

GUTACHTEN

zuhanden

**FINANZKOMMISSION (FIKO)
DES GROSSEN RATES DES KANTONS BERN**

betreffend

**NOTVERORDNUNGEN DES REGIERUNGSRATES
DES KANTONS BERN (COVID-19-PANDEMIE)**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER**

und

**MARTIN WILHELM, MLAW
ASSISTENT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH**

19. August 2020

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG.....	4
II.	NOTRECHTSKOMPETENZEN DES REGIERUNGSRATES	5
1.	Voraussetzungen und Inhalt.....	5
2.	Befugnisse des Grossen Rates	7
a)	Sofortige Vorlage und Genehmigung innert angemessener Frist	7
b)	Möglichkeit der Teilgenehmigung.....	8
c)	Rechtskontrolle und politische Kontrolle.....	10
d)	Rechtswirkungen der Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung.....	11
III.	MASSNAHMEN DES REGIERUNGSRATES.....	14
IV.	BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN.....	16
1.	Wie hängt die Notrechtskompetenz des Regierungsrates mit derjenigen des Bundesrates zusammen?.....	16
2.	Endet das Notrechtsregime des Kantons Bern im vorliegenden Pandemiefall gleichzeitig mit demjenigen des Bundesrates (weil ja der Kanton Bern nicht wie der Kanton Tessin als Spezialfall nach Covid-VO bezeichnet werden kann und er auch nicht wie der Kanton Zürich selbständig die ausserordentliche Lage ausgerufen hat)?.....	16
3.	Inwieweit können Notverordnungen oder gestützt darauf beschlossene Massnahmen weitergelten, wenn keine ausserordentliche Lage mehr besteht?	17
4.	Wenn der Grosse Rat eine befristete Verordnung des Regierungsrates mit gesetzesvertretendem Charakter genehmigt hat, darf sie der Regierungsrat unmittelbar nach erfolgtem Grossratsbeschluss verlängern, und wenn ja, unter welchen Bedingungen?	17
5.	Gibt es abgesehen von der Jahresfrist gemäss Art. 91 Kantonsverfassung sowie einer Nichtgenehmigung durch den Grossen Rat eine maximale Frist dafür, wie lange einzelne Massnahmen gelten dürfen (zum Beispiel als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, der Dringlichkeit, der Subsidiarität oder der Einschätzung hinsichtlich des Weiterbestehens einer ausserordentlichen Lage im Sinne einer eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder eines sozialen Notstandes)? Erfüllen die im Juni 2020 vom Regierungsrat beschlossenen Verlängerungen der CKV, der CKLV und der CKKV die Anforderung noch?.....	18

6. Ist eine Verlängerung mit der Begründung, der Regierungsrat benötige aufgrund der nach wie vor unsicheren Lage hinsichtlich der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen und die Wirtschaft mehr Zeit zur Klärung der Frage, ob eine Massnahme ins ordentliche Recht überführt werden soll, genügend, insbesondere unter Berücksichtigung des Vortrags zur zeitlichen Änderung der Geltungsdauer der CKV vom 3. Juni 2020, Ziffer 3.9, letzter Abschnitt, und Ziffer 3.13, erster Abschnitt?.....19
7. Nach welchem Verfahren erfolgt eine «Überführung ins ordentliche Recht» nach Ablauf der notrechtlichen Geltungsdauer bei gesetzesvertretenden Notverordnungsbestimmungen (Frage auch des Referendums)?20
8. Was passiert, wenn der Grosse Rat eine Verordnungsbestimmung nicht genehmigt? Tritt sie ex tunc oder ex nunc ausser Kraft? Wie verhält es sich zudem mit Anordnungen und Massnahmen, die gestützt auf eine Notverordnungsbestimmung erfolgt sind, die nicht genehmigt wird?21
9. Die Regierung beantragt dem Grossen Rat eine pauschale Verlängerung der Verordnung (Art. 15 Abs. 2 CKV). Kann der Grosse Rat die Verlängerung einzelner Artikel ablehnen, insbesondere Art. 9–11 CKV (Wirtschaftsförderungsmassnahmen) und Art. 12 CKV (Schuldenbremse), oder kann er die Verordnungsverlängerung nur gesamthaft ablehnen bzw. genehmigen?21
10. Das Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz des Kantons Bern überträgt die Ausgabenkompetenzen des Volkes und des Grossen Rates für zeitlich dringliche Massnahmen bei Katastrophen dem Regierungsrat. Das steht grundsätzlich im Widerspruch zu Art. 89 Abs. 2 Kantonsverfassung, welche die Ausgabenkompetenzen des Regierungsrates für neue Ausgaben auf CHF 1 Mio. Franken bei einmaligen und CHF 200'000 bei wiederkehrende Ausgaben begrenzt. War der Gesetzgeber zu dieser Abweichung von der Verfassung befugt? (Es gibt Lehrmeinungen, die dies verneinen; z.B. Rechsteiner, Diss. St. Gallen 2016, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Rz. 688)......21
11. Dürfen Notverordnungen von der Kantonsverfassung abweichen und wenn ja inwieweit?.....23
12. Wie wirkt sich eine Verlängerung der Aufhebung der Schuldenbremse über den 31. Juli bzw. 31. Dezember 2020 genau aus?25
13. Gibt die Analyse Anlass zu weiteren Bemerkungen, die für die Fragestellung von Bedeutung sein könnten?.....28

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Unmittelbar nach der Ausrufung der ausserordentlichen Lage für die gesamte Schweiz durch den Bundesrat hat auch der Regierungsrat des Kantons Bern Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise (COVID-19-Pandemie) ergriffen. Er stützte sich dabei auf Art. 91 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1). Gemäss dieser Bestimmung kann der Regierungsrat ohne gesetzliche Grundlage Massnahmen ergreifen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen. Verordnungen sind sofort durch den Grossen Rat genehmigen zu lassen; sie fallen spätestens ein Jahr nach ihrem Inkrafttreten dahin.
- 2 Der Regierungsrat hat verschiedene Notverordnungen erlassen, verlängert und ergänzt (vgl. unten Ziff. 35 ff.). Für die Vorbereitung der entsprechenden Genehmigungen durch den Grossen Rat des Kantons Bern ist nach einem Beschluss des Büros des Grossen Rates vom 31. März 2020 die Finanzkommission (FiKo) zuständig (vgl. Bericht der Finanzkommission zu den Notverordnungen des Regierungsrates zur Bewältigung der Coronavirus-Krise vom 14. Mai 2020 [nachfolgend: Bericht FiKo], S. 7). Diese hat den Unterzeichnenden mit Auftrag vom 19. Juni 2020 zwölf Fragen unterbreitet (vgl. unten Ziff. 39 ff.).
- 3 Der Regierungsrat hat die ausserordentliche Lage im Kanton Bern i.S.v. Art 91 per 26. Juni 2020 für beendet erklärt (vgl. Medienmitteilung des Regierungsrates vom 18. Juni 2020, abgerufen am 3. August 2020 unter <https://www.be.ch/portal/de/index/mediencenter/medienmitteilungen.html>).
- 4 Die Unterzeichnenden haben dem Sekretär der FiKo mit Schreiben vom 16. Juli 2020 einen ersten Entwurf übermittelt. Nach Rückmeldungen vom 3. August 2020 wurde das Gutachten überarbeitet und in der Sitzung der FiKo vom 13. August 2020 besprochen. Die FiKo wünschte die Beantwortung einer weiteren Frage (vgl. unten Ziff. 57). Anpassungen erfolgten auch bei der Frage, ob Art. 12 Verordnung über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise (CKV; BSG 101.2) überhaupt die gewünschte Wirkung entfalte (vgl. unten Ziff. 70).
- 5 Aufgrund der engen zeitlichen Vorgaben beschränkt sich das Gutachten auf die zentralen Aussagen und die wesentlichen Quellen. Die Analyse erfolgt nur unter juristischen Gesichtspunkten. Eine vertiefte Bearbeitung würde sinnvollerweise historisch weiter zurückgehen und allenfalls auch ähnliche Regelungen in anderen Kantonen untersuchen. Überdies ist zu verschiedenen Fragen eine eigentliche Doktrin und Praxis erst im Entstehen begriffen, die bei einer späteren Vertiefung zu berücksichtigen wäre.

II. NOTRECHTSKOMPETENZEN DES REGIERUNGSRATES

1. Voraussetzungen und Inhalt

6 Die Notrechtskompetenzen des Regierungsrates sind in Art. 91 KV festgeschrieben. Die Bestimmung trägt den Randtitel «Ausserordentliche Lagen» und lautet:

«Der Regierungsrat kann ohne gesetzliche Grundlage Massnahmen ergreifen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen. Verordnungen sind sofort durch den Grossen Rat genehmigen zu lassen; sie fallen spätestens ein Jahr nach ihrem Inkrafttreten dahin.»

7 Unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich, dass eine Störung der öffentlichen Ordnung bzw. Sicherheit oder ein sozialer Notstand entweder bereits vorliegen oder unmittelbar drohen muss. Mit anderen Worten müssen die Voraussetzungen des *relevanten Schutzguts* und der *sachlichen Dringlichkeit* vorliegen (vgl. für die entsprechenden Voraussetzungen für notrechtliches Handeln des Bundesrates nach Art. 185 Abs. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 BV [BV; SR 101] FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 6/2020 685 ff., 689). Bei Erlass der Kantonsverfassung wurde diskutiert, ob die Notrechtskompetenz auf «schwere Störungen» beschränkt werden sollte; ein entsprechender Antrag wurde abgelehnt (Tagblatt des Grossen Rates 1992, S. 750 f.; URS BOLZ, Art. 91, in: Walter Kälin/Urs Bolz [Hrsg.], Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 491).

