

«Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV

Prof. Dr. rer. publ. Dr. iur. h.c. *Andreas Kley*

Inhaltsverzeichnis

I. «Notrecht»	268
II. Von den «ausserordentlichen Umständen» (1921) zur «ausserordentlichen Lage» (2012) ..	270
III. Epidemiengesetz von 2012	272
IV. Massnahme-Kompetenzen des Bundesrates in anderen Rechtsbereichen	274
V. Im Rechtsstaat kennt auch die Not ein Gebot, nämlich die Verfassung.	275

I. «Notrecht»

In der gegenwärtigen gesellschaftlichen, politischen und juristischen Debatte ist der Ausdruck «Notrecht» allgegenwärtig, obwohl ihn die Bundesverfassung nicht kennt. Die Juristen, die sich zur Coronavirus-Pandemie äussern, neigen ebenfalls zur unpräzisen Ausdrucksweise des «Notrechts». Ihr Sprachgebrauch ist alles andere als eindeutig. Die Mitglieder der Bundesversammlung beschränken sich weitgehend auf Appelle, der Bundesrat müsse dieses oder jenes tun, obwohl die Bundesversammlung eigene Kompetenzen besitzt und im Bund die «oberste Gewalt» (Art. 148 Abs. 1 BV) ausübt. Die Finanzdelegation spitzte das notrechtliche Vokabular in ihrer Medienmitteilung vom 27. März 2020 zu: «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen. Seit dem Zweiten Weltkrieg traf das offizielle Motto der Schweiz «Unus pro omnibus, omnes pro uno» noch nie so exakt wie auf die heutige Krise zu.» Es herrscht eine Art Krieg. Die politische Stimmung konzentriert sich auf den Bundesrat. In der Öffentlichkeit besteht der Eindruck, die verfassungsmässige Ordnung sei, ähnlich wie im Zweiten Weltkrieg, suspendiert und der Bundesrat dürfe eine notrechtliche Coronavirus-Diktatur ausüben.

Der Ruf nach «Notrecht» erschallt in der Gesellschaft. Die Antwort lässt sich am rechtlichen Handeln des Bundesrates und der ihm unterstellten Bundesverwaltung ablesen. Am 28. Februar 2020 erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EpG¹ die erste COVID-19-Verordnung², die eine Massnahme gegenüber der Bevölkerung (Bst. b) vorsah, nämlich ein Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 1000 Personen. Er wechselte damit epidemierechtlich von der «normalen» zur «besonderen Lage». Am 13. März 2020 erliess er eine neue COVID-19-Verordnung 2 und verbot Veran-

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

2 AS 2020 573.

staltungen von mehr als 100 Personen, ordnete die Schliessung der Bildungseinrichtungen an und sah weitere Massnahmen vor. Als Rechtsgrundlage dieser Verordnung 2 dienten Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 6 Abs. 2 Bst. b, Art. 41 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 3 EpG.³ Drei Tage später, am 16. März 2020, wechselte der Bundesrat von der «besonderen» zur «ausserordentlichen» Lage, und er rief als Rechtsgrundlage nur noch Art. 7 EpG an.⁴ Er führte zusätzlich Grenzkontrollen sowie die Schliessung vieler Läden, Restaurants und anderer öffentlicher Einrichtungen ein. Am 18. März 2020 weitete die Regierung die Massnahmen aus⁷ und ergänzte im Ingress der Verordnung 2 die schon genannte Rechtsgrundlage des Art. 7 EpG um das Freizügigkeitsabkommen mit der EU⁵ und den Schengener Grenzkodex⁶. Die am 13. März 2020 angerufenen Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV fehlen seit dem Übergang zur «ausserordentlichen Lage» im Ingress der COVID-19-Verordnung 2. Die gerichtliche Prüfung der getroffenen Massnahmen scheiterte, denn das Bundesverwaltungsgericht trat am 25. März 2020 auf eine Beschwerde gegen die COVID-19-Verordnung 2 nicht ein.⁸

Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Epidemiengesetzes zu Art. 185 Abs. 3 BV und zu anderen Bundesgesetzen, und zwar in mehrfacher Hinsicht. Erstens: Ist das Epidemiengesetz, insbesondere dessen Art. 7, eine bundesgesetzliche Massnahmenorm, die im Bereich der Epidemien dem Bundesrat alles gestattet, was deren Bekämpfung anbelangt? Das hätte zur Folge, dass der Bundesrat alle direkt gegen die Epidemie gerichteten Massnahmen auf das Bundesgesetz abstützen muss und damit Art. 185 Abs. 3 BV in diesem Themenbereich überflüssig würde. Diese Frage ist in der nachfolgenden Ziff. II (Entstehungsgeschichte von Art. 7 EpG) zu klären. Zweitens: Dürfen die auf das Epidemiengesetz bzw. auf Art. 185 Abs. 3 BV abgestützten Massnahmen geltende Bundesgesetze abändern (Ziff. III)? Drittens: Was hat der Bundesgesetzgeber neben dem Epidemiengesetz in weiteren Gesetzen vorgekehrt, um den Bundesrat in Fällen von Epidemien, Kriegsereignissen oder nationalen Unglücken mit den notwendigen Kompetenzen auszustatten (Ziff. IV)? Schliesslich: Diese Gesetze bilden eine Leitlinie für die aktuelle Bekämpfung der Epidemie und für die vorbeugende Rechtsetzung durch den Bundesgesetzgeber. Sollte der Bundesrat ein extrakonstitutionelles Notrecht anrufen wollen, so genügt nicht eine Selbst-, sondern nur eine Fremdermächtigung seitens der Bundesversammlung (Ziff. V).

3 AS 2020 773.

4 AS 2020 783.

5 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

6 Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen.

7 AS 2020 841. Siehe zur Fortsetzung der Massnahmen *Giovanni Biaggini*, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus, in diesem Heft S. 239 ff., 244 ff. Ziff. III.1.

8 BVGer, Urteil C-1624/2020 vom 25. März 2020.

II. Von den «ausserordentlichen Umständen» (1921) zur «ausserordentlichen Lage» (2012)

Der Bundesrat legte 1879 in Vollziehung von Art. 69 BV 1874 den Entwurf eines ersten Epidemiengesetzes vor.⁹ Die von der Bundesversammlung verabschiedete Vorlage enthielt einen Impfwang gegen Pocken, deshalb scheiterte sie nach ergriffenem Referendum in der Volksabstimmung vom 30. Juni 1882.¹⁰ Das erste in Kraft getretene Epidemiengesetz des Bundes vom 2. Juli 1886¹¹ sah verschiedene von den Kantonen zu vollziehende Handlungen vor. Der Bundesrat verfügte kaum über Kompetenzen und musste sich auf Überwachungsaufgaben beschränken. Im Ersten Weltkrieg erweiterte der Bundesrat mithilfe des Vollmachtenbeschlusses von 1914¹² seine im Epidemiengesetz von 1886 vorgesehenen Kompetenzen zur Bekämpfung der auftretenden Epidemien.¹³ Am Ende des Ersten Weltkrieges kostete die «spanische» Grippe in den Jahren 1918/19 etwa 25 000 Menschen das Leben.¹⁴ Der Bundesrat ermächtigte kraft seiner Vollmachten von 1914 die Kantone, ein allgemeines Veranstaltungsverbot zu erlassen.¹⁵ Ein Jahr später brach die Maul- und Klauenseuche aus. Sie und nicht die Grippeepidemie ein Jahr zuvor führte dazu, dass der Bundesrat – soweit ersichtlich zum ersten Mal – die bereits anberaumte Volksabstimmung vom 8. Februar 1920 auf den 21. März 1920 verschob.¹⁶ Die ab 1919 erfolgte teilweise Rücknahme der Vollmachten von 1914¹⁷ machte es nötig, die dem Bundesrat zustehende Massnahme-Kompetenz bei Epidemien in das ordentliche Recht zu über-

9 Botschaft vom 18. Dezember 1879, BBl 1880 I 53.

10 Botschaft vom 25. Oktober 1882, BBl 1882 IV 257.

11 AS n.F. 9, 277 ff. und bGS 1, 345.

12 Bundesbeschluss vom 3. August 1914, AS 1914 347.

13 Bundesratsbeschluss vom 27. Oktober 1914 betreffend Ausdehnung der Anzeigepflicht gemäss Art. 3 EpG 1886, AS 1914 533; Bundesratsbeschluss vom 21. August 1917 betreffend weitere Ausdehnung der Anzeigepflicht gemäss Art. 3 EpG 1886, AS 1917 668; Bundesratsbeschluss vom 23. Oktober 1918 betreffend Ausrichtung von Bundesbeiträgen zur Bekämpfung der Influenza, AS 1918 1063.

