

Markus Mohler

Zur Verständlichkeit der Verfassung und ihrer Krisentauglichkeit

Anhand konkreter Entwicklungen während der Pandemiebekämpfung wird der Frage nachgegangen, ob die Bundesverfassung in fundamentalen Aspekten von weiten Teilen der Bevölkerung verstanden wird. Ist verständlich, wie weit Grundrechte reichen, was Sicherheit bedeutet, welche Bundesbehörde welche Befugnisse hat, und sind die Konsequenzen des Föderalismus zu erkennen? Es folgt eine Analyse der Tauglichkeit verfassungsrechtlicher Rechtsetzungsbestimmungen in Bezug auf die Staatsführung durch dringliche Rechtsetzung in einer Krisen- oder gar Notlage. Gewährleisten oder erschweren demokratierechtliche und rechtstaatliche Rechte zeitgerechte Massnahmen?

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Staatsorganisation und Behörden, Übriges Verfassungsrecht, Grundrechte, Landesverteidigung, Militärrecht, Notstand

Zitiervorschlag: Markus Mohler, Zur Verständlichkeit der Verfassung und ihrer Krisentauglichkeit, in: Jusletter 5. Dezember 2022

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Reflexionen über Wahrnehmungen von realen Entwicklungen und ihr Bezug zum Verfassungsrecht im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie
 - 1. Zur Frage nach der Freiheit
 - 2. Zum Verständnis der verfassungsrechtlichen Institutionen
 - 2.1. Vertrauen in die Institutionen
 - 2.2. In Bezug auf die behördlichen Kompetenzregelungen
 - 3. Föderalismus
 - 4. Was bedeutet «Sicherheit»?
 - 5. Was bedeutet Solidarität? Verfassungsrechtliche Pflichten?
 - 6. Zwischenfazit
- III. Fragen zur Tauglichkeit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Krisen oder Notlagen
 - 1. Einleitung
 - 2. Unklarheit der Rechtsetzungskompetenzen
 - 2.1. Organkompetenzen des Bundes
 - a. Institutionell
 - b. Materiell
 - 2.2. Grundrechtseinschränkungen
 - 2.3. Die Föderalismusproblematik
 - 3. Die demokratierechtlichen und rechtsstaatlichen Instrumente
 - 3.1. Zur Befristung von Erlassen
 - 3.2. Referendum
 - 3.3. Beschwerdefähigkeit
 - 4. Auswirkungen auf Staatsführung, Rechtssicherheit und Verständlichkeit
 - 5. Institutionelle Fragen zur Führung in der Krise oder Notlage
 - 5.1. Wer führt auf Bundesebene?
 - a. Führung durch Rechtsetzung
 - b. Operationelle Führung
 - 5.2. Führung im föderalistischen Kontext
 - a. Einbezug der Kantone? Zur föderalistisch-demokratischen Legitimation
 - b. Einbezug der Gemeinden (Feuerwehr, Sanität, Zivilschutz/Bevölkerungsschutz)
 - c. Regelung der Kommunikation
- IV. Braucht es eine Notstandsverfassung?
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Die staatspolitischen Schwierigkeiten: Bedingungen, Auslösung, Umfang und Dauer eines allfälligen Staatsnotstandes – ein Rechtsvergleich (Exkurs)
 - 3. Skizzierung denkbarer ergänzender Bestimmungen für einen allfälligen Staatsnotstand
- V. Abschliessende Betrachtung

I. Einleitung

[1] In mancherlei Zusammenhängen ist nicht mehr zu übersehen, dass die Bundesverfassung¹ und Gesetze – nicht zu reden von zahlreichen Verordnungen – schon von ihrem Text her für einen erheblichen Teil der Bevölkerung, also der hauptsächlichen Rechtsadressatinnen und -adressaten, kaum mehr verständlich sind. Für die BV zeigt es sich schon daran, dass es teilweise mehrbändige Verfassungskommentare und andere, systematisch nach Themen geordnete Werke über sie gibt,

¹ BV, SR 101.

