

«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 aus⁵ und ergänzte im Ingress der Verordnung 2 die schon genannte Rechtsgrundlage des Art. 7 EpG um das Freizügigkeitsabkommen mit der EU⁶ und den Schengener Grenzkodex⁷. 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 angeht? 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 AS 2020 841. Siehe zur Fortsetzung der Massnahmen *Giovanni Biaggini*, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus, in diesem Heft S. 239 ff., 244 ff.

6 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).

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

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 Epidemieggesetzes vor.⁹ Die von der Bundesversammlung verabschiedete Vorlage enthielt einen Impfpflicht gegen Pocken, deshalb scheiterte sie nach ergriffenem Referendum in der Volksabstimmung vom 30. Juni 1882.¹⁰ Das erste in Kraft getretene Epidemieggesetz 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 Epidemieggesetz 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 Versammlungsverbot 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 überfüh-

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, Kreisreiben 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.

ren.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. 185 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 liesse 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 angeht. Diese Kompetenzen wurden aus Art. 102 Ziff. 8–10 der alten Bundesverfassung überführt und erlauben dem Bundesrat, «unter gewissen Voraussetzungen gesetzesvertretende und gesetzergänzende 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. 5), S. 258 ff.

36 Biaggini (Anm. 26), Art. 185 N 10c; ders. (Anm. 5), S. 257 ff.

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. 5), S. 260 ff.

IV. Massnahme-Kompetenzen des Bundesrates in anderen Rechtsbereichen

Nicht nur das Epidemien-gesetz, 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.

Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV

Giovanni Biaggini*

Inhaltsverzeichnis

I. Gegenstand und Fragestellung.....	277
II. Beurteilung ausgewählter Massnahmen im Lichte von Art. 185 Abs. 3 BV.....	278
1. Die einzelnen Massnahmen	278
2. Voraussetzungen und Schranken einer Anwendung von Art. 185 Abs. 3 BV	281
3. Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a)	281
4. Behandlungsfristen für den Bundesrat (Art. 1 Abs. 1 Bst. b)	282
5. Behandlungsfristen für die Bundesversammlung (Art. 1 Abs. 1 Bst. b).....	283
6. Fazit im Lichte von Art. 185 Abs. 3 BV	284
III. Abstützungsalternativen für den Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen	284
IV. Ausblick.....	286
Anhang: Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren vom 20. März 2020 (AS 2020 847)	287

I. Gegenstand und Fragestellung

Die Coronavirus-Pandemie hat nicht nur tiefgreifende Auswirkungen auf Bevölkerung und Wirtschaft. Auch unsere demokratisch-rechtsstaatlichen Institutionen sind von der Pandemie stark betroffen. Regierungen tagen im Krisenmodus. Verwaltungen reduzieren den Publikumsverkehr auf ein Minimum. Parlamente brechen Sessionen ab. Gerichte schränken ihren Sitzungsbetrieb ein. Volksabstimmungen und Volkswahlen werden verschoben. Fristen für Unterschriftensammlungen stehen still.

Auf Bundesebene beruht der gegenwärtige «Shutdown» der direkten Demokratie auf der vom Bundesrat am 20. März 2020 erlassenen «Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren» (AS 2020 847; SR 161.16; siehe Anhang). Die fünf Artikel umfassende Verordnung stützt sich – wie die Mehrzahl der am selben Tag verabschiedeten bundesrätlichen Verordnungen¹ – auf Art. 185 Abs. 3 BV, zusätzlich auf Art. 91 Abs. 1 BPR.² Sie trat am 21. März um 07.00 Uhr in

* Der Verfasser dankt *Andreas Kley* und *Andreas Glaser* für hilfreiche Bemerkungen und seinem Mitarbeiter *David Fässler*, MLaw, für die Unterstützung bei der Bereinigung des Texts. – Das Manuskript wurde am 22. April 2020 abgeschlossen.

1 Siehe *Giovanni Biaggini*, «Notrecht» in *Zeiten des Coronavirus*, in diesem Heft S. 239 ff., 245 und 247.

2 Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR; SR 161.1).