8 Aus dem Umstand, dass Art. 91 KV den Regierungsrat zum Handeln ohne gesetzliche Grundlage ermächtigt, gleichzeitig aber eine unmittelbare Bedrohung voraussetzt und nur ein befristetes Handeln erlaubt, ergibt sich, dass Massnahmen nach der Bestimmung weiter das Fehlen geeigneter gesetzlicher Massnahmen (*Subsidiarität*) sowie eine *zeitliche Dringlichkeit* des Ergreifens von Massnahmen zur Bewältigung der Störung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bzw. deren Bedrohung voraussetzen (vgl. für die entsprechenden Voraussetzungen nach Art. 185 Abs. 3 BV BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 689). Wie andere Notrechtsklauseln trägt Art. 91 KV der Tatsache Rechnung, dass das Staatswesen von Zeit zu Zeit Notlagen bewältigen muss, deren Herausforderungen nicht oder nur ungenügend vorausgesehen werden können, und setzt als Antwort darauf die aus dem Legalitäts- und aus dem Demokratieprinzip fliessenden Anforderungen an staatliche Massnahmen vorübergehend und in engen Grenzen herab. Sobald die Notwendigkeit einer Herabsetzung dieser Anforderungen entfällt, endet die Zulässigkeit der entsprechenden Massnahmen (siehe zum Ganzen BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., insb. 686, 689, 699 ff.; vgl. auch URS SAXER,

Art. 185, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, S. 2956 ff., N 86).

- 9 Aus dem Randtitel von Art. 91 KV ergibt sich, dass die Bestimmung auf die Bewältigung «[a]usserordentliche[r] Lagen» gerichtet ist. Dass ihre Anwendung die *Ausrufung einer ausserordentlichen Lage* erfordern würde, geht aber weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte hervor. Eine ausserordentliche Lage besteht somit, soweit die beschriebenen Voraussetzungen für notrechtliches Handeln (vgl. oben Rz. 7) erfüllt sind. Massgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse. Der Ausrufung einer ausserordentlichen Lage kommt somit keine konstitutive, sondern nur eine *deklarative Wirkung* zu. Dasselbe gilt für die Erklärung ihrer Beendigung. Der Regierungsrat handelt allerdings widersprüchlich (Art. 11 Abs. 2 KV), wenn er entweder Art. 91 KV trotz beendeter ausserordentlicher Lage anruft oder Notrechtsmassnahmen nicht prüft, wenn er die ausserordentliche Lage ausgerufen hat.
- 10 Im Gegensatz zum Bund (Art. 185 Abs. 3 BV) und anderen Kantonen (vgl. etwa Art. 72 Abs. 1 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [LS 101]; § 109 Abs. 1 Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 [SG 111.100]; siehe aber auch etwa Art. 48 Abs. 1 Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 [BR 110.100]) enthält die Berner Kantonsverfassung eine Formulierung, wonach auch «soziale Notstände» erfasst sind. Der Begriff wurde im Rahmen des Erlasses von Art. 91 KV nicht näher diskutiert (vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1992, S. 750 f.; Protokoll der Verfassungskommission, S. 877 f.; 1145; 1333).
- 11 In einer Lehrmeinung wird darauf hingewiesen, dass das Verhältnis von Art. 91 KV zur polizeilichen Generalklausel (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 KV) in der Verfassung nicht geklärt sei (WALTER KÄLIN, Teil I/Gesetz und Verordnung, in: Kälin/Bolz [Hrsg.], a.a.O., S. 139). Übereinstimmend setzen beide Bestimmungen eine unmittelbare Bedrohung voraus, für deren Bewältigung die gesetzlichen Grundlagen wie auch die Zeit für deren Schaffung fehlen. Naheliegend ist, dass bei Art. 91 KV an eine «allgemeine und längerdauernde Gefahrensituation» gedacht wurde (KÄLIN, a.a.O., S. 140), für deren Bewältigung die «ordentlichen Kräfte» nicht ausreichen (vgl. BOLZ, a.a.O., S. 490, m.H. auf den Wortlaut des damaligen Art. 3 Gesetz vom 11. September 1985 über die Katastrophenhilfe und Gesamtverteidigung im Kanton Bern [GKG; aufgehoben]). Dies findet im Randtitel von Art. 91 KV Ausdruck, worin von «ausserordentlichen Lagen» die Rede ist. Keine Hinweise finden sich in Materialien und Lehre, dass dieser Begriff einen direkten Bezug zum Bundesrecht aufweist. Abzugrenzen sind Notverordnungen nach Art. 91 KV zu dringlichem Recht zwecks zeitgerechter Einführung übergeordneten Rechts nach Art. 88 Abs. 3 KV.

12 Unbestritten war bei Erlass von Art. 91 KV, dass bei rechtmässiger Anrufung der Notrechtsklausel von der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung abgewichen werden kann (vgl. Vortrag der Verfassungskommission zuhanden des Grossen Rates betreffend die Totalrevision der Verfassung vom 31. Januar 1992 [nachfolgend: Vortrag Verfassungskommission], Art. 90, S. 116). Es besteht namentlich keine Bindung an die ordentlichen Ausgabenkompetenzen, wie sie in der Kantonsverfassung vorgesehen sind (BOLZ, a.a.O., S. 491). Verordnungen, die gestützt auf Art. 91 KV erlassen werden, stellen unter den Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 KV auch eine zulässige Rechtsgrundlage dar, um Grundrechte einzuschränken (vgl. BOLZ, a.a.O., S. 491; JÖRG PAUL MÜLLER, Teil I/Grundrechte, in: Kälin/Bolz [Hrsg.], a.a.O., S. 49; KÄLIN, a.a.O., S. 139).

2. Befugnisse des Grossen Rates

a) *Sofortige Vorlage und Genehmigung innert angemessener Frist*

13 Art. 91 KV sieht vor, dass Verordnungen «sofort durch den Grossen Rat genehmigen zu lassen» sind und dass ihre Geltungsdauer auf ein Jahr begrenzt ist. Die Kantonsverfassung gibt dem Regierungsrat vergleichsweise viel Raum, verlangt aber dafür den sofortigen Einbezug des Grossen Rates. Diese «strenge Ausgestaltung der Genehmigungspflicht» betonte auch die Verfassungskommission (vgl. Vortrag Verfassungskommission, Art. 90, S. 115 f.).

14 Aus der Verfassung ist nicht ersichtlich, wie der Begriff «sofort» zu verstehen ist und ob der Grosse Rat seinerseits «sofort» reagieren muss, d.h. die gleiche Dringlichkeit besteht wie für den Regierungsrat. Auch aus den Materialien zur Kantonsverfassung sowie in Lehre und Doktrin finden sich dazu keine schlüssigen Antworten (vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1992, S. 750 f.; Vortrag Verfassungskommission, Art. 90, S. 115 f.; Protokoll der Verfassungskommission, S. 877 f.; 1145; 1333). Ebenso finden sich keine präzisierende Regelungen auf Stufe Gesetz (vgl. Gesetz über den Grossen Rat vom 4. Juni 2013 [Grossratsgesetz, GRG; BSG 151.21]; Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung vom 20. Juni 1995 [Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01]) oder Verordnung (vgl. Geschäftsordnung des Grossen Rates vom 4. Juni 2013 [GO; BSG 151.211]; Verordnung über die Organisation des Regierungsrates vom 18. Oktober 1995 [Organisationsverordnung RR; OrV RR; BSG 152.11]).

15 Aus unserer Sicht bezweckt der Einbezug des Grossen Rates, einerseits die *Legitimation* der Verordnungen des Regierungsrates zu stärken. Mit einem positiven Genehmigungsentscheid bekundet der Grosse Rat, dass die Voraussetzungen für den Erlass von Notrecht i.S.v. Art. 91 KV aus seiner Sicht erfüllt sind. Andererseits kommt ihm eine *Kontrollfunktion* zu, mit welcher die Möglichkeit des Regierungsrates begrenzt wird,

sich selber ausserordentliche Kompetenzen zuzusprechen. Mit einem negativen Genehmigungsentscheid versagt der Grosse Rat einer Verordnung die Anwendung. Um dies gegebenenfalls tun zu können, bevor diese breite Anwendung gefunden hat, muss der Grosse Rat die Möglichkeit haben, rasch zu reagieren. «Sofort» bedeutet nach unserer Lesart deshalb *so rasch als möglich*, damit der Grosse Rat sofort reagieren *kann*. Der Grosse Rat kann seinerseits unterschiedlich rasch reagieren, d.h., er kann seine Geschwindigkeit (auch) danach richten, wie heikel er die Verordnung einschätzt. Die Reaktion des Regierungsrates ist zeitlich kritischer. Bereits die Vorlage an den Grossen Rat ist geeignet, die Legitimation der Verordnung des Regierungsrates zu stärken.

16 Der Regierungsrat geht davon aus, dass der Grosse Rat «umgehend» das regierungsrätliche Notrecht zu prüfen hat (vgl. den Vortrag des Regierungsrates zur Anpassung der Verordnung über Sofortmassnahmen im Lotteriebereich zur Bewältigung der Coronavirus-Krise [CKLV] vom 10. Juni 2020, 2020.SIDGS.259, S. 3). Nach Ansicht des Büros des Grossen Rates bedeutet dies allerdings «nicht, dass der Grosse Rat umgehend zu einer zusätzlichen Session einberufen werden muss» (Bericht FiKo, S. 7).