um diese zu interpretieren, «richtig» zu verstehen. Nur ein sehr kleiner Kreis der Rechtsunterworfenen hat dazu aber faktisch Zugang. Vielerlei Ursachen haben dazu beigetragen. So etwa der verstärkte Einfluss des Völkerrechts einschliesslich Grundrechtsschutz, die technologische Entwicklung, veränderte Formen des gesellschaftlichen Zusammenlebens oder Miteinandergehens, aber auch rechtssystematische Vorgaben wie die des Legalitätsprinzips und des Bestimmtheitsgebots, die zu immer stärker ausgeklügelten und daher komplizierteren, nicht aber besser verständlichen Formulierungen führen. Die Rechtswissenschaft und teilweise die Judikatur tragen dazu pflichtbewusst bei: dogmatisch zuweilen auf höchstem Niveau der Gesetzgebungslehre formulierte Erlasstexte übersteigen oft die Fähigkeiten, den eigentlichen Gehalt zu erfassen.² Dadurch ergibt sich eine *Kluft zwischen dem Verständnis und Verstehen von Rechtstexten durch den professionellen «Rechtsstab»³ einerseits und die breite Bevölkerung andererseits*. Dargelegte Erlasserinterpretationen, zumal das Verhältnis mehrerer Bestimmungen zueinander beleuchtend oder Ausnahmen und Ausnahmen von Ausnahmen relevierend, entziehen das Ergebnis solcher Auslegungen der Verständlichkeit und damit dem Verstehen eines Grossteils der Bevölkerung.⁴ Aber auch ober- oder höchstrichterliche Urteile werden von der nächsthöheren Instanz (EMRK) korrigiert, im Ergebnis gar ins Gegenteil gedreht.⁵ Umgekehrt scheint die Fähigkeit, Texte zu verstehen, in weiten Kreisen der Bevölkerung generell abzunehmen.⁶

[2] Daher fragt sich, ob vorab die Verfassung «in einer zeitgemässen und verständlichen Sprache wiedergegeben» ist, wie dies in der Botschaft zur BV 1999 ausgeführt wird,⁷ wenn selbst auf dieser obersten Stufe auf konkreten Fällen basierende gegensätzliche Auslegungen der Verfassungsrechte mit einer gewissen Regelmässigkeit vorkommen. Auch die Zunahme der vom Bundesgericht im gleichen Zeitraum seit dem Inkrafttreten der BV zu beurteilenden Fälle könnte darauf hindeuten, dass die Verständlichkeit des Rechts insgesamt abgenommen hat: Während die Wohnbevölkerung der Schweiz in diesen rund 20 Jahren um 21% zunahm, stieg die Zahl der Fälle am Bundesgericht von 2000 bis 2021 um 53%.⁸

² Vgl. etwa MATTHIAS MAHLMANN, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 6. Auflage, Baden-Baden/Basel 2021, § 30, Rz. 2, 20.

³ Vgl. dazu KARL-LUDWIG KUNZ/MARTINO MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Auflage, Bern 2015, Rz. 253 (mit Verweis auf Max Weber); MANFRED REHBINDER, Rechtssoziologie, 8. Aufl. München 2014, Rz. 3 f., 109 (ebenso mit Verweis auf Max Weber).

⁴ Besonders gross sind die textlichen Probleme im Schengen-Zusammenhang, vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Schengen- und Dublin-Weiterentwicklungen als rechtsstaatliche Herausforderung in der Schweiz, in: Stephan Breitenmoser/Peter Uebersax/Peter Hilpold/ (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, in der EU, in der Schweiz und in einzelnen europäischen Staaten – mit einem Blick auf 70 Jahre Flüchtlingskonvention, Zürich/St. Gallen 2022, 4 ff.; vgl. dazu REHBINDER (Fn. 3), Rz. 126 (S. 129).

⁵ So hin und wieder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), z.B. I.S. gegen Schweiz, Urteil vom 6. Oktober 2020 (no. 60202/15), W.A. gegen Schweiz, Urteil vom 2. November 2021 (38958/16); Communauté Genevoise D'Action Syndicale Cgas gegen Schweiz, Urteil vom 15. März 2022 (21881/20).

⁶ Vgl. Economiesuisse: Abnehmende Lesefähigkeit, Trendwende notwendig, 16. Dezember 2016 (<https://www.economiesuisse.ch/de/artikel/abnehmende-lesefaehigkeit-trendwende-noetig>); PISA-Studie Schweiz 2018, Lesen (<https://www.pisa-schweiz.ch/pisa-2018/ergebnisse/>); Schweiz gegenüber OECD-Mittel unter dem Durchschnitt; Bundesamt für Statistik, Monet 2030: Lesefähigkeit der 15-Jährigen abnehmend (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/nachhaltige-entwicklung/monet-2030/alle-nach-themen/4-bildung/lesefaehigkeit-15-jaehrigen.html>); auf einer Skala von 1–6 erreichten 2018 noch 76,2% im Lesen das Kompetenzniveau 2 (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/nachhaltige-entwicklung/monet-2030/alle-nach-themen/4-bildung/lesefaehigkeit-15-jaehrigen.assetdetail.22845226.html>).

⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (im Folgenden: Botsch. VE 96), 25.

⁸ Geschäftsbericht des BGer vom 7. Februar 2002 über das Amtsjahr 2000, 3: 5'152; Geschäftsbericht des BGer 2021 vom 17. Februar 2022, 8: 7881. Teilweise könnte diese Zunahme auch auf ein gesteigertes Rechtsmittelverständnis

[3] Es stellt sich die Frage nach der Übereinstimmung zahlreicher Gesetzestexte mit dem Rechtsstaatskriterium der *Vorhersehbarkeit von Rechtsfolgen* für das eigene Verhalten: Das Legalitätsprinzip und das Bestimmtheitsgebot verlangen, nicht nur im Strafrecht, dass das Gesetz so präzise formuliert sein muss, «dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. ... Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst, nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode.»⁹

[4] Als Beispiele, in denen dies auch in Bezug auf Verfassungsbestimmungen nicht zutrifft, seien die Urteile i.S. Perinçek: BGer 6B_398/2007 vom 12. Dezember 2007 und das gegenteilige Urteil des EGMR *Perinçek c. Suisse*¹⁰ (Meinungsäusserungsfreiheit), das Urteil BGer 1C_306/2015 vom 14. Oktober 2015 und der gegenteilige EGMR-Entscheid *S.F. gegen Schweiz*¹¹ sowie die in Fn. 5 erwähnten EGMR-Urteile erwähnt.

II. Reflexionen über Wahrnehmungen von realen Entwicklungen und ihr Bezug zum Verfassungsrecht im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie

[5] Bei genauerer Betrachtung haben Reaktionen von Behörden, Rechtswissenschaftlern und erheblichen Teilen der Bevölkerung auf die jüngsten Geschehnisse grundsätzliche Fragen zum Verständnis des Verfassungsrechtes aufgeworfen.

[6] Während der Pandemiebekämpfung in den Jahren 2020 bis 2022 liessen Äusserungen von Behörden ebenso wie Verhaltensweisen und Kommentare verschiedener Gruppierungen und Einzelner tiefgehende und vielschichtige Veränderungen erkennen. Die Veränderungen betreffen das Verständnis der Bundesverfassung und darauf gestützter Gesetze, das Verständnis selbst von unserer Demokratie, was «recht» oder «Recht» ist, den Rechtsgehorsam ebenso wie den Umgang untereinander.

[7] In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die BV von 1999 als eine Art Gesellschaftsvertrag und Grundkonsens,¹² als Grundgesetz,¹³ – wenn auch bei einer sehr geringen Stimmbeteiligung von knapp 36% mit 60% Ja-Stimmen und 12 und zwei halben gegen 8 und zwei halbe Stände überraschend knapp – angenommen worden ist?¹⁴ Dies entspricht rund 21% der Stimmberechtigten. War das ein ignoriertes Signal, dass die Verfassung gar nicht so wichtig sei oder ohnehin nicht verstanden werde?

zurückgeführt werde. Im gleichen Zeitraum nahm die Anzahl der dem Schweizerischen Anwaltsverband angehörenden Rechtsanwältinnen und -anwälte um 70% zu.

⁹ BGE 144 I 242, E. 3.1.2 (Hervorhebung hier); BGer 2C_60/2018, Urteil vom 31. Mai 2019, E. 6.3; BGer 8C_150/2017, Urteil vom 7. August 2017, E. 6.1; vgl. auch FULLER LON, *The Morality of Law*, Rev. Ed. 1969, 14th Reprinting, New Haven/London 1977, 33 ff; MAHLMANN (Fn. 2), § 17, Rz. 31; REHBINDER (Fn. 3), Rz. 129. (S. 131).

¹⁰ GC, no. 27510/08, vom 15. Oktober 2015.

¹¹ No. 23405/16, vom 30. Juni 2020.

¹² Botsch. VE 96 (Fn. 7), 11.