Kraft und gilt bis zum 31. Mai 2020 (Art. 5), d.h. für etwas mehr als zwei Monate. Eine Verlängerung wird offenbar nicht ausgeschlossen.³

Der titelgebende Hauptgegenstand der Verordnung ist der Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren. Betroffen sind die *Sammelfristen bei Volksinitiativen* (Art. 1 Abs. 1 Bst. a) und *Referenden* (Art. 1 Abs. 2), die behördlichen *Behandlungsfristen bei Volksinitiativen* (Art. 1 Abs. 1 Bst. b) sowie die *Frist für die Durchführung der Volksabstimmung* über Volksinitiativen (Art. 1 Abs. 1 Bst. c). Die gesetzlichen Fristen stehen während der Geltungsdauer der Verordnung still (Art. 1 Abs. 1, Einleitungssatz). Darüber hinaus sieht die Verordnung verschiedene flankierende Massnahmen vor (vgl. II.1). Eine förmliche Begründung für die getroffenen Regelungen gibt es nicht. Die bundesrätliche Medienmitteilung vom 20. März 2020 sowie die gleichentags veröffentlichten Erläuterungen der Bundeskanzlei nennen folgende Motive:⁴

- Der Fristenstillstand solle dem Umstand Rechnung tragen, dass aufgrund der Einschränkungen der Versammlungs- und Bewegungsfreiheit kaum mehr Möglichkeiten zur Unterschriftensammlung im öffentlichen Raum bestehen.
- Die Sammeltätigkeit der Komitees müsse während des Stillstands ruhen, damit es nicht zu einer faktischen Verlängerung der Sammelfrist kommt.

Die vorliegende kleine Fallstudie hat zum Ziel, ausgewählte Elemente der bundesrätlichen Fristenstillstandsverordnung auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen.

II. Beurteilung ausgewählter Massnahmen im Lichte von Art. 185 Abs. 3 BV

1. Die einzelnen Massnahmen

Die Massnahmen lassen sich wie folgt entlang der «Zeitachse» gliedern und charakterisieren:

*Massnahme 1:*⁵ Der Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a) betrifft die *gesetzliche Frist* nach Art. 71 Abs. 1 BPR («spätestens 18 Monate seit der Veröffentlichung des Initiativtextes im Bundesblatt»), zugleich aber auch, was aus dem Verordnungstext nicht hervorgeht, die *verfassungsrechtliche Frist* gemäss Art. 139 Abs. 1 BV. – Betroffen sind gemäss Aufstellung der Bundeskanzlei⁶

3 Vgl. *Bundeskanzlei*, Erläuterungen zur Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren (20. März 2020), S. 2, abrufbar unter: <www.bk.admin.ch/bk/de/home/politische-rechte/volksinitiativen.html> (zuletzt besucht am 22. April 2020). – Nachtrag: Am 29. April 2020 gab der Bundesrat bekannt, dass der Fristenstillstand nicht verlängert werden soll.

4 *Bundesrat*, Medienmitteilung vom 20. März 2020 («Coronavirus: Sammel- und Behandlungsfristen von eidgenössischen Volksbegehren stehen still»); *Bundeskanzlei*, Erläuterungen (Anm. 3).

5 Es handelt sich nicht um eine amtliche Nummerierung.

6 Stand: 15. April 2020 (abrufbar unter: <www.bk.admin.ch/bk/de/home/politische-rechte/volksinitiativen.html>). – Da die Verordnung die Lancierung neuer Volksinitiativen nicht ausschliesst, könnte sich die Zahl erhöhen.

15 eidgenössische Volksinitiativen, deren ordentliche Einreichungstermine zwischen dem 5. September 2020 und dem 3. September 2021 liegen.

Massnahme 2: Der Stillstand der Referendumsfrist «nach Artikel 59a BPR»⁷ (Art. 1 Abs. 2) betrifft lediglich die in der Wintersession 2019 verabschiedeten Referendumsvorlagen, da die Frühjahrsession 2020 nach zwei Wochen ohne Schlussabstimmungen «geschlossen» wurde (BBl 2020 2847). Ob die Verordnung, wie man aufgrund des Titels schliessen könnte, nur Volksreferenden erfasst oder auch Kantonsreferenden mit einbeziehen will, ist nicht restlos klar, aber ohne praktische Bedeutung. Die Referendumsfrist steht nur still, «wenn der Bundeskanzlei spätestens fünf Tage nach Veröffentlichung dieser Verordnung die Sammlung von Unterschriften angezeigt wird» (Art. 1 Abs. 2). Damit soll verhindert werden, «dass unbestrittene Gesetzesvorlagen aus der Wintersession 2019 in den Fristenstillstand fallen».⁸ Im Ergebnis bewirkt die gesetzlich nicht vorgesehene Anzeigepflicht (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 3. Bst. a, Sammelverbot) eine in Gesetz und Verfassung nicht vorgesehene Verkürzung der Referendumsfrist. Die rechtliche Problematik dieser intertemporalrechtlichen Lösung kann hier nicht vertieft werden. – Praktisch gesehen betrifft die Regelung zwei Unterschriftensammlungen; für die übrigen Vorlagen lief die Referendumsfrist am 9. April 2020 unbenutzt ab.⁹

Massnahme 3: Das generelle Verbot, Unterschriften zu sammeln (Art. 3 Bst. a), und das flankierende *Verbot, Unterschriftenlisten zur Verfügung zu stellen* (Art. 3 Bst. b), sind zwar zeitlich limitierte, aber doch schwerwiegende Einschränkungen des verfassungsmässigen Rechts, Volksinitiativen und Referenden in Bundesangelegenheiten zu ergreifen und zu unterzeichnen (Art. 136 Abs. 2 BV). – In den Erläuterungen zur Verordnung weist die Bundeskanzlei darauf hin, dass sich gegebenenfalls nach Art. 282 Ziff. 1 Abs. 2 und 3 StGB strafbar macht, wer trotz des Fristenstillstands Unterschriften sammelt.