17 Aus unserer Sicht ist für den Grossen Rat nicht die gleiche Dringlichkeit gegeben wie für den Regierungsrat. *Er muss im Gegensatz zum Regierungsrat nicht so rasch als möglich genehmigen, sondern so rasch als angemessen*. Die Angemessenheit beurteilt sich nach Bedeutung und Komplexität der Vorlage. Selbstverständlich darf auch der Grosse Rat den Genehmigungsprozess nicht unnötig verzögern. Seine zügige Genehmigung oder Nichtgenehmigung ist aus Gründen der Rechtssicherheit geboten. Er muss den Genehmigungsprozess auch vorantreiben, um dem Regierungsrat die Gelegenheit zu geben, die Verordnungen bei Bedarf ins ordentliche Recht zu überführen bzw. eine Alternative in der Form eines ordentlichen Gesetzes vorzuschlagen. In diesem Sinne haben Regierungsrat und Bevölkerung Anspruch auf einen Entscheid des Grossen Rates über die Genehmigung innert angemessener Frist.

b) *Möglichkeit der Teilgenehmigung*

18 Der Regierungsrat ist ursprünglich davon ausgegangen, dass, ähnlich wie bei interkantonalen Vereinbarungen, nur eine integrale Genehmigung oder Zurückweisung möglich ist (Vortrag des Regierungsrates zur Verordnung über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise [CKV] vom 20. März 2020, 2020.STA.507, S. 2). Später hat er festgehalten, der Grosse Rat könne seine Ablehnung bzw. Zustimmung auf «thematisch zusammengehörige Bestimmungen [...] beschränken» (Vortrag des Regie-

rungsrates zur Verordnung über Sofortmassnahmen im Lotteriebereich zur Bewältigung der Coronavirus-Krise [CKLV] vom 22. April 2020, 2020.SIDGS.259 [nachfolgend: Vortrag CKLV], S. 3) Die FiKo hat die letztere Ansicht übernommen (Bericht FiKo, S. 6).

- 19 Auch uns scheint die *Möglichkeit einer Teilgenehmigung* naheliegend. Die besondere Situation eines ausgehandelten Vertrages, dessen partielle Zurückweisung Neuverhandlungen bedingen würde, liegt nicht vor. Wäre nur eine integrale Genehmigung oder Ablehnung möglich, könnte der Regierungsrat die Befugnisse des Grossen Rates auch dergestalt steuern, dass er einzelne Teile zu einer grösseren Gesamtverordnung zusammenfügt oder eine grössere Verordnung in einzelne Verordnungen unterteilt. Eine solche Befugnis erscheint nicht sachgerecht.
- 20 Schliesslich gehen Regierungsrat und Grosser Rat davon aus, dass die Genehmigung (auch) eine Rechtsprüfung beinhaltet (vgl. Bericht FiKo, S. 6; Vortrag CKLV, S. 3). Bei einer solchen Prüfung liegt es nahe, auf die Befugnisse eines Gerichts im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle zurückzugreifen. Wird bei einem Erlass nur eine Bestimmung angefochten, prüft das Gericht, ob der verbleibende Teil noch ein sinnvolles Ganzes bildet, wenn nein, ist nur die integrale Aufhebung möglich (vgl. BGE 137 I 257, 272 E. 6.4; HEINZ AEMISEGGER/KARIN SCHERER REBER, Art. 82 BGG N 23–74, in: Marcel A. Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018, S. 1107 ff., N 69). In Ausnahmefällen kann ein Gericht im Rahmen der Aufhebung einer Norm oder eines vorinstanzlichen Urteils die notwendigen übergangsrechtlichen Massnahmen treffen.
- 21 Ebenso ist in Ausnahmefällen denkbar, dass bei einer Teilungültigerklärung *minimale redaktionelle Eingriffe* notwendig sind, damit der verbleibende Teil rechtsetzungstechnisch anwendbar bleibt. Diesbezüglich kann sinngemäss auf die Praxis zur *Gültigkeit von Volksinitiativen* abgestellt werden. Dort ist anerkannt, dass die Teilungültigkeit grundsätzlich durch Streichung herbeizuführen ist, «nötigenfalls ist [aber] das Begehren *anderweitig zu bereinigen*» (YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte im Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 2139; vgl. auch BGE 119 Ia 154, 156 E. 9). Die Anpassungen müssen sich aber in engen Grenzen halten (vgl. DANIEL MOECKLI, Die Teilungültigerklärung und Aufspaltung von Volksinitiativen, ZBI 2014, S. 579 ff., 595, zur Aufspaltung). Sie dürfen nichts Neues gegenüber dem Vorschlag des Regierungsrates darstellen.
- 22 Konkret stellt der Grosse Rat die Frage, ob eine Teilgenehmigung in der Weise zulässig wäre, dass die Verlängerung gemäss Art. 15 Abs. 2 CKV nur partiell genehmigt wird, also z.B. Art. 9–11 (Wirtschaftsförderungsmassnahmen) und Art. 12 (Schuldenbremse) nicht verlängert würden, andere Massnahmen dagegen schon (vgl. unten

Ziff. 57). Aus unserer Sicht ist eine solche Teilgenehmigung zulässig. Etwas Neues oder Anderes als vom Regierungsrat vorgeschlagen ordnet der Grosse Rat nicht an. Der Regierungsrat hätte theoretisch die Verlängerung auf einzelne Artikel aufteilen können, was unüblich gewesen wäre, aber dem Grossen Rat genau diese Form der Teilgenehmigung ermöglicht hätte. Wie bei der Aufteilung in mehrere Verordnungen erläutert (vgl. oben Ziff. 19) sollten die Befugnisse des Grossen Rates nicht von rechtsetzungsrechtlichen Zufälligkeiten abhängen. Schliesslich wären die redaktionellen Eingriffe sehr überblickbar. Dies alles spricht dafür, dass eine Teilverlängerung durch den Grossen Rat möglich sein muss.

23 Auch aus diesen Überlegungen sollte eine Teilgenehmigung möglich sein, wobei der Grosse Rat dafür besorgt sein muss, dass die genehmigten Teile der Verordnung ein in sich stimmiges, sinnvolles Ganzes ergeben.

c) *Rechtskontrolle und politische Kontrolle*

24 Keine Antwort ergibt sich aus der Verfassung, ob die Genehmigung neben der Rechtskontrolle auch eine *politische Beurteilung* beinhaltet, also der Grosse Rat sein politisches Ermessen anstelle jenes des Regierungsrates setzen darf. Wäre das Parlament auf eine blosser Rechtskontrolle beschränkt, schiene eine Genehmigung der Notverordnungen durch eine gerichtliche Instanz naheliegender, mindestens deren Einbezug. Die Genehmigung durch den Grossen Rat schützt die Verordnung auch nicht vor einer justiziellen Kontrolle (vgl. für die in dieser Hinsicht ähnliche Rechtslage im Kanton Zürich Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, E. 1.3). Aus diesem Grund darf und muss der Grosse Rat im Rahmen der Genehmigung auch politisch entscheiden.

25 Nicht möglich ist eine eigentliche Abänderung der Verordnung (vgl. diesbezüglich übereinstimmend Vortrag CKLV, S. 3; Bericht FiKo, S. 6; oben Ziff. 20).

26 Für diese Befugnisse des Grossen Rates (Gesamt- und Teilgenehmigung; Rechtskontrolle und politische Kontrolle, geringfügige redaktionelle Eingriffe) spricht auch, dass der Grosse Rat, anders als die Bundesversammlung, weder über ein eigenes Notverordnungsrecht (vgl. Art. 185 Abs. 3 BV) verfügt noch die Möglichkeit zum Erlass von Dringlichkeitsrecht (vgl. Art. 165 BV) hat. Seine Mitwirkung in einer ausserordentlichen Situation ist also schwergewichtig auf die Genehmigung der regierungsrätlichen Verordnungen beschränkt (und den Erlass von ordentlichem Recht zur Bewältigung der Krise). Dies spricht nicht für ein restriktives Verständnis der Genehmigungsbefugnis, da Parlamenten in der Bewältigung von Krisen eine wichtige Funktion zukommt (vgl. MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Herausforderungen für Parlamente in der Corona-Krise – Versuch eines Überblicks, in: Parlament/Parlement/Parlamento 2/2020 4 ff., 7).