14 Der Geschäftsbericht des Bundesrates 1918, S. 557 ff., zur Influenza erinnert stark an die COVID-19-Pandemie. Bis Ende 1918 waren etwa zwei Millionen Personen infiziert und etwa 21 000 waren daran gestorben.

15 Bundesratsbeschluss vom 18. Juli 1918 betreffend die Influenza, AS 1918 776. Ferner Bundesratsbeschluss vom 23. Oktober 1918 betreffend Bundesbeiträge zur Bekämpfung der Influenza, AS 1918 1063. Der Kanton Bern erliess am 30. Oktober 1918 ein Versammlungsverbot und wollte vier Bundesräte bestrafen, die am 14. November vor Tausenden Reden gehalten hatten. Der Bundesrat verweigerte die Zustimmung zur Strafverfolgung (*Walther Burckhardt*, Schweizerisches Bundesrecht, Band II, Frauenfeld 1930, Nr. 549, S. 312 ff.).

16 Verschiebung der Abstimmungen über ein Spielbankenverbot (Art. 35 BV 1874) sowie über das Bundesgesetz über Arbeitsverhältnisse vom 8. Februar 1920 auf den 21. März 1920, Kreis schreiben vom 19. Dezember 1919, BBl 1919 V 980; weitere Verschiebungen gab es 1951 und 2009. Die aktuelle Verschiebung wird anders als alle ihre Vorgänger als «Verzicht» dargestellt: Bundesratsbeschluss über den Verzicht auf die Durchführung der Volksabstimmung vom 17. Mai 2020, BBl 2020 2461. Die Titelgebung und die angerufene Rechtsgrundlage sind fragwürdig. Das kann hier nicht vertieft werden.

17 Bundesbeschluss vom 3. April 1919, AS 1919 255; Bundesbeschluss vom 19. Oktober 1921, AS 1921 741.

führen.¹⁸ Der Bundesrat schrieb in der Botschaft zum Epidemien-gesetz: «Es hat uns besonders die Grippeepidemie gezeigt, dass es Fälle gibt, wo die Verhältnisse ein rasches und energisches Vorgehen erfordern und wo die Einheitlichkeit des Handelns unerlässlich ist. Ein rasches und wirksames Handeln ist aber nur möglich, wenn eine Zentralstelle mit der Anordnung und gegebenenfalls auch mit der Ausführung der nötigen Massnahmen betraut ist. Diese zentrale Stelle kann nur der Bundesrat sein.»¹⁹ Der Bundesrat beantragte eine Massnahme-Kompetenz für «ausserordentliche Umstände». Die Bundesversammlung differenzierte die gesetzliche Lösung, indem sie im Grundsatz das heutige Drei-Lagen-Modell im revidierten Art. 7 Abs. 3 EpG 1886²⁰ einführte. In Bezug auf die internationale Lage konnte der Bundesrat «besondere Massnahmen» vorsehen, und bei «ausserordentlichen Umständen» konnte er die nötigen Regelungen treffen.