Die *Massnahmen 4* (keine Entgegennahme von Unterschriftenlisten; Art. 4) und *5* (keine Verfügungen über das Zustandekommen; Art. 2 Abs. 1 Bst. a) haben flankierende Funktion und werden nachfolgend nicht weiter behandelt.

Massnahme 6: Der Fristenstillstand erfasst auch die dem Bundesrat in Art. 97 ParlG¹⁰ vorgegebenen *Behandlungsfristen für Volksinitiativen* (Art. 1 Abs. 1 Bst. b), d.h. die *ordentliche* Frist von 12 Monaten¹¹ und die *verlängerte* Frist von 18 Monaten

7 Recte: die in Art. 59a BPR nicht genannte, sondern vorausgesetzte 100-Tage-Frist gemäss Art. 141 Abs. 1 BV.

8 Bundesrat, Medienmitteilung vom 20. März 2020 (Anm. 4).

9 Gemäss Mitteilung der Bundeskanzlei vom 10. April 2020 (BBl 2020 3124) sind dies das Referendum gegen den Bundesbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge sowie das Referendum gegen den Bundesbeschluss über die Genehmigung des Umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien. – Was für (theoretisch mögliche) Referendumsvorlagen aus der am 26. März 2020 einberufenen ausserordentlichen Session der eidgenössischen Räte (4. bis maximal 8. Mai 2020) gelten soll, sagt die Verordnung nicht.

10 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

11 Frist für die Unterbreitung von Botschaft und Entwurf eines Bundesbeschlusses zur Initiative.

bei Unterbreitung eines direkten oder indirekten Gegenentwurfs.¹² Im Vergleich mit den Vorschriften betreffend das Unterschriftensammeln (Massnahmen 1–3) fällt auf, dass der Fristenstillstand für den Bundesrat *nicht* mit einem Behandlungsverbot gekoppelt ist. Die Behandlungsfristen für den Bundesrat werden somit *effektiv verlängert*. – Die Aufstellung der Bundeskanzlei nennt acht beim Bundesrat hängige Volksinitiativen.¹³

Massnahme 7: Der Fristenstillstand (Art. 1 Abs. 1 Bst. b) erfasst auch die der *Bundesversammlung* vorgegebene *ordentliche Behandlungsfrist* für Volksinitiativen von 30 Monaten (Art. 100 ParlG)¹⁴ sowie die bei einem direkten oder indirekten Gegenentwurf um 12 Monate *verlängerte Behandlungsfrist* (Art. 105 ParlG). Auch hier bewirkt der Fristenstillstand eine Verlängerung der Behandlungsfrist. – Die Aufstellung der Bundeskanzlei nennt neun¹⁵ bei der Bundesversammlung hängige Volksinitiativen. Bei manchen Initiativen endet die ordentliche gesetzliche Behandlungsfrist erst im September bzw. Oktober 2021. Die Behandlungsfrist für die sog. Konzernverantwortungsinitiative wäre am 10. April 2020 abgelaufen (wegen des Abbruchs der Frühjahrsession 2020 ohne Beschlussfassung der Bundesversammlung). Die bundesrätliche Verordnung verschafft der Bundesversammlung unverhofft eine «Nachfrist» von gut zwei Monaten (bis zum Ende der Sommersession 2020).

Die *Massnahmen 8 und 9* betreffen die Durchführung von *Volksabstimmungen* über Volksbegehren. Zum einen steht die Frist von zehn Monaten gemäss Art. 75a BPR still, innert welcher der Bundesrat eine vom Parlament behandelte Volksinitiative der Volksabstimmung *unterbreiten muss* (Art. 1 Abs. 1 Bst. c).¹⁶ Zum anderen soll während des Fristenstillstands *keine Volksabstimmung* über ein Volksbegehren stattfinden (Art. 2 Abs. 1 Bst. b); praktisch gesehen ist und bleibt diese Regelung toter Buchstabe, denn der einzige innerhalb der Geltungsdauer der Verordnung liegende eidgenössische Volksabstimmungstermin (17. Mai 2020) war vom Bundesrat bereits zwei Tage *vor* Erlass der Verordnung gestützt auf Art. 10 BPR *abgesagt* worden.¹⁷

12 Ohne praktische Bedeutung ist heute die Frist gemäss Art. 97 Abs. 1 Bst. b ParlG (allgemeine Anregung).

13 Darunter fälschlicherweise auch die Volksinitiative «Löhne entlasten, Kapital gerecht besteuern» (Botschaft am 6. März 2020 verabschiedet; beim Parlament hängig).