d) Rechtswirkungen der Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung

- 27 Zu klären sind die *Rechtswirkungen* der Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung. Eine Notverordnung des Regierungsrates bleibt auch nach der Genehmigung durch den Grossen Rat ein Erlass der Exekutive. Aus diesem Grund ist auch nicht möglich, dass der Grosse Rat eine Verordnung verändert (vgl. oben Ziff. 20). Auch der Regierungsrat ist an die genehmigte Fassung gebunden. Eine Änderung der Verordnung ist nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 91 KV möglich und löst eine neue Genehmigungspflicht aus, was bedeutet, dass der Regierungsrat die entsprechende Änderung sofort dem Grossen Rat unterbreiten muss.
- 28 Auch eine *Verlängerung* der Geltungsdauer der Verordnung stellt eine solche Veränderung dar. Ist im Zeitpunkt der Verlängerung das Genehmigungsverfahren noch hängig, wird die Verlängerung soweit möglich in den Genehmigungsprozess integriert bzw. noch berücksichtigt. Erfolgt die Verlängerung nach der Genehmigung, muss ein erneuter Genehmigungsprozess eingeleitet werden.
- 29 Ausnahmen von der Genehmigungspflicht dürften *rein redaktionelle Anpassungen* bilden, die sich etwa durch Fremdänderungen aus anderen Verordnungen ergeben. Auch sollte es möglich sein, dass der Regierungsrat sich selbst in einer Notverordnung die Kompetenz einräumt, die Verordnung ohne erneute Vorlage an den Grossen Rat anzupassen, also eine Art *Delegationsklausel* innerhalb des Verordnungsrechts schafft (z.B. eine Verlängerungsmöglichkeit). Denkbar ist auch, dass die Notverordnung den Regierungsrat zum Erlass von Ausführungsrecht ermächtigt, das nicht vom Grossen Rat genehmigt werden muss. Delegationen des Regierungsrates an sich selbst sind sicher kritisch zu beurteilen. Sie müssen sinngemäss die Anforderungen der Gesetzesdelegation (vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 368) erfüllen. Der Grosse Rat wird eine solche Bestimmung in der Notverordnung des Regierungsrates nur dann genehmigen, wenn der Regierungsrat nachvollziehbar begründen kann, weshalb eine Delegation angezeigt erscheint (z.B. in untergeordneten, technischen Fragen, die häufig anzupassen sind, was jedes Mal eine neue Genehmigungspflicht auslösen würde).
- 30 Genehmigt der Grosse Rat eine bestimmte Bestimmung nicht, fällt diese *ex nunc* dahin. «Nur wenn der Grosse Rat den Notverordnungen zustimmt, *bleiben* sie in Kraft» (vgl. dazu den Vortrag Verfassungskommission, Art. 90, S. 115, Hervorhebung nur hier; gleich auch BOLZ, a.a.O., S. 490 f.). Aus unserer Sicht gebietet der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Gebot der Wirksamkeit notrechtlicher Massnahmen des Regierungsrates, dass über deren Rechtsbeständigkeit mindestens bis zur Genehmigung oder Nichtgenehmigung durch den Grossen Rat Gewissheit besteht. Notrechtliche

Massnahmen dürften ihre Wirkungen unter Umständen verfehlen, wenn in ihren Bestand zum Zeitpunkt des Erlasses kein Vertrauen herrscht. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie hier vertreten die Genehmigung durch den Grossen Rat nicht mit der gleichen Dringlichkeit vorangetrieben werden muss wie die Vorlage an den Grossen Rat durch den Regierungsrat (vgl. oben Ziff. 14 ff.). Mit Blick auf die in dieser Hinsicht vergleichbare Rechtslage im Kanton Zürich (Art. 72 Abs. 2 Satz 1 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101) hat auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürichs festgehalten, dass entsprechende Verordnungen «dem Wesen des Notrechts als Dringlichkeitsrecht entsprechend schon vor der Genehmigung in Kraft» treten; sie fallen bei Nichtgenehmigung «ex nunc» dahin (Urteil AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, E. 1.3).

- 31 Der Regierungsrat steht seinerseits in der Pflicht, durch die Regelungen in den Notverordnungen *nicht unnötig vollendete Tatsachen* zu schaffen (vgl. für die Bundesebene BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 701). Erträgt die Massnahme das Zuwarten bis zum Zeitpunkt der Genehmigung durch den Grossen Rat, so kann – und soll – der Regierungsrat allfällige Verpflichtungen des Kantons genau unter diesen Vorbehalt stellen. Mit anderen Worten ist der Regierungsrat allein zuständig für die unmittelbare Soforthilfe bis zum Zeitpunkt, in dem vernünftigerweise mit dem Genehmigungsentscheid des Grossen Rates gerechnet werden kann. Für Massnahmen über diesen Zeitpunkt hinaus muss der Regierungsrat der Mitwirkung des Grossen Rates Rechnung tragen.
- 32 Die Folgen aus einer allfälligen Nichtgenehmigung hat nach Möglichkeit der Regierungsrat zu korrigieren, allenfalls mit einer neuen notrechtlichen Verordnung. Hat der Regierungsrat beispielsweise in der ursprünglichen Verordnung eine Unterstützung CHF 100 Mio. vorgesehen, darf er in einer neuen Verordnung CHF 50 Mio. einsetzen, wenn die erste Verordnung aufgehoben wurde und der neue Betrag politisch mehrheitsfähig erscheint. Nicht zulässig wäre die nochmalige Einsetzung des Betrages von CHF 100 Mio. oder das Erreichen dieses Ziels durch andere Massnahmen, welche die Nichtgenehmigung torpedieren. Vielmehr muss der Regierungsrat einem negativen Entscheid Rechnung tragen und diesen als Möglichkeit in Erwägung ziehen. Art. 91 KV geht – wie jede verfassungsrechtliche Norm – davon aus, dass Regierungsrat und Grosser Rat nach Treu und Glauben bestmöglich zusammenwirken.
- 33 In Ausnahmefällen dürfte es möglich und vielleicht sogar notwendig sein, dass der Grosse Rat im Rahmen der Genehmigung selbst für angemessenes Übergangsrecht sorgt, ähnlich einer gerichtlichen Instanz (vgl. oben Ziff. 20). Sollte es notwendig sein, könnte er etwa die Wirksamkeit seiner Nichtgenehmigung auf einen geeigneten Zeitpunkt in der Zukunft legen, wenn ansonsten ein rechtliches Vakuum entstünde, das

auch der Regierungsrat nicht zeitgerecht füllen kann. Solche Interventionen müssen aber die seltene Ausnahme bleiben, weil grundsätzlich der Regierungsrat die Folgen einer Nichtgenehmigung korrigieren muss. Eigentliche Gestaltungsmöglichkeiten kommen dem Grossen Rat im Genehmigungsprozess wie dargelegt nicht zu.

- 34 Nicht entschieden werden muss hier die Frage, ob der Grosse Rat ausnahmsweise eine *Nichtgenehmigung rückwirkend* aussprechen könnte, also die Regel der Wirksamkeit *ex nunc* (vgl. oben Ziff. 30) durchbrechen könnte. Für einen solchen Fall müsste, sollte man die prinzipielle Zulässigkeit überhaupt bejahen, ein *eigentlicher Rechtsmissbrauch des Regierungsrates* vorliegen, etwa die Schaffung vollendeter Tatsachen unter bewusster Ausschaltung des Genehmigungsrechts des Grossen Rates. Solches steht im Rahmen des Gutachtens offensichtlich nicht zur Diskussion. Sollte aber der Kanton ins Auge zu fassen, nach Bewältigung der Coronavirus-Krise Art. 91 KV durch Bestimmungen auf Gesetzesstufe zu konkretisieren, wäre die entsprechende Fragestellung zu prüfen und zu beantworten.

III. MASSNAHMEN DES REGIERUNGSRATES

- 35 Der Regierungsrat hat gestützt auf Art. 91 KV am 20. März 2020 die Verordnung über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise (CKV; BSG 101.2) erlassen. Sie stellt die Rechtsgrundlage zur finanziellen Unterstützung von Einrichtungen der Gesundheitsversorgung, Unternehmen, Betrieben, Selbständigerwerbenden und Privatpersonen in der Krise dar (Art. 1). Vorgesehen sind insbesondere zinslose Darlehen an Listenspitäler (Art. 3) sowie an Spitexorganisationen und Institutionen im Behindertenbereich (Art. 4). Mieter, Pächter und Baurechtsnehmer des Kantons, die in einer wirtschaftlichen Notlage geraten, können auf Gesuch hin von einer Stundung der entsprechenden Zinsen profitieren (Art. 5); Schuldner des Kantons von einem (inzwischen abgelaufenen) Fristenstillstand und von Verzugszinsen im Jahr 2020 von 0 Prozent (Art. 6). Generell gestundet bis Ende Jahr werden die Beherbergungsabgaben (Art. 8a); erlassen wird die Alkoholabgabe (Art. 8b). Vorgesehen sind Vermarktungsbeiträge für Nutztiere (Art. 8c). Die Wirtschaftsförderung kann ausserdem zusätzliche Beiträge an bestehende Forschungs- und Entwicklungsprojekte technologieorientierter Unternehmen gewähren (Art. 9) und «zusätzliche Förderinstrumente» schaffen (Art. 10). Hinzu kommt die Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse für durch Massnahmen zur Bewältigung der Krise verursachte Aufwandüberschüsse im Jahr 2020 (Art. 12), die Delegation von Ausgabenbefugnissen an die zuständigen Stellen der Direktionen sowie der Staatskanzlei (Art. 13) sowie die Ermöglichung der Beschlussfassung des Regierungsrates an Telefon- oder Videokonferenzen oder auf dem Zirkularweg (Art. 14). Die Verordnung war zunächst befristet bis zum 31. Juli 2020 (Art. 15 Abs. 2). Am 3. Juni 2020 hat der Regierungsrat ihre Geltungsdauer bis zum 20. März 2021 verlängert (BAG 20-058).
- 36 Weiter hat der Regierungsrat am 26. März 2020 die Verordnung über Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise im Gesundheitswesen (CKGV; BSG 101.3) erlassen. Diese sieht den Ersatz des Ertragsausfalls bei Listenspitälern und -geburtshäusern (Art. 1), die Vergütung von Unterdeckungen für COVID-19-Behandlungen (Art. 2), die Verlängerung von Darlehen (Art. 3), Anpassungen im Zusammenhang mit der Spitalliste Akutsomatik (Art. 4) und eine Abgeltung für zusätzliche Infrastrukturen und Personalbestände (Art. 5) vor. Befristet ist sie bis zum 31. März 2021 (Art. 7 Abs. 2).
- 37 Am 8. April 2020 hat der Regierungsrat zudem die Verordnung über die Unterstützungsmassnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (CKKV; BSG 101.5) erlassen. Sie regelt nach Art. 1 den Vollzug von Unterstützungsmassnahmen nach der eidgenössischen Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor vom 20. März 2020 (COVID-Verordnung Kultur; SR 442.15).

