

22. April 2020

Einordnung

Ausserordentliche Rechtslage aufgrund von COVID-19

Zusammenfassung

Auch aus staatspolitischer Sicht ist die aktuelle Situation rund um COVID-19 ausserordentlich. Der Bundesrat führt das Land seit Anfang der Krise im Februar 2020 gestützt auf Notverordnungen und stützt sich dabei sowohl auf das revidierte Epidemiegesezt wie auch direkt auf Notrechtskompetenzen aus der Bundesverfassung. Eine Kontrolle dieser Notverordnungen durch das Parlament blieb bislang aus.

Nicht nur dem Bundesrat, auch dem Bundesparlament stehen Notrechtskompetenzen zu. (vgl. insbesondere [Art. 185 Abs. 3 BV](#), [Art. 173 Abs. 1 lit. a - c BV](#) sowie [Art. 7d RVOG](#)). Da die entsprechenden Bestimmungen der Verfassung nur selten zur Anwendung gelangen und auch Beschlüsse kaum gerichtlich herausgefordert werden, ist es schwierig, belastbare Aussagen zum Ausmass dieser Kompetenzen zu treffen. Wichtig wäre dies aber vor dem Hintergrund von Äusserungen von Parlamentariern, welche teilweise weitgehende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit mit erheblichen Einschränkungen der Rechtssicherheit fordern und ankünden, diese über die dem Parlament zustehenden Notrechtskompetenzen (d.h. ohne die Möglichkeit eines Referendums) umzusetzen.

Auf Grund der verfassungsmässigen Kompetenzverteilung scheint klar, dass das parlamentarische Notrecht demjenigen des Bundesrates grundsätzlich vorgeht. Es wird sich aber noch zeigen müssen, auf welche Art und Weise und gestützt auf welche Rechtsnormen sich das Parlament mit den bundesrätlich getroffenen Notmassnahmen befassen wird. Eine fundierte Auseinandersetzung mit [Art. 7d RVOG](#) scheint hierfür – unabhängig der Dauer der Krise – unabdingbar. Die parlamentarische Kontrolle der bundesrätlichen Notmassnahmen dürfte hauptsächlich politischer und nicht juristischer Natur sein. Eine detaillierte rechtliche Auseinandersetzung mit den erlassenen COVID-19-Massnahmen wird – wenn überhaupt – erst viel später und nur sporadisch erfolgen.

Ausgangslage

Die Ausbreitung des neuen Coronavirus COVID-19 in weit mehr als 100 Ländern hat dazu geführt, dass die WHO am 11. März 2020 das Vorliegen einer Pandemie ausgerufen hat. Im Vergleich zu anderen Ländern, welche sich grossmehrheitlich ausschliesslich auf generelles Notrecht berufen konnten, hatte die Schweiz die Möglichkeit, sich bei ihrer Reaktion auf die epidemiologisch herausfordernde Situation am unlängst revidierten Epidemiengesetz zu orientieren («EpG»; [SR 818.101](#)): Als Folge der SARS-Epidemie im Jahr 2003 war das schweizerische EpG revidiert worden. Ziel war es, es der Schweiz damit zu ermöglichen, im Kampf gegen übertragbare Krankheiten besser reagieren zu können.

Am 28. Februar 2020 wurde eine besondere Lage gemäss Art. 6 EpG ausgerufen. Dabei der Bundesrat unter anderem die Verordnung COVID-19 und damit auch ein Versammlungsverbot für Anlässe von mehr als 1000 Personen erlassen. Am 13. März 2020 doppelte der Bundesrat mit der Verordnung 2 COVID-19 nach (diese umfasste u.a. i) Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Kapazitäten in der Gesundheitsversorgung und zur Einschränkung des Grenzverkehrs sowie ii) Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen).

Am 16. März 2020 erklärte der Bundesrat das Vorliegen einer ausserordentlichen Lage gemäss Art. 7 EpG und traf seither zahlreiche weitere Massnahmen zwecks Eindämmung von COVID-19 (Verordnung 2 COVID-19, in [SR 818.101.24](#)).

1. Das Epidemiengesetz

1. Stufe: Normalsituation (Art. 31 Abs.1 EpG und Art. 40 EpG)

Die Kantone sind zuständig, Massnahmen zu ergreifen, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.