14 Frist für die Beschlussfassung über die Abstimmungsempfehlung nach Einreichung einer Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs.

15 Recte: zehn (siehe Anm. 13).

16 Die Regelung betrifft einzig die (ursprünglich für den 17. Mai 2020 vorgesehene) Volksabstimmung über die sog. Begrenzungsinitiative und bewirkt, dass die Initiative statt bis spätestens am 20. Oktober 2020 neu bis spätestens Ende Dezember 2020 der Abstimmung unterbreitet werden muss.

17 Beschluss des Bundesrats vom 18. März 2020 über den Verzicht auf die Durchführung der Volksabstimmung vom 17. Mai 2020 (BBl 2020 2461). Art. 10 BPR handelt von der Anordnung von Volksabstimmungen; von einer allfälligen nachträglichen Absage ist nicht die Rede. Der Bundesrat scheint von der Maxime ausgegangen zu sein, dass, wer *ansagen* (anordnen) kann, auch *absagen* können muss. Das kann hier nicht vertieft werden. – Nachträglich mit Leben erfüllt werden könnte Art. 2 Abs. 1 Bst. b allenfalls bei einer Verlängerung der Geltungsdauer der Verordnung (die in den Erläuterungen der Bundeskanzlei zu Art. 5 als Option erwähnt wird).

2. Voraussetzungen und Schranken einer Anwendung von Art. 185 Abs. 3 BV

Ob die Abstützung einer Verordnung auf Art. 185 Abs. 3 BV zulässig ist oder nicht, hängt von der Beachtung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Schranken ab. Ohne hier in die Details zu gehen, können die Anforderungen wie folgt zusammengefasst werden:¹⁸

- Die Verordnung ist zu befristen und muss dazu dienen, «eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen» (sachliche und zeitliche Dringlichkeit).
- Die Verordnung darf (nach hergebrachtem Verständnis) nicht im Widerspruch zu Erlassen der Bundesversammlung stehen (kein Handeln *contra legem*).¹⁹
- Die Verordnung kann als Grundlage für Grundrechtseinschränkungen dienen (selbst für schwerwiegende), die getroffenen Massnahmen müssen jedoch verhältnismässig sein und die Rechtsgleichheit sowie den Grundsatz von Treu und Glauben wahren.

Als kritisch erweisen sich vorliegend vor allem die beiden zuerst genannten Anforderungen.

3. Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a)

Die Regelung betreffend den Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen ist vom Inhalt her sympathisch und leuchtet ein. Bei näherer Betrachtung erheben sich indes Zweifel, ob die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Schranken für einen Einsatz von Art. 185 Abs. 3 BV respektiert sind. Der Begriff der «öffentlichen Ordnung» erfasst im Kontext von Art. 185 Abs. 3 BV auch den Schutz fundamentaler Rechtsgüter des Staates, wozu die direktdemokratischen Institutionen zu zählen sind. Aber: Ist der Fristenstillstand darauf gerichtet, «eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen [...] zu begegnen», wie Art. 185 Abs. 3 BV verlangt? Die zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie im Rahmen der COVID-19-Verordnung 2 getroffenen Massnahmen²⁰ haben zwar zur Folge, dass gewisse traditionelle Formen des Unterschriftensammelns (z.B. Standaktionen im öffentlichen Raum) und der politischen Werbung (z.B. in Gestalt von Kundgebungen im öffentlichen Raum) untersagt oder stark erschwert sind, Sammel- und Werbe-Aktivitäten sind jedoch nicht generell verboten oder faktisch verunmöglicht. Der vom Bundesrat verordnete Fristenstillstand verschafft dem Initiativkomitee und den Unterstützern der Initiative gewiss eine willkommene Erleichterung, dies namentlich, wenn der Einreichungstermin naht und man in schwieriger Zeit zum Sammel-«Schlusspurt» ansetzen müsste. Aber kann man von einer sachlich und zeit-

18 Näher dazu *Biaggini* (Anm. 1), S. 241 ff. (m.w.H., auch zu anderen Deutungen).

19 In diesem Sinn ausdrücklich *Bundesrat*, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 418 f.

20 Vgl. insbesondere Art. 6 ff. der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (SR 818.101.24; Stand am 30. April 2020).

lich dringlichen, *not*-wendigen Regelung sprechen, wenn der Einreichungstermin, wie in einigen Fällen, im Frühjahr 2021 oder gar im Spätsommer 2021 liegt?