38 Vorliegend nicht im Einzelnen zu behandeln sind die Verordnung über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren wegen der Coronavirus-Krise vom 1. April 2020 (BSG 101.4), die Verordnung über Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise im Bereich der familienergänzenden Kinderbetreuung vom 22. April 2020 (CKKBV; BSG 101.6) und die Verordnung über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise im Lotteriewesen vom 22. April 2020 (CKLV; BSG 101.7).

IV. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

1. **Wie hängt die Notrechtskompetenz des Regierungsrates mit derjenigen des Bundesrates zusammen?**

39 Es besteht kein unmittelbarer rechtlicher Zusammenhang. Die Notrechtskompetenz der Regierung beruht auf der Kantonsverfassung und ist unabhängig von den Befugnissen des Bundesrates. Art. 91 KV verweist auch nicht auf Art. 7 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.10), womit das Vorliegen einer ausserordentlichen Lage im Sinne des Epidemiengesetzes auch keine Voraussetzung für notrechtliche Massnahmen nach der Kantonsverfassung ist (vgl. unten Ziff. 42). Natürlich muss der Regierungsrat auf das Notrecht des Bundesrates Rücksicht nehmen bzw. ist an dieses gebunden.

2. **Endet das Notrechtsregime des Kantons Bern im vorliegenden Pandemiefall gleichzeitig mit demjenigen des Bundesrates (weil ja der Kanton Bern nicht wie der Kanton Tessin als Spezialfall nach Covid-VO bezeichnet werden kann und er auch nicht wie der Kanton Zürich selbständig die ausserordentliche Lage ausgerufen hat)?**

40 Nein. Zwar verwenden sowohl das Epidemiengesetz wie auch die Kantonsverfassung den Begriff «ausserordentliche Lage» (Art. 7 EpG; Randtitel zu Art. 91 KV). Beide Begriffe müssen aber eigenständig ausgelegt und angewendet werden. So ist Art. 91 KV weiter gefasst, da nicht nur gesundheitspolizeiliche Interessen ihre Anrufung erlauben (vgl. oben Ziff. 10). Es bestehen auch keine Hinweise darauf, dass bei Erlass von Art. 91 KV im Jahre 1993 der Verfassungsgeber eine direkte Verbindung zum damaligen Epidemiengesetz schaffen wollte (vgl. Art. 10 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970, AS 1974 1071: «Ausserordentliche Umstände»). Natürlich ist rein praktisch naheliegend, dass eine ausserordentliche Lage im Bund auch die Voraussetzungen von Art. 91 KV erfüllt. Rechtlich zwingend ist dies aber nicht.

41 Aus diesem Grund besteht kein Automatismus, dass das kantonale Notrechtsregime mit dem Übergang in die besondere Lage gemäss geltendem Epidemiengesetz des Bundes endet. Vielmehr bestimmt sich dessen Ende autonom nach kantonalem Recht.

42 Weiter ist darauf hinzuweisen, dass notrechtliches Handeln nach Art. 91 KV keine Ausrufung einer ausserordentlichen Lage erfordert; der Erklärung des Bestehens wie auch der Beendigung einer ausserordentlichen Lage kommt diesbezüglich keine konstitutive, sondern nur eine deklarative Wirkung zu (vgl. oben Ziff. 9). Ob der Kanton Bern

selbständig eine ausserordentliche Lage ausgerufen hat, ist somit für die Verfassungsmässigkeit von Massnahmen nach Art. 91 KV nicht entscheidend. Ebenso wenig lässt die Erklärung der Beendigung der ausserordentlichen Lage durch den Regierungsrat (vgl. oben Ziff. 3) das erlassene Notrecht dahinfallen. Es wäre allerdings widersprüchlich, wenn der Regierungsrat über diesen Zeitpunkt hinaus Notverordnungsbestimmungen in Kraft lassen würde, soweit diese nicht benötigt werden, um die Wirkung bereits getroffener Massnahmen abzusichern (vgl. sogleich Ziff. 43 f.).

3. Inwieweit können Notverordnungen oder gestützt darauf beschlossene Massnahmen weitergelten, wenn keine ausserordentliche Lage mehr besteht?

43 Besteht keine ausserordentliche Lage i.S.v. Art. 91 KV mehr, endet grundsätzlich auch die Kompetenz des Regierungsrates, Notverordnungsrecht zu erlassen (vgl. oben Ziff. 8 f.). Das bedeutet aber nicht, dass mit dem Übergang von der ausserordentlichen in eine besondere Lage alle Rechtswirkungen der Verordnungen des Regierungsrates ausser Kraft treten. So müssen beispielsweise gewährte Darlehen bestehen bleiben, da ansonsten deren Zweck vereitelt oder unter Umständen gar ein neuer Notstand begründet würde. Massgeblich bleiben hier die entsprechenden Bestimmungen der Verordnungen (etwa Art. 3 CKGV). Desgleichen müssen (auch bei nicht rückzahlbaren) Finanzhilfen Bestimmungen in Kraft bleiben, die den Empfängerinnen und Empfängern die pflichtgemässe Verwendung vorschreiben und bei Verstössen Rückforderungen ermöglichen. Bestimmungen zum blossen Vollzug bereits ausgelöster Massnahmen dürfen damit auch nach dem Ende der ausserordentlichen Lage weitergelten.

44 Nicht möglich wäre die Weiterführung bestehender Massnahmen (etwa die Gewährung neuer Darlehen) oder die Einführung neuer Massnahmen des Regierungsrates. Hier bedarf es unvermindert einer ausserordentlichen Lage, die wie gesagt nicht deckungsgleich mit der Beurteilung unter dem Epidemien-gesetz des Bundes sein muss und grundsätzlich auch nicht abhängig von einer Ausrufung oder Beendigung ist (vgl. oben Ziff. 40 ff.).

4. Wenn der Grosse Rat eine befristete Verordnung des Regierungsrates mit gesetzesvertretendem Charakter genehmigt hat, darf sie der Regierungsrat unmittelbar nach erfolgtem Grossratsbeschluss verlängern, und wenn ja, unter welchen Bedingungen?

45 Unseres Erachtens löst jede Änderung der Verordnung eine erneute Genehmigungspflicht aus. Beabsichtigt der Regierungsrat eine Verlängerung, muss er diese entweder ins laufende Genehmigungsverfahren einbringen oder um eine erneute Genehmigung ersuchen (vgl. oben Ziff. 27 ff.).

5. Gibt es abgesehen von der Jahresfrist gemäss Art. 91 Kantonsverfassung sowie einer Nichtgenehmigung durch den Grossen Rat eine maximale Frist dafür, wie lange einzelne Massnahmen gelten dürfen (zum Beispiel als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, der Dringlichkeit, der Subsidiarität oder der Einschätzung hinsichtlich des Weiterbestehens einer ausserordentlichen Lage im Sinne einer eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder eines sozialen Notstandes)? Erfüllen die im Juni 2020 vom Regierungsrat beschlossenen Verlängerungen der CKV, der CKLV und der CKKV die Anforderung noch?

46 Unseres Erachtens setzt Art. 91 KV eine *längstmögliche Frist* («... spätestens ...»), was bedeutet, dass für die ganze Geltungsdauer der Notverordnung die Voraussetzungen von Art. 91 KV erfüllt sein müssen (vgl. oben Ziff. 8 und zur gleichen Frage auf Bundesebene BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 690), immer unter Vorbehalt derjenigen Bestimmungen, die für den ordnungsgemässen Vollzug früherer Massnahmen in Kraft bleiben müssen (z.B. Rückforderungsmöglichkeit, vgl. Antwort zu Frage 3, oben Ziff. 43).

47 Im Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens dauert die Coronavirus-Krise noch an. Insbesondere die Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie bzw. der zu ihrer Bekämpfung ergriffenen Massnahmen wird kaum schon dieses Jahr abgeschlossen sein. Der Anwendungsbereich von Art. 91 KV erscheint aus unserer deshalb grundsätzlich nach wie vor eröffnet, und auch der Regierungsrat behält sich vor, die ausserordentliche Lage wieder auszurufen. Es stellen sich allerdings mehrere Fragen: Erstens ist zu klären, wann die Verordnungsbestimmungen an die Schranke der Subsidiarität des Notverordnungsrechts des Regierungsrats zu ordentlichen Gesetzgebung stossen. Zweitens fragt es sich, inwieweit Verordnungsbestimmungen zulässig sind, die Massnahmen vorsehen, deren Notwendigkeit aus heutiger Sicht ungewiss ist (zu diesen beiden Fragen vgl. sogleich Ziff. 48 ff.). Drittens stellt sich für jede der verlängerten Massnahme die Frage, ob sie die Voraussetzungen von Art. 91 KV (dazu oben Ziff. 6 ff.) im Einzelnen erfüllt. Eine umfassende Analyse diesbezüglich ist im vorliegenden Gutachten nicht zu leisten. Zusammenfassend lässt sich aber festhalten, dass Massnahmen zur weiteren Bewältigung nach wie vor bestehender wirtschaftlicher Folgen der Krise vertretbar erscheinen, zumal Art. 91 KV die Bewältigung sozialer Notstände ausdrücklich einschliesst. Dasselbe gilt für die organisatorischen Vorkehrungen, namentlich für die Art. 14 CKV vorgesehene Beschlussfassung des Regierungsrats per Telefon- oder Videokonferenz oder per Zirkularverfahren. Kritisch zu beurteilen ist aus unserer Sicht allerdings die Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse auf dem

Wege der Notverordnung nach Art. 91 KV (dazu unten Ziff. 69 ff.). Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit stellen sich auch bei Art. 10 Abs. 1 CKV (dazu unten Ziff. 52).