2. Stufe: Besondere Lage (Art. 6 EpG)

3. Stufe: Ausserordentliche Lage (Art. 7 EpG)

Gemäss Botschaft des Bundesrates zum revidierten EpG ist bei einer ausserordentlichen Lage von «*einer schlimmstmöglichen Pandemie ähnlich der spanischen Grippe von 1918*» auszugehen (Botschaft, S. 344). Art. 7 EpG erlaubt dem Bundesrat, für das ganze Land die notwendigen Massnahmen anzuordnen. Die Bestimmung ist deklaratorischer Natur und wiederholt auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates, in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz Polizeinotverordnungen zu erlassen. Aufgrund des grossen dem Bundesrat zugestandenem Ermessens in einer ausserordentlichen Situation ist besagter Artikel eng auszulegen.

2. Notverordnungsrecht in der Schweiz

Auch die Verfassung räumt sowohl Bundesrat als auch dem Parlament das Recht ein, unter ausserordentlichen Umständen unmittelbar gestützt auf die Verfassung Erlasse zu verabschieden.

2.1. Anwendbare Rechtsnormen

2.1.1. Bundesrat: Art. 185 Abs. 3 BV

[Art. 185 Abs. 3 BV](#) ermöglicht dem Bundesrat den Erlass von Notverordnungen.

Die auf diese Norm erlassenen Verordnungen sind verfassungsunmittelbare Verordnungen, werden als aussergewöhnlich charakterisiert und sind auch bei Einhaltung der verlangten Voraussetzungen nur restriktiv zu gebrauchen (Giovanni Biaggini, BV Kommentar zu Art. 185 BV, N9 und dort zitiertes Votum Widmer-Schlumpf: «*Notrecht ist nie eine Alternative, wenn es möglich ist, das Parlament zu befragen*»).

Die aktuelle Pandemie gilt als ausserordentliche Lage, welche dem Bundesrat erlaubt, die entsprechenden Massnahmen zu ergreifen. Als ein Beispiel von vielen, welches die in den vergangenen Wochen ergriffenen Massnahmen auf besagte Notrechtskompetenz des Bundesrates stützt, gilt die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020; diese bundesrätliche Notverordnung soll helfen, die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie abzufedern (vgl. [SR 951.261](#)).

2.1.2. Parlament: Art. 173 Abs. 1 lit. a - c BV

Wenn «ausserordentliche Umstände» vorliegen, darf auch die Bundesversammlung verfassungsunmittelbar tätig werden ([Art. 173 Abs. 1 lit. c BV](#)). Diese Erlasse unterliegen nicht dem Referendum (parlamentarisches «Notverordnungs- und Notverfügungsrecht»).

Mit dem Erlass einer solchen parlamentarischen Notverordnung gewinnt man nicht nur Zeit; es können auch «*in einer Krisenzeit Abstimmungskämpfe und Volksabstimmungen vermieden werden, ohne auf parlamentarisch-demokratische Legitimation verzichten zu müssen*» (so wörtlich Giovanni Biaggini, BV Kommentar zu Art. 173 BV, N12).

Bislang war besagte Norm – abgesehen davon, dass sie Grundlage der vielfach kritisierten Verordnung des Al-Qaïda Gruppierungsverbots¹ war - praktisch wenig relevant. Die Bundesversammlung erhält damit eine Kontroll- und Korrekturmöglichkeit gegenüber Massnahmen des Bundesrates. Notverordnungen der Bundesversammlung gehen Notverordnungen des Bundesrates vor.

Bei unmittelbar drohender Gefahr bietet sich primär die Notverordnungskompetenz des weitaus agileren Bundesrats an, die schneller und effizienter ausgeübt werden kann. Der Bundesversammlung kommt damit vorwiegend die Bedeutung einer Kontrollfunktion gegenüber dem Bundesrat zu, indem dessen Notverordnungen nachträglich aufgehoben oder abgeändert werden können (vgl. Caroline Lehner, Dissertation Notverordnungsrecht, Bern, 2016, S. 16).