Hinzu kommt, dass mit dem Fristenstillstand ein rigoroses – sogar strafbewehrtes – *Sammelverbot* einhergeht (Art. 3; Massnahme 3), das auch Aktivitäten «ohne direkte Interaktion mit möglichen Unterzeichnern» umfasst, die unter epidemiologischen Gesichtspunkten bedenkenlos sind, wie beispielsweise das Zugänglichmachen von Unterschriftenlisten im Internet.²¹ Diese Massnahme wird denn auch nicht gesundheitspolizeilich begründet, sondern mit dem Argument, dass es «eine faktische Verlängerung der Sammelfrist zu verhindern» gelte.²² Das ist eine etwas dünne Begründung für einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff, zumal dieselbe Verordnung den Behörden ohne Weiteres eine Verlängerung der Behandlungsfristen zugesteht, *ohne* gleichzeitig ein Behandlungsverbot auszusprechen.

Auch in einem weiteren Punkt erheben sich Zweifel. Die Verordnung geht, indem sie den Einreichungstermin um die Geltungsdauer der Verordnung nach hinten schiebt, über den klaren Wortlaut von Gesetz (Art. 71 BPR) und Verfassung (Art. 139 Abs. 1 BV) hinweg, wonach die 18 Monate *ab der Veröffentlichung* des Initiativtextes im Bundesblatt laufen. Liegt hier nicht eine *gesetzesderogierende*, ja sogar *verfassungsderogierende* Anordnung des Ordnungsgebers vor? Oder kann er sich mit dem Argument retten, dass es «netto» bei 18 Monaten bleibt?

Kurz: So einleuchtend und willkommen die Regelung inhaltlich sein mag, die Zulässigkeit der Abstützung des Sammelfristenstillstands bei Volksinitiativen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a) auf Art. 185 Abs. 3 BV wirft Fragen auf. Diese sollen hier noch für einen Moment auf sich beruhen (vgl. hinten II.6 und III.).

4. Behandlungsfristen für den Bundesrat (Art. 1 Abs. 1 Bst. b)

Die Regelung bewirkt, dass die gesetzlichen Behandlungsfristen für den Bundesrat (Art. 97 Abs. 1 und 2 ParlG) sich um die Geltungsdauer der Verordnung verlängern. Im Ergebnis kommt der Fristenstillstand einer Abänderung der gesetzlichen Behandlungsfristen gleich. Ein Ausgleich in Form einer «Zwangspause», wie sie für Initiativkomitees und ihre Unterstützer bei der Sammelfrist gilt (II.3.), findet nicht statt. Bei Art. 1 Abs. 1 Bst. b handelt es sich somit klarerweise um eine *gesetzesderogierende* Verordnungsvorschrift. Allein schon deshalb lässt sich die Massnahme 6 nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV abstützen (wenn man das hergebrachte Verständnis zugrunde legt).

Es fragt sich auch, *welche* Not durch diese «notrechtlich» angeordnete Massnahme abgewendet werden soll. Es mag in Zeiten der Pandemie ein Interesse geben, dem Bundesrat und seiner Verwaltung gewisse Verschnaufpausen zu ermöglichen. Aber warum soll ausgerechnet die Behandlung von Volksinitiativen zurückstehen müssen? Warum nicht andere Arbeiten? Eine Prioritätensetzung

21 Vgl. Bundeskanzlei, Erläuterungen (Anm. 3), S. 2 (zu Art. 3) (dort auch das Zitat).

22 Bundeskanzlei, Erläuterungen (Anm. 3), S. 2 (zu Art. 3).

zulasten der direkten Demokratie durch eine «notrechtliche» Verordnung ist aus demokratiepolitischer Sicht hochproblematisch, zumal es sich bei den gesetzlichen Behandlungsfristen um eine wichtige Errungenschaft handelt, die «den Anspruch der Initianten auf Wahrung der Aktualität ihres Begehrens schützen» soll.²³ Im Übrigen scheinen der Bundesrat und seine Verwaltung auf eine solche Verschnaufpause derzeit (mitten in der Pandemie!) gar nicht angewiesen zu sein, wie die folgenden aktuellen Beispiele zeigen. Am 20. März 2020 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung für einen indirekten Gegenvorschlag zu der bei ihm hängigen Volksinitiative «Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)», und am 3. April 2020 beschloss er, bis im Spätsommer 2020 eine Vernehmlassungsvorlage für einen direkten Gegenentwurf zur Gletscher-Initiative (eingereicht am 27. November 2019) ausarbeiten zu lassen – wie wenn es den soeben verordneten Stillstand bei den Behandlungsfristen nicht gäbe.²⁴

Kurz: Der Bundesrat hat sich mittels «Notrecht» etwas mehr Behandlungszeit verschafft, obwohl er, so der Eindruck, die zwei Zusatzmonate nicht wirklich zu benötigen scheint. Erfolgt aber die Verlängerung der Behandlungsfristen gewissermassen «auf Vorrat», so ist sie offenkundig *nicht not-wendig*. Die Massnahme lässt sich nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV abstützen.