Im Ergebnis hatte sich der Bundesrat bis 1921 bei Epidemien nie auf Art. 102 Ziff. 8–10 BV 1874 gestützt, sondern stets das Gesetz von 1886 und ab 1914 die ausserordentlichen Vollmachten angerufen. Nach 1921 besass er die bundesgesetzliche Ermächtigung, bei ausserordentlichen Umständen die «nötigen Massnahmen» zu treffen. Das totalrevidierte Epidemien-gesetz von 1974 überführte diese Regelung des Art. 7 Abs. 3 EpG 1886 praktisch unverändert²¹ in die Art. 7 und 10 EpG 1974²². Der Bundesrat konnte bei «ausserordentlichen Umständen» nun die «notwendigen» Massnahmen anordnen (Art. 10 EpG 1974). Im internationalen Verkehr waren nicht mehr «besondere Massnahmen», sondern nur noch «Massnahmen» erwähnt (Art. 7 EpG 1974). Die ausserordentlichen Vollmachten von 1914²³ finden sich als «ausserordentliche» Umstände bzw. Lagen in den Epidemien-gesetzen von 1886/1921, 1974 und 2012 wieder. In der gesamten Zeitspanne von 1921 bis 2019 haben im Zusammenhang mit Epidemien die Kompetenzen des Bundesrates aus Art. 102 Ziff. 8–10 BV 1874 bzw. Art. 105 Abs. 3 BV keine Rolle gespielt.²⁴ So erliess der Bundesrat die SARS-Verordnung vom 1. April 2003 gestützt auf Art. 10 EpG 1974.²⁵ Es handelt sich

18 Botschaft zum Entwurf eines Gesetzes über Abänderung des Bundesgesetzes betreffend Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien vom 3. Dezember 1920, BBl 1920 V 327, 328.

19 Botschaft (Anm. 18), S. 331.

20 Bundesgesetz vom 18. Februar 1921, AS 1921 353.

21 So auch die Botschaft zum Epidemien-gesetz vom 11. Februar 1970, BBl 1970 I 381, 411.

22 Epidemien-gesetz vom 18. Dezember 1970, AS 1974 1071.

23 1914 lediglich ein dringlicher Bundesbeschluss, AS 1914 347, aber der Änderungsbeschluss von 1919 bezeichnete diese Rechtsgrundlage als «ausserordentliche Vollmachten», AS 1919 255.

24 Folgende Bundesratsbeschlüsse stützen sich auf das Epidemien-gesetz (Art. 1 und 7): Bundesratsbeschluss über die Pockenschutzimpfung vom 23. April 1923, AS 1923 109; Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die Kinderlähmung vom 29. Dezember 1937, AS 1937 1128; Bundesratsbeschluss betreffend den Grenzsanitätsdienst vom 17. Dezember 1948, AS 1948 1208; Bundesratsbeschluss betreffend Leichenpässe vom 20. Juli 1954, AS 1954 686; Bundesratsbeschluss betreffend Bundesbeiträge für Impfungen gegen die Kinderlähmung vom 21. Dezember 1956, AS 1956 1684. Diese Liste von Beispielen liess sich noch beträchtlich verlängern. Eine Ausnahme ergab sich während des Vollmachtenregimes von 1939 bis 1952: Der Bundesratsbeschluss über Massnahmen gegen die Einschleppung ansteckender Krankheiten durch Flüchtlinge vom 11. April 1944 stützte sich nicht auf das Epidemien-gesetz, sondern auf den Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939, AS 1944 233.

25 AS 2003 785.

um eine spezialgesetzliche Ermächtigung an den Bundesrat, die es ausschliesst, dass er sich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV berufen darf.²⁶

III. Epidemiengesetz von 2012

Bundesrat und Bundesversammlung haben anlässlich der Totalrevision des Gesetzes von 1974 das 1921 beschlossene Konzept übernommen und verstärkt. Das Gesetz unterscheidet die drei Lagen «normal», «besonders» und «ausserordentlich».²⁷ Der Ermächtigungsartikel 6 für «besondere Lagen» weist weitreichende Kompetenzen zugunsten des Bundesrates auf. Dieser muss bei den Massnahmen aber immerhin vorher noch die Kantone anhören, was ein sofortiges Handeln verhindert. Der vom Parlament beschlossene Ermächtigungsartikel 7 lautet weiterhin praktisch gleich wie in den Vorgängererlassen: «Wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen.» In der Botschaft schrieb der Bundesrat zu Art. 7 EpG: «Diese Bestimmung ist deklaratorischer Natur. Sie wiederholt auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates gemäss Artikel 185 Absatz 3 BV, in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz Polizeinotverordnungsrecht zu erlassen».²⁸