¹ Im Jahr 2001 hatte der Bundesrat eine Notverordnung erlassen, mit der er die Gruppierung Al Quaidä verbot. Dieses Verbot wurde vom Bundesrat – mittels Notverordnung – dreimal (!) verlängert und auch von der Bundesversammlung im Jahr 2011 gestützt auf die Notverordnungskompetenz der Bundesversammlung gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV nochmals bis 2014 verlängert. Es wurde stark kritisiert, dass die «Gefahr» seit mehr als zehn Jahren bekannt gewesen war und wohl keine ausserordentlichen Umstände mehr vorgelegen hätten, welche eine Massnahme gestützt auf diese Rechtsgrundlage erlauben. Zudem übernahm die Bundesversammlung den Inhalt der bundesrätlichen Notverordnung und übte keinerlei parlamentarische Kontrolle aus; es ging also lediglich darum, eine Lücke zu vermeiden, da die bundesrätliche Verordnung im Dezember 2011 auslief. Die ebenfalls nicht auf Dauer angelegte Notverordnungskompetenz der Bundesversammlung wird hierfür nicht als das richtige Mittel angesehen.

2.1.3. Art. 7d Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)

Im Jahr 2008 war dem Bundesrat vorgehalten worden, sich bei der Rekapitalisierung der UBS am Rande des Zulässigen bewegt und das Parlament «*in der Schweiz zu einem Gremium von Kopfnickern degradiert zu haben*» (so in BBl 2010 1563, 1569; Parlamentarische Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010; lesenswert auch in diesem Kontext BGE 137 II 431 E. 4.1.).

Entsprechend wurden in der Folge einschlägige Bestimmungen zur zeitlichen Befristung von Notmassnahmen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz aufgenommen («RVOG»; [SR 172.010](#); in Kraft seit 1. Mai 2011; [Art. 7d RVOG](#): Verordnungen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit).

Erlässt der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV eine verfassungsunmittelbare Verordnung, so muss er innert sechs Monaten nach Inkrafttreten der Bundesversammlung den Entwurf einer gesetzlichen Grundlage für den Inhalt der Verordnung unterbreiten oder aber den Entwurf einer Parlamentsverordnung (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV), welche die Verordnung des Bundesrates ersetzt (Art. 7d Abs. 2 lit. a Ziff. 2 RVOG).

Betont wird auch der provisorische Charakter von Notverordnungen des Parlaments gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. c BV, da diese spätestens drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten ausser Kraft treten sollen (vgl. [Art. 7d Abs. 3 RVOG](#)). Damit wird die Überführung der Parlamentsnotverordnungen ins ordentliche Recht sichergestellt. Der guten Ordnung halber ist zu ergänzen, dass Notverfügungen des Bundesrates nicht zu befristen sind; allerdings ist die Geschäftsprüfungsdelegation innert 24 Stunden ins Bild zu setzen ([Art. 7e Abs. 2 RVOG](#)).

2.2. Ausübung des Notverordnungsrechtes

Der Bundesrat entscheidet als Kollegialorgan mit der Mehrheit seiner Mitglieder, ob die Anwendungsvoraussetzungen seiner Notverordnungskompetenz gemäss Art. 185 Abs. 3 BV gegeben sind. Der Bundesrat ist initiiertes und – als Träger der Notverordnungskompetenz – ausführendes Organ zugleich. Dies erlaubt eine rasche Reaktion, ist aber staatspolitisch nicht ohne Tücken, da ihm dabei ein gewisser Interpretationsspielraum zukommt (vgl. Caroline Lehner, Notverordnungsrecht, S. 66).

Die Dispensation vom Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage **darf nur während akuter Notlagen beansprucht werden**; die getroffenen Regelungen müssen in jedem Fall sowohl persönlich, sachlich und auch örtlich verhältnismässig bleiben. Sind die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt, so stellen die unmittelbar auf Art. 185 Abs. 3 BV abgestützten Verordnungen eine ausreichende rechtliche Grundlage - auch für schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen - dar (öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit werden gemäss den Anforderungen von [Art. 36 BV](#) beurteilt). Damit befreit Art. 185 Abs. 3 BV den Bundesrat nur vom Gesetzgebungsverfahren, nicht aber von der Einhaltung der übrigen rechtsstaatlichen Standards (so Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, §46, Rz. 25ff; zur erforderlichen Befristung solcher Verordnung vgl. auch Art. 185 Abs. 3 BV, Satz 2).