5. Behandlungsfristen für die Bundesversammlung (Art. 1 Abs. 1 Bst. b)

Die gesetzlichen Behandlungsfristen der Bundesversammlung (Art. 100 und 105 ParlG) verlängern sich um die Geltungsdauer der Verordnung. Auch hier geht es im Ergebnis nicht bloss um einen Fristenstillstand, sondern um eine Abänderung der gesetzlichen Behandlungsfristen. Auch in dieser Hinsicht handelt es sich bei Art. 1 Abs. 1 Bst. b um eine *gesetzesderogierende* Verordnungsvorschrift, weshalb sich die Massnahme 7 nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV abstützen lässt (wenn man das hergebrachte Verständnis zugrunde legt). Genauer besehen liegt ein doppelter Übergriff des Ordnungsgebers vor: zum einen gegenüber dem Gesetzgeber, der die einschlägige Regelung im Parlamentsgesetz aufgestellt hat, zum anderen auch gegenüber der Bundesversammlung, da die Regelung die Sphäre des *parlamentarischen Verfahrens* betrifft, was unter Gewaltenteilungsaspekten zumindest problematisch ist.

Angesichts des Zeithorizonts – die bundesrätliche Verordnung erfasst auch Volksinitiativen, deren Behandlungsfrist (vor Entscheid zum Fristenstillstand) erst im September bzw. Oktober 2021 abläuft – fragt es sich auch hier, *welche Not* abgewendet werden soll, und überdies, *warum dies Sache des Bundesrats* (und nicht der Bundesversammlung selbst) sein soll.

Von einer gewissen «Not» der Bundesversammlung kann man vielleicht bei der sog. Konzernverantwortungsinitiative sprechen, die «aufgrund des vorzeiti-

23 Yvo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 353.

24 Bundesrat, Medienmitteilung vom 3. April 2020 («Bundesrat will direkten Gegenentwurf zur Gletscher-Initiative ausarbeiten»).

gen Abbruchs der Frühjahrsession 2020 die nötige Schlussabstimmung der eidgenössischen Räte nicht passieren» konnte.²⁵ Die ordentliche Behandlungsfrist lief hier am 10. April 2020 ab. Die bundesrätliche Verordnung verschafft der Bundesversammlung ein zusätzliches Zeitfenster, sodass die Sommersession genutzt werden kann (sofern diese denn, wie vorgesehen, vom 2. bis 19. Juni 2020 durchgeführt werden kann), um die Stellungnahme und einen indirekten Gegenentwurf zu verabschieden. Wir werden nie wissen, ob es in der dritten Woche der Frühjahrsession 2020 noch zu einer Einigung der Räte gekommen wäre oder ob die Konzernverantwortungsinitiative allein, d.h. ohne Gegenentwurf, in den Abstimmungskampf gegangen wäre.²⁶ Und wir wissen derzeit nicht, ob sich die Räte in der vom Bundesrat gewährten «Overtime» noch zu einem Gegenentwurf durchringen können. Sollte dies der Fall sein, wird die «notrechtliche» Intervention des Bundesrats möglicherweise die Rahmenbedingungen für die weitere politische Auseinandersetzung entscheidend beeinflusst haben (zur Abstimmung gelangende Vorlage[n], Abstimmungskampf) – eine demokratiepolitisch äusserst heikle Konsequenz des Einsatzes von Art. 185 Abs. 3 BV.

6. Fazit im Lichte von Art. 185 Abs. 3 BV

Für zwei (von drei) der hier näher untersuchten Massnahmen – die Verlängerung der Behandlungsfristen für den Bundesrat (Massnahme 6) bzw. für die Bundesversammlung (Massnahme 7) – bildet Art. 185 Abs. 3 BV keine tragfähige Grundlage (II.4 und 5). Was den Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen (Massnahme 1) betrifft, so erheben sich Zweifel, ob die Anforderungen von Art. 185 Abs. 3 BV erfüllt sind (II.3). Selbst wenn sich diese Zweifel ausräumen lassen sollten, ist der Rückgriff auf Art. 185 Abs. 3 BV noch nicht gerechtfertigt. Denn diese Bestimmung darf nur angewendet werden, wenn die ordentliche Gesetzgebung keine alternative Rechtsgrundlage für die zu treffende Massnahme zur Verfügung stellt.²⁷ Darauf ist kurz einzugehen.