6. Ist eine Verlängerung mit der Begründung, der Regierungsrat benötige aufgrund der nach wie vor unsicheren Lage hinsichtlich der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen und die Wirtschaft mehr Zeit zur Klärung der Frage, ob eine Massnahme ins ordentliche Recht überführt werden soll, genügend, insbesondere unter Berücksichtigung des Vortrags zur zeitlichen Änderung der Geltungsdauer der CKV vom 3. Juni 2020, Ziffer 3.9, letzter Abschnitt, und Ziffer 3.13, erster Abschnitt?

48 Gemäss dem Vortrag des Regierungsrates zur Änderung der zeitlichen Geltungsdauer der Verordnung über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise (CKV) vom 3. Juni 2020, 2020.STA.507 [nachfolgend: Vortrag Änderung CKV], S. 1, ist eine Verlängerung der Geltungsdauer der Verordnung bis zum 20. März 2021 angezeigt, da der Verlauf der Pandemie sowie ihre Auswirkungen auf Wirtschaft und Gesundheitswesen schwer abschätzbar seien. Zudem würden etliche Massnahmen der Verordnung sowieso mindestens das ganze restliche Jahr betreffen. Schliesslich benötige der Regierungsrat Zeit zur Beurteilung, welche Massnahmen ins ordentliche Recht zu überführen sind. Dabei will der Regierungsrat mit Art. 9 ff. die Grundlage für Massnahmen beibehalten, die nur angewendet werden könnten, wenn der Regierungsrat weitere finanzielle Mittel sprechen würde. Die Verlängerung solle nur «vorsichtshalber» erfolgen und es dem Regierungsrat erlauben, «seinen diesbezüglichen Handlungsspielraum als Option aufrechtzuerhalten» (Vortrag Änderung CKV, S. 5 f.).

49 Im Ergebnis ergibt sich mit der Genehmigung eine Art *Delegation* an den Regierungsrat, innerhalb der verlängerten Geltungsdauer selbständig über Weiterführung laufender Massnahmen bzw. die erneute Ergreifung bereits eingestellter Massnahmen zu entscheiden (vgl. allgemein dazu oben Ziff. 29). Eine solche Konstruktion ist nicht unähnlich jener des Entwurfs eines COVID-19-Gesetzes des Bundesrates (Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der COVID-19-Epidemie, Vernehmlassungsentwurf vom 19. Juni 2020, abgerufen am 15. Juli 2020 unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79516.html>). Auch darin werden dem Bundesrat im Wesentlichen die Befugnisse zum Ergreifen entsprechender Massnahmen erteilt (vgl. Art. 2 ff. der Vorlage, insgesamt weist diese 16 entsprechende «Kann»-Bestimmungen auf). Auf Bundesebene soll ein dringliches Bundesgesetz erlassen werden. Im Kanton, wo ein beschleunigter Gesetzgebungsprozess nicht vorgesehen ist (vgl. nachfolgend Ziff. 53 ff.), wählt man den Weg einer langen Geltungsdauer des Verordnungsrechts.

50 Aus unserer Sicht ist eine derart lange Geltungsdauer nur *ausnahmsweise* vertretbar, da sie im Ergebnis auf eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen hinausläuft bzw. spätere Genehmigungen von Notmassnahmen obsolet werden lässt (vgl. oben Ziff. 29). Bestehende Notmassnahmen können grundsätzlich nur dann weitergeführt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 91 KV erfüllt sind (vgl. oben Ziff. 43 f.). Indem er die ausserordentlichen Lage für beendet erklärte, hat der Regierungsrat zu erkennen gegeben, dass er diese Voraussetzungen als nicht mehr gegeben erachtet. Er hat es aber in der Hand, bei Bedarf wieder die ausserordentliche Lage auszurufen und die notwendigen Massnahmen (wieder) einzuführen. Im Falle des Weiterbestehens einer ausserordentlichen Lage sind solche Delegationen eher zulässig, mindestens, wenn nicht einfach überlange Geltungsdauern vorgesehen werden, womit die Voraussetzungen von Art. 91 KV und die Pflicht zur sofortigen Vorlage an den Grossen Rat ausgehöhlt würden.

51 Die Ungewissheit, ob eine bestimmte Massnahme in der gegenwärtigen unberechenbaren Situationen gegebenenfalls kurzfristig erneut angewendet werden muss, und ob eine bestimmte Massnahme auch nächstes Jahr noch nötig ist, kann im Falle einer ausserordentlichen Lage einen sachlichen Grund für eine vorsorgliche Verlängerung der Gültigkeitsdauer bis zur Maximalfrist von einem Jahr darstellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verfassungsgeber auf die Möglichkeit einer dringlichen Gesetzgebung verzichtet hat, womit die Notverordnungscompetenz des Regierungsrats weniger rasch an die Schranke der Subsidiarität (vgl. oben Ziff. 8) stösst als jene des Bundesrates.

52 Nicht tragfähig erscheint die Begründung des Regierungsrats für die Notwendigkeit nicht weiter bestimmter «zusätzliche[r] Förderinstrumente» im Bereich der Wirtschaftsförderung. Eine derartige Blankodelegation verunmöglicht es aus unserer Sicht dem Grossen Rat, die Notwendigkeit der fraglichen Massnahmen zu beurteilen, womit auch die Zulässigkeit unter Art. 91 KV nicht gegeben ist.

7. Nach welchem Verfahren erfolgt eine «Überführung ins ordentliche Recht» nach Ablauf der notrechtlichen Geltungsdauer bei gesetzesvertretenden Notverordnungsbestimmungen (Frage auch des Referendums)?

53 Die Berner Kantonsverfassung sieht dafür keine besonderen Bestimmungen vor. Es gibt für den Grossen Rat weder Dringlichkeitsrecht (vgl. für den Bund Art. 165 BV) noch eigenes Notverordnungsrecht (vgl. für den Bund Art. 185 Abs. 3 BV). Dies bedeutet, dass ein Gesetz wie üblich dem Referendum untersteht (nach Art. 61 f. KV).

54 Diese Anordnung unterstreicht einerseits die Bedeutung der Genehmigung durch den Grossen Rat, weil dieser nicht wie im Bund (vgl. dazu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN,

a.a.O., 690 f.; WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 5) Verordnungsrecht der Exekutive korrigieren kann. Andererseits bedeutet es, dass Gesetzesänderungen so rasch als möglich in Angriff genommen werden müssen, um die Vorgabe der Verfassung einzuhalten, wonach Notrechtsverordnungen innert eines Jahres nach ihrem Inkrafttreten dahinfallen (Art. 91 KV). Eine Verlängerung der zeitlichen Geltung über die Jahresfrist hinaus oder der Erlass einer inhaltlich deckungsgleichen Verordnung sind nicht statthaft (vgl. Vortrag Verfassungskommission, Art. 90, S. 115 f., wonach die in Notverordnungen enthaltenen Bestimmungen innerhalb Jahresfrist in ordentliches Recht zu überführen sind, «sonst fallen sie dahin», und wo weiter die Bedeutung der «strenge[n] Ausgestaltung» der Genehmigungspflicht hervorgehoben wird).

55 Kann die Frist nicht eingehalten werden, muss allenfalls eine Gesetzesbestimmung rückwirkend in Kraft gesetzt werden, was je nach Gegenstand der Anordnung (echte oder unechte Rückwirkung) zulässig sein kann (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 266 ff.).

8. Was passiert, wenn der Grosse Rat eine Verordnungsbestimmung nicht genehmigt? Tritt sie ex tunc oder ex nunc ausser Kraft? Wie verhält es sich zudem mit Anordnungen und Massnahmen, die gestützt auf eine Notverordnungsbestimmung erfolgt sind, die nicht genehmigt wird?

56 Die Verordnungsbestimmungen treten grundsätzlich *ex nunc* ausser Kraft (vgl. ausführlich oben Ziff. 30 ff.). Dies bedeutet, dass die gestützt auf diese Grundlage getroffenen Massnahmen rechtsbeständig bleiben.

9. Die Regierung beantragt dem Grossen Rat eine pauschale Verlängerung der Verordnung (Art. 15 Abs. 2 CKV). Kann der Grosse Rat die Verlängerung einzelner Artikel ablehnen, insbesondere Art. 9–11 CKV (Wirtschaftsförderungsmassnahmen) und Art. 12 CKV (Schuldenbremse), oder kann er die Verordnungsverlängerung nur gesamthaft ablehnen bzw. genehmigen?

57 Der Grosse Rat kann eine solche Teilgenehmigung vornehmen (vgl. oben Ziff. 18 ff., insb. 22).

10. Das Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz des Kantons Bern überträgt die Ausgabenkompetenzen des Volkes und des Grossen Rates für zeitlich dringliche Massnahmen bei Katastrophen dem Regierungsrat. Das steht grundsätzlich im Widerspruch zu Art. 89 Abs. 2 Kantonsverfassung, welche die Ausgabenkompetenzen des Regierungsrates für neue Ausgaben auf CHF 1 Mio. Franken bei einmaligen und CHF 200'000 bei wiederkehrende Ausgaben

begrenzt. War der Gesetzgeber zu dieser Abweichung von der Verfassung befugt? (Es gibt Lehrmeinungen, die dies verneinen; z.B. Rechsteiner, Diss. St. Gallen 2016, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Rz. 688).