Meint der Bundesrat mit dem Ausdruck «deklaratorisch», dass Art. 7 EpG unverbindlich ist und auch gestrichen werden könnte? Im Sinn des allgemeinen Sprachgebrauchs bedeutet deklaratorisch, dass etwas schon Bestehendes in (oft feierlicher) sprachlicher Form erklärt und lediglich nochmals bestätigt wird.²⁹ Das heisst für die Kompetenz des Bundesrates, dass sie ohnehin kraft Art. 185 Abs. 3 BV besteht. Art. 7 EpG wiederholt lediglich etwas schon Bestehendes und hat keine selbständige Bedeutung. Mit anderen Worten ist Art. 7 EpG nach der Botschaft verzichtbar und ändert die Rechtslage nicht. Dieser abrupte Kurswechsel widerspricht der Entstehungsgeschichte und einer mehr als 90-jährigen Rechtspraxis des Bundesrates.³⁰ Der Bundesgesetzgeber hat seit 1921 zum Zweck der «Einheitlichkeit des Handelns»³¹ nach dem Vorbild der ausserordentlichen Vollmachten von 1914 dem Bundesrat die bundesgesetzliche Kompetenz zugesprochen, die «notwendigen Mass-

26 *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 185 N 12a.

27 Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2010 311, 335.

28 Botschaft (Anm. 27), S. 365; das Bundesgericht sprach von einer «Konkretisierung» der Polizeigeneralklausel, BGE 131 II 670 E. 3.1 S. 676.

29 So erklärte die französische Déclaration von 1789 die Menschen- und Bürgerrechte, d.h., sie gab in schriftlicher Form die schon im ungeschriebenen Naturrecht bestehenden Rechte wieder. Dementsprechend ist die Sachlage bei einer Zoll- oder einer Steuererklärung: Die Erklärung stellt den Inhalt einer Lieferung oder die tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse in sprachlicher Form dar.

30 Anm. 24.

31 Anm. 19.

nahmen» gegen Epidemien zu treffen. Bundesgesetze sind für die rechtsanwendenden Behörden nach Art. 190 BV auch im Falle eines Konflikts mit der Verfassung massgebend. Die Verfassung untersagt dem Bundesrat, mittels Art. 184/185 BV gegen die Handlungsvorgaben des Epidemiengesetzes zu verstossen. Dennoch hat der Bundesrat die beiden Artikel in der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020³² angerufen, um möglicherweise die Erklärung der «ausserordentlichen Lage» hinauszuschieben. Dabei wäre das schon am 13. März 2020 nötig gewesen, denn Art. 7 EpG konstituiert – wie im Folgenden aufgezeigt wird – eine weitreichende und über Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV hinausgehende Massnahme-Kompetenz. Art. 7 EpG hat nämlich keinerlei deklaratorischen Charakter, wie die EpG-Botschaft von 2010 fälschlicherweise und unbelegt behauptet.

Der Notrechtsgeist hat einen verfehlten Verfassungswandel angeregt, was die Reichweite der Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV anbelangt. Diese Kompetenzen wurden aus Art. 102 Ziff. 8–10 der alten Bundesverfassung überführt und erlauben dem Bundesrat, «unter gewissen Voraussetzungen gesetzesvertretende und gesetzesergänzende Verordnungen» zu erlassen. «Die darin enthaltenen Anordnungen müssen notwendig, zeitlich dringlich, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Sie dürfen nicht im Widerspruch zu Erlässen der Bundesversammlung stehen, und sie müssen die Grundsätze der Rechtsgleichheit»³³ wahren. Ein gesetzesderogierendes Verordnungsrecht des Bundesrates schied wegen des Vorbehalts des Ingresses von Art. 102 BV 1874 aus, weil die Massnahmen sich «innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung» zu bewegen hatten. Dieser Vorbehalt findet sich zwar in Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV nicht mehr, der Bundesrat hatte ihn jedoch in der Botschaft zur Bundesverfassung erneuert.³⁴ Zudem hat die Bundesversammlung das vom Bundesrat beantragte konstitutionelle Notrecht gestrichen.³⁵ Es ist unbestritten, dass in dieser Frage keine Verfassungsänderung beschlossen werden sollte: Die beiden Artikel verschaffen dem Bundesrat kein gesetzesderogierendes Verordnungsrecht.³⁶ Damit unterscheiden sie sich grundlegend von den weiterreichenden Kompetenzen der Art. 6 und 7 EpG: Hier hat der Bundesgesetzgeber eine Ermächtigung ausgesprochen, zur unmittelbaren Bekämpfung einer Epidemie die notwendigen, d.h. auch gesetzesderogierenden Massnahmen zu treffen.³⁷ Art. 7 EpG dürfte gemäss einer zeitgemässen Interpretation auch die finanziellen Unterstützungen abdecken, welche direkte wirtschaftliche Folgen der getroffenen COVID-19-Verordnungen darstellen.³⁸