III. Abstützungsalternativen für den Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen

Lassen sich in der bestehenden Gesetzgebung Abstützungsalternativen für den Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen finden? Angesichts des Auslösers der bundesrätlichen Verordnung liegt es nahe zu prüfen, ob das Epidemienge-

²⁵ So der *Bundesrat*, Medienmitteilung vom 20. März 2020 (Anm. 4).

²⁶ Vgl. SDA-Meldungen vom 9. März 2020 («Gegenvorschlag zu Konzernverantwortungsinitiative bleibt umstritten») und vom 11. März 2020 («Nationalrat hält an Haftungsregeln für Konzerne im Ausland fest»), beide abrufbar unter: <www.parlament.ch>.

²⁷ Zur Subsidiarität vgl. *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 185 N 10a und N 12a.

setz²⁸ als Rechtsgrundlage infrage kommt. Wie an anderer Stelle gezeigt,²⁹ spricht einiges dafür, dass die epidemiologische Generalklausel (Art. 7 EpG) nicht nur gesundheitspolizeiliche Massnahmen zu tragen vermag, sondern auch Massnahmen, die der Abfederung der Auswirkungen einer Pandemie auf Gesellschaft und Wirtschaft dienen. Der vom Bundesrat zu Unrecht als Bestimmung «deklaratorischer Natur» etikettierte Art. 7 EpG³⁰ kommt zudem auch als Rechtsgrundlage für gesetzesderogierendes Ordnungsrecht in Betracht. Dies ist hier nicht zu vertiefen, denn wie Art. 185 Abs. 3 BV tritt auch die epidemiologische Generalklausel (Art. 7 EpG) als Rechtsgrundlage zurück, wenn die einschlägige Sachgesetzgebung – hier die Gesetzgebung des Bundes über die politischen Rechte – eine Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt.

Das BPR aus dem Jahr 1976 enthält, anders als das altherwürdige SchKG von 1889, keine Klausel, die es «[b]ei Epidemien oder Landesunglück»³¹ ermöglicht, per Verordnung einen Fristenstillstand zu beschliessen. Heisst dies aber schon, dass ein solcher Schritt von vornherein unzulässig ist? Ein allgemeiner Rechtsgedanke mit Wurzeln im römischen Recht besagt, dass eine Frist unter Umständen «um die Zeiträume verlängert ist, während welcher Hindernisse der Erfüllung bestehen»³². In einem solchen Fall zählt, wenn es um die Fristwahrung geht, nicht die fortlaufende, ununterbrochene Zeit (*tempus continuum*), sondern die Zeit, die für eine fristgebundene Handlung effektiv nutzbar ist (*tempus utile*). In einem Gedankenexperiment könnte man folgende Ausgangsthese formulieren: Hätte der Bundesgesetzgeber 1976 beim Erlass des BPR (und der Einführung einer gesetzlichen Sammelfrist für Volksinitiativen)³³ an die Gefahr einer Epidemie oder Pandemie gedacht (wie 1889 beim SchKG), so hätte er bestimmt auch die Möglichkeit eines Sammelfristenstillstands im Sinne des *tempus utile* vorgesehen. Und wenn der Bundesgesetzgeber dies versäumt hat: Sollte dann nicht im Interesse einer wohlgeordneten direkten Demokratie der Verordnungsgeber das Versäumte nachholen dürfen und eine sachgerechte lückenfüllende Regelung im Sinne des *tempus utile* nachschieben dürfen?³⁴

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

29 Dazu Biaggini (Anm. 1), S. 260 ff.; vgl. auch Andreas Kley, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.», in diesem Heft S. 268 ff., 272 f.

30 Bundesrat, Botschaft zum Epidemiengesetz vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311 ff., 365. – Kritisch dazu Biaggini (Anm. 1), S. 264 f., und Kley (Anm. 29), S. 272.

31 So der Randtitel zu Art. 62 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1). Zuständig für den Rechtsstillstands-Beschluss war ursprünglich «die Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundesrates», heute kann alternativ auch der Bundesrat allein entscheiden.

32 So die Umschreibung bei Andreas von Thur/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 55.

33 Mit Wirkung per 1. Januar 1980. Vgl. Luzius Wildhaber, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich 1987–1996, Art. 121/122 N 70 ff.

34 Sei dies formal gestützt auf die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen (Art. 91 Abs. 1 BPR), sei dies gestützt auf die allgemeine Vollzugsklausel der Bundesverfassung (Art. 182 Abs. 2 BV i.V.m. dem BPR).

