichtung – wie das ganze rechtliche Instrumentarium zur Krisenbewältigung – eher auf einmalige, überblickbare Ereignisse denn auf dauerhafte, umfassende Krisen zugeschnitten ist. Das nachträgliche Referendum, das schon bei punktuelleren Interventionen mittels Dringlichkeitsrecht leicht Rechtsunsicherheiten verursachen kann, führt im besonderen Fall des Covid-19-Gesetzes zu komplexen Fragestellungen und – bei einer Ablehnung der Vorlage – zu potenziellen Regelungswidersprüchen. Daraus können Lehren für die Zukunft, namentlich im Hinblick auf das Normkonzept für entsprechende Erlasse, gezogen werden. Für die Gegenwart gilt es vor allem, das Bewusstsein für die Aussergewöhnlichkeit der jetzigen staatsrechtlichen Verhältnisse wachzuhalten, d.h. insbesondere die strikte Beachtung sowohl der Subsidiarität der «besonderen Befugnisse» des Bundesrates als auch der Anwendungsvoraussetzungen der dringlichen Gesetzgebung anzumahnen. Denn zweifellos besteht (auch) heute eine Gefahr, gegen die anzutreten die Rechtswissenschaft besonders berufen ist: «dass letzten Endes als Recht erscheint, was vernünftig ist».<sup>52</sup>

---

STEFAN G. SCHMID, Prof. Dr. iur., ist Ordinarius für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Verfassungsrecht an der Universität St. Gallen.

MICHA HERZOG, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, ist Assistent am Lehrstuhl von Prof. Schmid.

---

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler TSCHANNEN (Fn. 19), Art. 165 N. 24.

<sup>52</sup> ZACCARIA GIACOMETTI, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945, S. 39.