32 AS 2020 783. Der Bundesrat korrigierte den Fehlgriff bereits drei Tage später, AS 2020 783.

33 BGE 123 IV 29 E. 3a S. 34 f.; 122 IV 258 E. 2a S. 262 m.w.H.; 64 I 365 E. 4 und 5.

34 Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 417 f., 419, wo der Bundesrat BGE 122 IV 258 E. 2a wörtlich zitiert.

35 Biaggini (Anm. 7), S. 258 ff. Ziff. IV.1.b.

36 Biaggini (Anm. 26), Art. 185 N 10c; ders. (Anm. 7), S. 257 ff. Ziff. IV.1. m.w.H.

37 BGE 131 II 670 E. 3.1 S. 676; David Rechsteiner, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. St. Gallen, Zürich 2016, S. 343.

38 Siehe Art. 2 Abs. 2 Bst. f EpG und dazu Biaggini (Anm. 7), S. 260 ff. Ziff. IV.3.a.

IV. Massnahme-Kompetenzen des Bundesrates in anderen Rechtsbereichen

Nicht nur das Epidemiegesezt, sondern weitere Bundesgesetze räumen dem Bundesrat Ermächtigungen ein, um «im Falle einer Epidemie oder eines Landesunglücks oder in Kriegszeiten» (Art. 62 SchKG) das Nötige vorzukehren.³⁹ Ursprünglich konnte bei der Schuldbetreibung nur die Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundesrates den «Rechtsstillstand» beschliessen. Im Ersten Weltkrieg zog der Bundesrat diese Kompetenz mit den Vollmachten mehrfach an sich und ordnete 1914 und von 1916 bis 1920 einen landesweiten Rechtsstillstand an.⁴⁰ Die Gesetzesrevision von 1994 verschaffte dem Bundesrat diese Kompetenz, sodass er sich am 18. März 2020 allein auf Art. 62 SchKG berufen konnte, um den Rechtsstillstand anzuordnen.⁴¹ Das Zolltarifgesetz von 1902 kannte zunächst die Klausel, dass der Bundesrat bei «ausserordentlichen Umständen» (etwa Teuerung) den gesetzlichen Tarif vorübergehend ermässigt.⁴² Die nachfolgenden Zolltarifgesetze von 1959 und 1986 (aktuell in Kraft) erweiterten die beispielhaften Tatbestände um «verheerende Elementarereignisse» und «Mangellagen».⁴³

Angesichts des drohenden Krieges beantragte der Bundesrat 1937 den Erlass eines Landesversorgungsgesetzes. Das am 1. April 1938 beschlossene Landesversorgungsgesetz (LVG)⁴⁴ und die Nachfolgegesetze von 1955, 1983 und 2017 verliehen dem Bundesrat erhebliche Massnahme-Kompetenzen, um ökonomischen Mangellagen wirksam zu begegnen. So kann der Bundesrat den Verbrauch regeln, indem er die Abgabe von Produkten beschränkt oder den Treibstoffkonsum durch Fahr- und Flugverbote unterbindet. Letzteres kam in Form von Sonntagsfahrverboten mehrfach vor, so 1939, 1956 und 1973.⁴⁵ Die wirtschaftlichen Interventionsmassnahmen der Art. 31 ff. LVG⁴⁶ sehen Vorschriften über lebenswichtige Güter und Dienstleistungen und die Preisüberwachung vor. Bemerkenswert sind die Kompetenzen gemäss Art. 34 LVG. Demnach ist der Bundesrat ermächtigt, andere Bundesgesetze, die im Anhang aufgeführt sind, vorübergehend nicht anzuwenden. Zurzeit ist dort nur das Nacht- und Sonntagsfahrverbot für schwere Motorwagen nach

39 Diese Vorschrift fehlte im Entwurf des Bundesrates. Sie fand auf Beschluss der ständerätlichen Kommission Eingang ins Gesetz; Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1886 III 605, 684.