Ein solches Verständnis der Rechtslage bzw. der Handlungsmöglichkeiten des Bundesrats im Bereich der Gesetzgebung über die politischen Rechte mag auf den ersten Blick manchen vielleicht etwas kühn erscheinen. Aber beruht nicht letztlich auch der Problemlösungsansatz des Bundesrats – Stillstand, jedoch «netto» 18 Monate Sammelfrist (vgl. II.1 und 3) – exakt auf der Grundidee des *tempus utile*?³⁵ Der Vorteil einer kreativen Auslegung des Gesetzes ist: Der Weg über das BPR ist als Präzedenzfall weit weniger gefährlich als eine überdehnende Auslegung (ja Mutation) von Art. 185 Abs. 3 BV. Warum sollte man den riskanteren Weg wählen, wenn es anders geht?

IV. Ausblick

Die Coronavirus-Pandemie ist keine einfache Zeit für die Rechtsetzung. Im Fall der in Eile entstandenen Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren blieb zwar (fast) kein Detail unbedacht, doch wirkt die Verordnung als Ganze leider nicht sehr durchdacht. Es wurde insbesondere zu wenig darauf geachtet, dass gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV (wenn überhaupt) nur geregelt werden darf, was *not-wendig* ist (vgl. insbesondere II.4 und 5).

Bei einer allfälligen Verlängerung oder Neuauflage des Fristenstillstands sollte die Regelung dringend entschlackt werden. Das «notrechtlich» geschaffene Privileg verlängerter Behandlungsfristen für Bundesrat und Bundesversammlung (Art. 1 Abs. 1 Bst. b) ist nicht gerechtfertigt und sollte gestrichen werden. Bis dahin tun Bundesrat und Bundesversammlung gut daran, bei der Behandlung einschlägiger Volksinitiativen die gesetzlichen Fristen zu beachten, *wie wenn diese Verordnungsbestimmung nicht existierte*. Der Bundesrat hat es im Fall der Gletscher-Initiative (II.4) erfreulicherweise vorgemacht.

Was den Stillstand der Sammelfrist bei Volksinitiativen betrifft, so fällt auf, dass sich der Bundesrat bei der Abfederung der Auswirkungen der Pandemie in anderen Regelungsbereichen überwiegend grosszügig gezeigt hat.³⁶ Ausgerechnet im Bereich der direkten Demokratie ist eine eher kleinliche Lösung im Sinne des «Netto»-Prinzips zustande gekommen (Sammelfristenstillstand, dafür Sammelverbot), die zudem unter Strafandrohung steht (II.1 und II.3). Das ist kein Lösungsansatz mit Vorbildcharakter. Umso bedauerlicher ist es, dass man in den Kantonen bereits begonnen hat, die Verordnung des Bundes als Vorlage zu ver-

35 Anders als mit dem Rechtsgedanken des *tempus utile* lässt sich kaum begründen, wie die Sammelfristenstillstandsregelung der Verordnung mit der verfassungsrechtlichen Fristvorgabe in Art. 139 Abs. 1 BV («innert 18 Monaten seit der amtlichen Veröffentlichung») zu vereinbaren ist (wovon der Bundesrat auszugehen scheint).

36 Vgl. Biaggini (Anm. 1), S. 253 f.

wenden.³⁷ Die Kantone sollten sich besser nicht in das demokratiepolitisch bedenkliche Fahrwasser des Bundes begeben.

Anhang*:

Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren

vom 20. März 2020

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf Artikel 185 Absatz 3 der Bundesverfassung¹
und auf Artikel 91 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976² über
die politischen Rechte (BPR),

verordnet:

Art. 1 Stillstand der Fristen

¹ Folgende gesetzlichen Fristen stehen still:

- a. Frist zur Einreichung von Unterschriftenlisten für eine Volksinitiative nach Artikel 71 BPR;
- b. Frist für die Behandlung von Volksinitiativen nach den Artikeln 97, 100 und 105 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002³;
- c. Frist für die Unterbreitung einer Volksinitiative nach Artikel 75a BPR.

SR 161.16

- ¹ SR 101
- ² SR 161.1
- ³ SR 171.10

³⁷ So im Kanton Zürich: (Notstands-)Verordnung (des Regierungsrats) über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren und Wahlen während der Corona-Pandemie vom 1. April 2020 (OS 75, 201; rückwirkend auf den 21. März 2020 in Kraft getreten, vom Kantonsrat am 20. April 2020 genehmigt; für die regierungsrätliche Begründung der Verordnung siehe Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 66 vom 3. April 2020, S. 38). Zu den ausgeschlossenen Verfahrenshandlungen gehören im Kanton Zürich auch die «Vorprüfung und Veröffentlichung der Unterschriftenlisten einer Volksinitiative gemäss §§ 124 und 125 GPR» (§ 3 Bst. a), womit offenbar (anders als im Bund) auch die Lancierung neuer Volksinitiativen förmlich verunmöglicht werden soll.

* AS 2020 847.