Bei der Ausgestaltung der Notverordnungskompetenz sind je nach Phase – Initiierung, Ausführung, parlamentarische sowie gerichtliche Kontrolle – verschiedene Kriterien zu beachten.

Ist eine Notverordnung (oder -verfügung) mit einer vorher nicht bewilligten Ausgabe verbunden, ist die Zustimmung eines parlamentarischen Organs erforderlich (Art. 34 Abs. 1 des Finanzhaushaltsgesetzes FHG; parlamentarische Finanzdelegation).

2.3. Inhalt und Schranken des Notverordnungsrechts

Dem Bundesrat kommt neben der Entscheidung, ob die Anwendungsvoraussetzungen des verfassungsrechtlichen Notverordnungsrechts gegeben sind (Initiierung) auch das Ermessen dabei zu, zu beurteilen, welche Massnahmen genau zu ergreifen sind. Diesen Entscheidung darf der Bundesrat nicht an eine untergeordnete Behörde delegieren. Damit steht diesem eine grosse Machtfülle bei Initiierung und Ausführung des Notverordnungsrechts zu.

Es gilt als herausfordernd, dem Notverordnungsrecht Schranken zu setzen. Dennoch sind solche zwecks Sicherstellung des Prinzips der restriktiven Anwendung von Notverordnungen zu begrüssen. Zu denken ist dabei bspw. an die Schranke der institutionellen Unabhängigkeit der Gerichte im Bereich der Rechtsprechung oder auch an parlamentarische Kontrollmechanismen (insbesondere die Pflicht des Bundesrats, der Bundesversammlung eine Notverordnung innerhalb von sechs Monaten zur Genehmigung zu unterbreiten wie gemäss Art. 7d RVOG vorgesehen; vgl. hierzu auch Lehner, Notverordnungsrecht, S. 123).

Wesentlich ist, dass der Verhältnismässigkeitsprüfung im Notverordnungsrecht eine herausragende Bedeutung zukommt.

2.4. Parlamentarische Kontrolle des Notverordnungsrechts

Die verfassungsrechtliche Notverordnungskompetenz des Bundesrats erlaubt es ihm, in dringenden Situationen Massnahmen zu ergreifen, für die in der Regel das Parlament zuständig wäre. Deshalb ist eine nachfolgende Kontrolle des Parlaments aufgrund der vorübergehenden Eingriffe in seine Gesetzgebungskompetenzen vorgesehen.

So hat auch die Bundesversammlung, wenn es aussergewöhnliche Umstände verlangen, die Möglichkeit, Verordnungen und einfache Bundesbeschlüsse zu erlassen (vgl. [Art. 173 Abs. 1 lit. c BV](#)). Dadurch verfügt die Bundesversammlung, wie auch der Bundesrat, über ein verfassungsunmittelbares und referendumsfreies Ordnungs- und Verfügungsrecht im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit. Die auf der Rechtsgrundlage von Art. 173 Abs. 1 lit. c BV getroffenen Massnahmen sind – seit 2011 - auf maximal drei Jahre zeitlich begrenzt (vgl. Art. 7d Abs. 3 RVOG; vgl. hierzu ausführlich Lehner, Notverordnungsrecht, S. 151ff.).

Wie bereits ausgeführt, gehen die Notverordnungsmassnahmen der Bundesversammlung in einem bestimmten Bereich denjenigen des Bundesrats vor. Dadurch kann die Bundesversammlung in Ausübung ihrer parlamentarischen Kontrollbefugnis Notverordnungen des Bundesrats aufheben oder abändern. Weil die Bundesversammlung in der Vergangenheit von ihrem Recht der parlamentarischen Kontrolle der Notverordnungen des Bundesrats nur sporadisch Gebrauch machte, wurde der Einbezug des Parlaments 2011 bewusst forciert (Erlass von Art. 7d RVOG und Verhinderung der «Kopfnickerhaltung» des Parlaments).