40 Bundesratsbeschluss vom 5. August 1914, AS 1914 358; 1914 398. Am 13. März 1916 trat ein neuer Rechtsstillstand bis 1920 nur für die Wehrmänner in Kraft, AS 1916 83; 1920 587. Im Zweiten Weltkrieg ordnete der Bundesrat keinen Rechtsstillstand mehr an.

41 Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. März 2020 mit Wirkung vom 19. März bis zum 4. April 2020, AS 2020 839.

42 Vom 10. Oktober 1902, AS 1905 65, Art. 4 Abs. 3.

43 Art. 7 des Zolltarifgesetzes vom 19. Juni 1959, AS 1959 1343, sowie Zolltarifgesetz vom 9. Oktober 1986 (ZTG; SR 632.10), Art. 6 über «Notlagen».

44 AS 1938 309.

45 AS 1939 925 (Kriegsausbruch), AS 1956 1273 (Suezkrise) und AS 1973 1734 (Ölboykott der OPEC-Staaten).

46 Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 17. Juni 2016 (LVG; SR 531).

Art. 2 Abs. 2 SVG aufgelistet. Allerdings kann der Bundesrat gemäss Abs. 4 «bei einer unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden schweren Mangellage weitere Bestimmungen in den Anhang 1 aufnehmen». Der Bundesrat kann somit bestimmen, welche bundesgesetzlichen Normen er im gegebenen Fall suspendiert. Die Kompetenzdelegation an den Bundesrat geht damit weiter als jene des Art. 185 Abs. 3 BV.

Bei «ausserordentlichen Umständen» verschafft die Bundesgesetzgebung dem Bundesrat punktuell vollmachtsähnliche Massnahme-Kompetenzen und erweitert damit in diesen Fällen den Handlungsspielraum gemäss Art. 184 und 185 BV beträchtlich. Der Bundesrat darf damit Bundesgesetze nicht nur erweitern, sondern sogar von ihnen abweichen. Das Parlament hatte hingegen bei der Nachführung der Bundesverfassung eine vom Bundesrat beantragte generelle Massnahme-Kompetenz für alle «ausserordentlichen Umstände» abgelehnt⁴⁷. Diese Gegebenheiten gelten auch bei der Beurteilung der vom Bundesrat erlassenen COVID-19-Verordnungen. Die Bundesverfassung normiert kein verfassungs- oder gesetzesdurchbrechendes «Notrecht». Das bedeutet, dass die gesamte COVID-19-Bekämpfung unter den Auspizien der Bundesverfassung zu geschehen hat.

V. Im Rechtsstaat kennt auch die Not ein Gebot, nämlich die Verfassung

Art. 62 SchKG, Art. 7 EpG und die wirtschaftliche Landesversorgung wurzeln in den schwierigen Zeiten des Ersten und Zweiten Weltkriegs. Bei diesen Massnahme-Kompetenzen zugunsten des Bundesrates haben sich demokratisch zustande gekommene Normen aus Bundesgesetzen mit den ausserordentlichen Vollmachten der beiden Weltkriege verbunden. Daraus entstanden verfassungsmässige und spezielle Regelungen für «aussergewöhnliche Umstände». Die in Ziff. 4 erwähnten Gesetze mit den Massnahme-Kompetenzen schaffen eine geglückte Balance zwischen notwendiger Diktatur und dem wehrlosen Ausgeliefertsein in der Not. Sie sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und demokratisch legitimiert.