- 58 Aus unserer Sicht ist die Rechtslage nicht so eindeutig. Verfassungsbestimmungen müssen immer mit Bezug auf alle anderen Verfassungsnormen gelesen und verstanden werden (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsauslegung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, S. 252 f., m.w.H.). Dies bedeutet, dass Art. 89 Abs. 2 KV im Lichte von Art. 91 KV interpretiert werden muss – und umgekehrt.
- 59 Art. 91 KV beschränkt den Regierungsrat nicht auf bestimmte Handlungsformen. Möglich sind «Massnahmen» und «Verordnungen» (vgl. oben Ziff. 6 ff.). Miteingeschlossen ist die dringliche Ausgabe von Finanzmitteln. Das muss gerade im Kanton Bern gelten, ansonsten die in diesem Kanton explizit vorgesehene Bekämpfung von «sozialen Notständen» weitgehend ins Leere laufen würde. Würden auch dringliche Ausgaben unter Art. 91 KV gar einem Finanzreferendum unterstellt (nach Art. 62 Abs. 1 lit. c KV), wäre die Wirksamkeit der Notrechtskompetenz erheblich geschwächt, gerade, wenn soziale Notstände bekämpft werden sollen. In diesem Sinne ist die Grundidee des kantonalen Bevölkerungsschutz- und Zivilschutzgesetzes vom 19. März 2014 (KBZG; BSG 521.1) mit der Stossrichtung von Art. 91 KV kompatibel.
- 60 Art. 91 KV sieht zudem Abweichungen von der verfassungsmässigen Kompetenzordnung vor (vgl. oben Ziff. 12 und unten Ziff. 67). Diese Bestimmung ermächtigt unbestrittenermassen nur den Regierungsrat und nicht auch den Gesetzgeber zur Abweichung von der Kantonsverfassung, weshalb die erwähnte Lehrmeinung Art. 80 Abs. 2 KBZG als verfassungswidrig ansieht (vgl. DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 688). Da eine in Anwendung von Art. 80 Abs. 2 KBZG erfolgende Abweichung von der Kompetenzordnung allerdings bei gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 91 KV nicht gegen die Verfassung verstossen würde, ist eine verfassungskonforme Anwendung der Bestimmung möglich, und in ihrem Erlass durch den Gesetzgeber kann insoweit eine (zulässige) Konkretisierung der Verfassung gesehen werden.
- 61 Nicht zulässig wäre, wenn der Begriff «Katastrophe» i.S.v. Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 80 Abs. 2 KBZG *weiter* verstanden würde als die ausserordentliche Lage nach Art. 91 KV und damit die Befugnisse des Regierungsrates auf gesetzlicher Stufe über Art. 91 KV hinaus erweitert würden.
- 62 Zu beachten ist auch Folgendes: Jede Ausgabe bedarf einer *gesetzlichen Grundlage*, einer *Ausgabenbefugnis* (Kredit, in der Terminologie gemäss Kantonsverfassung:

«Voranschlagskredit») und eines *Ausgabenbeschlusses* (Art. 105 KV). Tätigt der Regierungsrat Ausgaben, die sich auf *keine gesetzliche Grundlage* stützen können bzw. die geltenden gesetzlichen Grundlagen nicht ausreichen, erscheint es notwendig, dass dafür eine Grundlage auf Verordnungsstufe zu schaffen ist, die ihrerseits dem Grossen Rat sofort vorzulegen ist (Art. 91 KV). Der Regierungsrat sollte dabei keine vollendeten Tatsachen schaffen und auf die Genehmigungskompetenz des Grossen Rates soweit möglich Rücksicht nehmen (vgl. oben Ziff. 31).

63 Liegt eine gesetzliche Grundlage vor, aber fehlt es an einer Ausgabenbefugnis in der notwendigen Höhe, kann der Regierungsrat die entsprechenden Ausgaben tätigen, da diese als «Massnahmen» im Sinne von Art. 91 KV verstanden werden können. Dieses Vorgehen hat auch der Regierungsrat des Kantons Zürich gewählt (Beschluss Nr. 262/2020 des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 18. März 2020 – nach unserer Auffassung hat der Regierungsrat des Kantons Zürich dem Problem der fehlenden Grundlage gemäss vorstehender Ziffer allerdings nur ungenügend Rechnung getragen). Gemäss Art. 80 Abs. 3 KBZG ist die Finanzkommission des Grossen Rates umgehend über den Ausgabenbeschluss zu orientieren.

64 Insgesamt ist damit die Anwendung von Art. 80 KBZG dann verfassungswidrig, wenn gestützt darauf Ausgaben getätigt werden, für die es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. In diesem Fall bedarf es einer genehmigungspflichtigen Notverordnung des Regierungsrates nach Art. 91 KV.

11. Dürfen Notverordnungen von der Kantonsverfassung abweichen und wenn ja inwieweit?

65 In der Lehre wird vertreten, dass die Kantonsverfassungen die Möglichkeit von notrechtlichen Massnahmen *contra constitutionem* vorsehen dürfen. Dem Erfordernis des obligatorischen Verfassungsreferendums nach Art. 51 BV sei damit Genüge getan (vgl. RECHSTEINER, a.a.O., Rz. 119 ff., 331, 527, m.w.H.). Dies ist aus unserer Sicht zutreffend, soweit nicht die grundlegenden Bestimmungen der Verfassung wie die Grundrechte und die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns betroffen sind. Grundrechtseinschränkungen sind zulässig, soweit sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen; für Grundrechtsverletzungen hingegen bietet das *intrakonstitutionelle* Notrecht (zu extrakonstitutionellem Notrecht, das vorliegend nicht in Frage steht, vgl. RECHSTEINER, a.a.O., Rz. 558 ff.) in keinem Fall eine hinreichende Grundlage (für die diesbezügliche klare Rechtsprechung und Lehre zu Art. 185 Art. 3 BV vgl. SAXER, a.a.O., N 100, m.H. u.a. auf BGE 137 II 431; RALPH TRÜMLER, Notrecht, Diss. 2011, Zürich 2012, Rz. 310 ff.). So dürfen etwa Rechtsschutzgarantien durch notrechtliche Massnahmen nicht ausser Kraft gesetzt werden (vgl. zur Kritik am vollständigen Ausschluss von

Rechtsmitteln gegen Entscheide in Vollzug der Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur) vom 20. März 2020 [SR 442.15] durch deren Art. 11 Abs. 3 BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 696, Fn. 111). Während bei notrechtlichen Massnahmen die aus dem Legalitäts- und dem Demokratieprinzip fliessenden Anforderungen vorübergehend und in engen Grenzen herabgesetzt sind (vgl. oben Ziff. 8 und sogleich Ziff. 66), erlauben die anderen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns keine Einschränkung. Dies gilt insbesondere für den *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, dem gerade bei der Bewältigung unvorhergesehener Störungen von Polizeigütern besondere Bedeutung zukommt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2599, m.w.H.).

66 Inwieweit Art. 91 KV Durchbrechungen der Kantonsverfassung erlaubt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Klarerweise sieht die Bestimmung Abweichungen in zwei Richtungen vor (vgl. dazu auch oben Ziff. 12): Erstens relativiert sie die Anforderungen an das *Legalitätsprinzip*. Schwere Grundrechtseingriffe, die in einem Gesetz vorzusehen wären, dürfen auf Verordnungsstufe erlassen werden (vgl. Art. 28 Abs. 1 KV). Generell ist der Regierungsrat zum Erlass von wichtigen Bestimmungen befugt, wozu in einer normalen Lage nur der Grosse Rat (Art. 69 Abs. 4 KV) bzw. die Stimmbevölkerung im Falle eines Referendums (Art. 61 f. KV) oder einer Initiative (Art. 58 Abs. 1 KV) befugt wären.

67 Zweitens durchbricht Art. 91 KV die *verfassungsrechtliche Kompetenzordnung*. Befugnisse, die ansonsten beim Grossen Rat, den Gemeinden etc. wären, darf der Regierungsrat an sich ziehen, soweit dies zur Behebung der ausserordentlichen Lage notwendig erscheint. Dies geht aus dem Wortlaut der Norm zwar nicht hervor, erscheint aber anhand der Materialien und Kommentierungen unumstritten (vgl. oben Rz. 12) und erscheint auch vom Normzweck her und im Verfassungszusammenhang als zutreffend, wie mit Bezug auf die Finanzkompetenzen exemplarisch erläutert wurde (vgl. oben Ziff. 58 ff.).

68 Inwieweit anderweitige Abweichungen von der Verfassung zulässig sein könnten, wäre im Einzelfall zu untersuchen. Festhalten lässt sich an dieser Stelle, dass der Verfassungsgeber weitere Abweichungen weder ausdrücklich vorgesehen noch diskutiert hat. Folglich müsste eine teleologische und/oder systematische Auslegung ergeben, dass Art. 91 KV eine solche Abweichung vorsieht. Klar erscheint uns ausserdem, dass an die Notwendigkeit von Massnahmen *contra constitutionem* hohe Anforderungen zu stellen wären (für die Bundesebene ähnlich BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 697). Auf die Zulässigkeit von Art. 12 Abs. 1 CKV im Speziellen wird bei der Beantwortung der folgenden Frage eingegangen (vgl. unten Ziff. 73 ff.).