Zudem wurde – ebenfalls im Sinne einer Stärkung der parlamentarischen Kontrolle - gleichzeitig festgelegt, dass eine bundesrätliche Notverordnung ausser Kraft trete, **wenn der Bundesrat innert sechs Monaten der Bundesversammlung keinen Entwurf für eine gesetzliche Grundlage oder für eine Verordnung nach Art. 173 Absatz 1 Buchstabe c BV unterbreitet** (Art. 7d Abs. 2 RVOG). Tut er dies rechtzeitig, so bleibt seine Notverordnung solange in Kraft, bis die Bundesversammlung den Entwurf ablehnt oder die gesetzliche Grundlage, welche die Notverordnung ersetzt, in Kraft tritt (vgl. auch zum Vergleich zwischen ordentlicher und dringlicher Vernehmlassungsfrist beim Entwurf eines Bundesgesetzes detailliert Lehner, Notverordnungsrecht, S. 153ff.). Es wird anerkannt, dass die Vorgaben von

Art. 7d RVOG im Falle einer Notverordnung, welche nicht dauerhaft ins Recht überführt werden soll, für den Bundesrat bei Ausarbeitung eines Entwurfs für eine ohnehin nur befristete Massnahme eher umständlich sind. In der Interessenabwägung überwiegt aber die Legitimation einer Massnahme durch die Bundesversammlung klar (vgl. Lehner, Notverordnungsrecht, S. 154).

Der Bundesversammlung kann abhängig von den jeweiligen Umständen und Inhalt der zu treffenden Massnahmen auf verschiedene Handlungsmöglichkeiten zurückgreifen. In Frage kommen konkret i) ein Bundesgesetz (Art. 163 Abs. 1 BV), ii) ein dringliches Bundesgesetz (Art. 165 BV), iii) eine Verordnung gemäss Art. 165 Abs. 1 BV oder iv) eine Verordnung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV (zu den spezifischen Anwendungsvoraussetzungen, der unterschiedlichen demokratischen Legitimation einzelner Erlassformen sowie zum Verhältnis zur bestehenden Rechtsordnung vgl. Lehner, Notverordnungsrecht, S. 155ff.).

Ergänzend ist festzuhalten, dass erst das Inkrafttreten einer neuen, gesetzlichen Grundlage oder deren Ablehnung im Parlament dazu führen, dass die bundesrätliche Notverordnung ausser Kraft tritt (kein rückwirkender Geltungsverlust). Wesentlich ist ebenfalls, dass die parlamentarische Kontrolle ausschliesslich politischer Natur ist; die Rechtmässigkeit der betreffenden Massnahmen wird in der Regel wohl auch juristisch vom schweizerischen Parlament «bewertet» werden, doch eine Pflicht zur Ablehnung aus juristischen Gründen besteht nicht.

Die (neuerdings) auf Grund des RVOG zwingende Kontrolle der bundesrätlichen Notmassnahmen wird aufgrund der beschleunigten parlamentarischen Intervention allgemein als positiv bewertet. Ebenso wird die Verpflichtung der Bundesversammlung, sich mit dem Inhalt einer Notverordnung auseinanderzusetzen, begrüsst. Damit erhalte der Gesetzgeber die Möglichkeit für bekannte und künftig vorhersehbare Gefahren eine demokratisch abgestützte Lösung in einem Gesetz bereitzustellen. Wesentlich ist, dass das Parlament – im Gegensatz zum Bundesrat mit den bereits mehrfach genannten sechs Monaten - keiner Handlungsfrist unterliegt. Dadurch und auch aufgrund der Besonderheiten des schweizerischen Zweikammersystems sind mögliche Verzögerungen bei der parlamentarischen Kontrolle des Notverordnungsrechts möglich; diese Nachteile wurden aber im Interesse der grösseren demokratischen Legitimation in Kauf genommen (vgl. Lehner, Notverordnungsrecht, S. 162f.).

Ob, und gegebenenfalls auf welche Art und Weise, das Parlament die verschiedenen genannten Ersatzinstrumente in Ausübung seiner Kontrollfunktion angesichts der Coronaviruskrise einsetzen wird, ist abzuwarten.

2.5. Gerichtliche Kontrolle des Notverordnungsrechts

Der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass den schweizerischen Gerichten im Rahmen der Gewaltenteilung situativ die Kompetenz zukommen wird, zu beurteilen, ob der gegebene Rahmen staatlichen Handelns eingehalten wurde. Im Zentrum dürfte dabei die Frage der Verhältnismässigkeit stehen. Eine solche richterliche Kontrolle dürfte aber zurückhaltend und lediglich sporadisch erfolgen (vgl. Lehner, Notverordnungsrecht, S. 171ff.).