Die gegenwärtige Corona-Krise hat allerdings gezeigt, dass der Bundesgesetzgeber nicht genügend vorausgedacht hat. So müsste er im Interesse der Demokratie und der «Herrschaft des Rechts» weitere punktuelle Massnahme-Kompetenzen an den Bundesrat delegieren, und zwar in den Bereichen des Prozessrechts, des Miet- und Arbeitsrechts, der politischen Rechte, der Sozialversicherungen und der «Abfederung» der wirtschaftlichen Folgen der Massnahmen. Die diese Themen regelnden speziellen COVID-19-Verordnungen des Bundesrates sind zum Teil verfassungswidrig, da der jeweils im Ingress angerufene Art. 185 Abs. 3 BV keine Derogation von geltenden Bundesgesetzen erlaubt. Dagegen erlaubt Art. 7 EpG dem Bundesrat die Anpassung von Bundesgesetzen im Themenbereich der Epidemiebekämpfung.

47 Anm. 35.

Die von der Finanzdelegation hervorgehobenen «ausserordentlichen Lösungen» haben sich nach der Verfassung zu richten. «Extra constitutionem nulla salus.»⁴⁸

Man könnte nun dieser Kritik ihrerseits entgegenreten. Denn Hauptsache ist doch, dass der Bundesrat handelt und die Epidemie wirksam bekämpft. Rechtliche Erwägungen sind angesichts der vorherrschenden Probleme belanglos, wie das Bundesrat *Edmund Schulthess* 1934 in der Wirtschaftskrise verkündet hatte.⁴⁹ Diese Haltung entspringt einer ungeschichtlichen Denkweise, denn es geht nicht nur um die Bewältigung der aktuellen Pandemie, sondern um die langfristige Sicherung von Demokratie und Rechtsstaat. Die Umfunktionierung der Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV zu einem Eingangstor für extrakonstitutionelles Notrecht ist bedenklich. Denn sie ermöglicht eine *Selbstermächtigung des Bundesrates*, um aus eigener Entschlusskraft Recht aller Rangstufen zu setzen. Die Eidgenossenschaft ist dank dem wirren Gerede vom «Notrecht», verbunden mit den aktuell begangenen Verfassungsbrüchen, auf der Zielgeraden zu einer fundamentalen Verfassungsänderung, ohne dass darüber eine demokratische Debatte mit Abstimmung stattfindet. Das heutige Notrechtsdenken trägt diese Uminterpretation politisch. Manche Autoren sprechen bei Art. 184 und 185 BV von Notrecht, Notverordnungen, Notkompetenzen oder Notstand.⁵⁰ Diese «Not-Institute» verwischen jede Verantwortlichkeit und die Kompetenzordnung. Hinzu kommen etatistische Strömungen, die der Macht der Regierung und der noch grösseren Macht der Verwaltung weiteren Auftrieb verleihen. Der notwendige Machtzuwachs der Exekutive in der Krise verlangt nach Gegengewichten. Doch heute fehlt es an Parlamentariern, die eigenständig denken, und an einem starken Föderalismus. Letzterer trifft in der Bundesverwaltung und in den Medien auf Unverständnis, indem er unsachlich als «Flickenteppich» abgewertet wird.

Sollten schwerste Probleme auf die Schweiz zukommen, so trifft die langfristig immer wieder bestätigte Antwort der Vergangenheit auch heute noch zu. Dann muss der Bundesrat von der Bundesversammlung ausserordentliche Vollmachten verlangen. Diese *Fremdermächtigung* sichert immerhin einen Entscheid durch das höchste und wichtigste Organ: die Bundesversammlung. Sie schafft extrakonstitutionelles Staatsnotrecht, das ab einem Stichtag gilt und das mit dem Ende der schweren Krisenzeit nicht mehr gelten darf. Selbst in diesem extrem seltenen Fall untersteht die Not einem Gebot, nämlich dem Vollmachtenbeschluss des Parlaments. Und letzterer setzt immerhin die Kompetenzordnung der Bundesverfassung voraus.⁵¹

48 *Zaccaria Giacometti*, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945, S. 41.

49 *Edmund Schulthess*, Lebensfragen der schweizerischen Wirtschaft, Aarau 1934, S. 7 f.

50 Kritisch zum Sprachgebrauch auch *Biaggini* (Anm. 26), Art. 185 N 9.

51 *Giacometti* (Anm. 48), S. 14.