12. Wie wirkt sich eine Verlängerung der Aufhebung der Schuldenbremse über den 31. Juli bzw. 31. Dezember 2020 genau aus?

69 Die Schuldenbremse nach Art. 101a KV sieht einerseits vor, dass die Voranschläge keine Aufwandüberschüsse vorsehen dürfen (Abs. 1); es sei denn, mindestens drei Fünftel der Mitglieder des Grossen Rates würden dies beschliessen (Abs. 3). Andererseits sieht sie vor, dass Aufwandüberschüsse dem Voranschlag des übernächsten Jahres belastet werden, soweit sie nicht durch Eigenkapital gedeckt sind (Abs. 2). Auch hier kann der Grosse Rat mit einem qualifizierten Quorum von drei Fünfteln seiner Mitglieder davon abweichen (Abs. 4). Allerdings sind Fehlbeträge nach Abs. 3 bzw. 4 innert vier Jahren abzutragen.

70 Zunächst stellt sich die Frage, welche Wirkung Art. 12 Abs. 1 CKV überhaupt entfaltet. Nach dem Wortlaut der Bestimmung werden Ausgaben des Kantons als Folge der Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise bei der Anwendung der Schuldenbremsen nach Art. 101a f. KV für das Jahr 2020 nicht berücksichtigt. Art. 101a Abs. 2 KV greift allerdings erst bei der Erstellung bzw. Verabschiedung des Voranschlags des übernächsten Jahres; Art. 101a Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz KV innert der folgenden vier Jahre. Mit oder ohne Verlängerung wird Art. 12 Abs. 1 CKV zu diesem Zeitpunkt bzw. Zeiträumen nicht mehr in Kraft stehen. Nur durch die zwischenzeitliche Geltung von Art. 12 Abs. 1 CKV wird aus unserer Sicht die verfassungsrechtliche Pflicht, Fehlbeträge innert vier Jahren abzutragen, eigentlich nicht beseitigt. Es ist damit mindestens nicht selbstverständlich, dass Art. 12 Abs. 1 CKV die beabsichtigte «Nachwirkung» zukommt. Auch das Gesetz über die Steuerung von Finanzen und Leistungen vom 26. März 2002 (FLG; BSG 620.0) sowie die Verordnung über die Steuerung von Finanzen und Leistungen vom 3. Dezember 2003 (FLV; BSG 621.1) sehen an sich keine Abweichungen von der ordentlichen Berichterstattung und Rechnungslegung nach Art. 9 ff. FLG und Art. 17 ff. FLV im Zusammenhang mit der Schuldenbremse vor.

71 In der Sitzung der FiKo wurde aber ausgeführt, dass auch andere Ausgaben des Kantons gemäss kantonaler Praxis definitiv nicht der Schuldenbremse unterstehen. Überdies bestand zwischen Grosse Rat und Regierung ein klarer Konsens über die Wirkungen von Art. 12 CKV. Mit Blick auf diesen klaren gesetzgeberischen Willen kann auf weitere Abklärungen verzichtet werden.

72 Die vom Regierungsrat beschlossene Verlängerung der Gültigkeitsdauer der Verordnung hat somit die Folge, dass auch nach dem 31. Juli 2020 entstehende Ausgaben nicht für die Jahresrechnung massgebenden Aufwand darstellen.

- 73 Vor dem Hintergrund der vorangehenden Frage zur Zulässigkeit von Massnahmen *contra constitutionem* nach Art. 91 KV (vgl. oben Ziff. 65 ff.) wird im Folgenden auch auf die Frage der Verfassungsmässigkeit von Art. 12 Abs. 1 CKV eingegangen.
- 74 Zunächst ist zu klären, ob der in Art. 12 Abs. 1 CKV vorgesehene Eingriff in die Schuldenbremse nach Art. 101a KV eine von der Verfassung selber vorgesehene Abweichung von Verfassungsbestimmungen darstellt. Argumentiert werden könnte, dass der Regierungsrat nur die Kompetenz des Grossen Rates an sich zieht, nach Art. 101a Abs. 4 KV einen bestimmten Betrag von der Belastung des Voranschlags des nächsten Jahres i.S.v. Art. 101a Abs. 2 KV auszunehmen. Da der Regierungsrat die Aufwände zur Bewältigung der Coronavirus-Pandemie aber gänzlich von der Anwendung der Schuldenbremse ausnehmen will, geht Art. 12 Abs. 1 CKV aus unserer Sicht über eine Änderung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung hinaus. Ausserdem wäre auch ein reiner Eingriff in die entsprechende Kompetenz als heikel zu erachten, da die Frage des Schuldenabbaus weniger als eine Frage der kurzfristigen Krisenbewältigung durch die Regierung denn als Frage der mittel- bis langfristigen Krisenbewältigung durch das Parlament erscheint. Letzterem kommt bei Krisenbewältigung eine wichtige Funktion zu, die es in Nachachtung des Legalitätsprinzips (Art. 66 Abs. 2 KV; Art. 5 Abs. 1 BV) und der Gewaltenteilung (Art. 66 Abs. 1 KV; Art. 51 Abs. 1 BV) auch wahrnehmen soll, soweit es dazu in der Lage ist (vgl. dazu WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 7).
- 75 Gleichwohl erscheint es uns richtig offenzulassen, ob ein Eingriff in die Schuldenbremse unter bestimmten Umständen eine zulässige Massnahme nach Art. 91 KV darstellen könnte, wenn eine Verzicht darauf etwa die Erbringung grundlegender Aufgaben durch den Staat in Frage stellen würde. Vorliegend sind die Voraussetzungen nach Art. 91 KV aus unserer Sicht aber jedenfalls nicht erfüllt. Die zeitliche Dringlichkeit und mithin die Notwendigkeit (vgl. oben Ziff. 8) einer notrechtlichen Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse ist nicht gegeben, da eine Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse nach Art. 101a KV im Rahmen der Verfassung möglich ist: Zunächst kann der Grosse Rat nach Art. 101a Abs. 4 KV entscheiden, von Art. 101a Abs. 2 KV abzuweichen, womit ein aufgrund der Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise verursachter Ausgabenüberschuss nicht dem Voranschlag des übernächsten Jahres belastet werden müsste. Die Verfassung sieht also bereits einen Mechanismus vor, um in einem gewissen Umfang auf spezielle Umstände reagieren zu können. Damit besteht bereits eine Regelung für den Krisenfall (vgl. ausdrücklich Botschaft des Grossen Rates zur Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 über die Einführung einer Schuldenbremse, S. 3). Soweit diese zur Bewältigung der Krise ausreicht, ist folglich die Voraussetzung der *Subsidiarität* (vgl. oben Ziff. 8) nicht gegeben. Nicht abweichen kann der Grosse Rat von der Verpflichtung, einen Fehlbetrag innert vier Jahren abzutragen (Art. 101a

Abs. 4 KV). Dies ist gerade auch für den Krisenfall vorgesehen (vgl. Botschaft des Grossen Rates zur Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 über die Einführung einer Schuldenbremse, S. 3). Eine Abweichung von dieser Verpflichtung würde eine Verfassungsänderung bedingen. Dafür wäre die nötige Zeit vorhanden, weshalb die *zeitliche Dringlichkeit* als Voraussetzung für eine notrechtliche Übersteuerung der Verfassungsbestimmungen durch den Regierungsrat aus unserer Sicht nicht gegeben ist.

- 76 Nicht tragfähig ist aus unserer Sicht im Übrigen die Argumentation des Regierungsrates, wonach es sich bei den Regelungen zur Schuldenbremse nur um formelles, nicht aber materielles Verfassungsrecht handelt. Dies kann erstens nicht von Belang sein, da es dem Verfassungsgeber freisteht, auch unwichtige Regelungen in die Verfassung zu schreiben und entsprechend eine Abänderung durch die Unterstellung unter das obligatorische Referendum (Art. 61 Abs. 1 lit. a KV) zu erschweren. Zweitens handelt es sich bei einer Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse um eine finanzpolitisch zentrale Entscheidung. Die Zuweisung (und Begrenzung) der Kompetenz zu dieser Entscheidung wird aus unserer Sicht durchaus zum materiellen Verfassungsrecht zu zählen sein. Wie wichtig dem Verfassungsgeber die entsprechenden Bestimmungen waren, zeigt sich auch am Erfordernis eines qualifizierten Mehrs (Art. 101a Abs. 3 f. KV) für eine (teilweise) Abweichung von der Schuldenbremse.
- 77 Das Gesagte gilt sinngemäss auch für die Schuldenbremse für die Investitionsrechnung nach Art. 101b KV. Diese Bestimmung sieht sogar vor, dass der Grosse Rat auf die Kompensation eines Fehlbetrags gänzlich verzichten kann, wenn es mindestens drei Fünftel seiner Mitglieder beschliessen (Abs. 4). Es ist also nicht ersichtlich, weshalb eine Abweichung von der verfassungsrechtlichen Regelung nötig wäre, um die Schuldenbremse ausser Kraft zu setzen.
- 78 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich eine Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse durch Art. 12 Abs. 1 CKV aus unserer Sicht als verfassungswidrig erweist.

13. Gibt die Analyse Anlass zu weiteren Bemerkungen, die für die Fragestellung von Bedeutung sein könnten?

79 Wir verweisen auf die einführenden Bemerkungen zum Verhältnis Regierungsrat–Grosser Rat im Falle einer ausserordentlichen Lage, insbesondere auf die Analyse der Befugnisse des Grossen Rates im Rahmen der Genehmigung (vgl. oben Ziff. 13 ff.).

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann



Martin Wilhelm, MLaw