¹³ Botsch. VE 96 (Fn. 7), 30.

¹⁴ BBl 1999 5986.

1. Zur Frage nach der Freiheit

[8] Ein erster Kristallisationspunkt ist das *Verständnis von Freiheit*.¹⁵ Der Normtext von Art. 10 Abs. 2 BV wird von vielen *wörtlich und absolut verstanden*, nicht im Kontext mit möglichen rechtmässigen Einschränkungen. *Freiheit* wird daher vielfach, stellvertretend von der Gruppe «Freunde der Verfassung», *nicht mehr als ein verhältnisabhängiger Wert und als verhältnisabhängiges Grundrecht* begriffen. Ihre philosophisch und logisch umrissene Dimension¹⁶ wird verkannt oder ignoriert und stattdessen aus ihr ein unantastbarer ideologischer, umfangreicher Kernanspruch der Einzelnen abgeleitet.¹⁷ Demgegenüber enthält das Grundrecht der persönlichen Freiheit jedoch «keine allgemeine Handlungsfreiheit, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf seine persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen kann».¹⁸ Statt Handlungsfreiheit entspricht *Verhaltensfreiheit* der Bedeutung dieser Aussage besser, denn es geht nicht nur um das Handeln, sondern auch um das (Unter)Lassen gebotenen Verhaltens. Die uneingeschränkte Bedeutung der persönlichen Freiheit wurde jedoch auch von solchen vertreten, die sich nicht gegen die Massnahmen zur Pandemiebekämpfung wehrten, aber jede durch eine grund- und verfassungsrechtlich austarierte Rechtsetzung auferlegte staatliche Einschränkung ablehnten.¹⁹ Dabei ging es nicht nur um schwerwiegende Beeinträchtigungen, sondern bspw. um die Masken- oder die Zertifikatspflicht.²⁰ Dadurch wird das *Verständnis des grundrechtlichen Gehalts der persönlichen Freiheit einseitig ins Uferlose ausgeweitet*. Dies führt zu einer Kluft zwischen dem einmal mehrheitlich akzeptierten Recht und utopischen Vorstellungen Einzelner.²¹

[9] Wenn dieses Verständnis von Freiheit nur eine kleine Minderheit verträte, könnte man darüber noch hinweggehen. Doch haben immerhin, wenn auch nicht alle aus identischen Gründen, in der ersten Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 das Covid-19-Gesetz (Fassung vom 25. September 2020) knapp 40% der Stimmenden und acht ländliche Kantone²² (bei einer Stimmbeteiligung von 65%)²³ abgelehnt; in der zweiten Abstimmung vom 28. November 2021 (Stimmbeteiligung 65,7%) über das nämliche Gesetz, in der Fassung vom 19. März 2021, betrug der Nein-Stimmenanteil aus solchen Gründen²⁴ 38% der Stimmenden.²⁵ Das ist deutlich mehr als

¹⁵ MARKUS MÜLLER, Von Freiheit, Überforderung und Bumerangen, ZBl 2022, 1 (im Folgenden: Freiheit).

¹⁶ Vgl. etwa Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, 1. Satz.

¹⁷ «Bedingungslose Anwendung der in der Schweizer Bundesverfassung garantierten Grundrechte» (<https://verfassungsfreunde.ch/de/verein/#unsere-charta>).

¹⁸ BGer 1C_195/2019, Urteil vom 29. Januar 2020, E. 3.2; MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, Comm.fom. Cst. féd., art. 10, ch. 11; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (SGK), Rz. 38 zu Art. 10 BV; AXEL TSCHENTSCHER, BSK-BV, Rz. 323 zu Art. 10 BV.

¹⁹ Vgl. DANIEL GERNY, Sondervorschriften für dritten Krisenwinter, NZZ v. 12. September 2022, 7, mit Zitat aus einer Aussage in sozialen Medien: ««Ich stehe ein für eine diktaturfreie Schweiz», was nach MARKUS SCHEFER ernst zu nehmen sei. Vgl. dazu die Vox-Analyse in Fn. 24.

²⁰ Tibor Szvircsev Tresch/Andreas Wenger (Hrsg.), Sicherheit 2022, Zürich (ETH) 2022 (im Folgenden: CSS Sicherheit 2022), 220.

²¹ Vgl. DANIEL THÜRER, in: NZZ vom 17. November 2021, 19.

²² Vgl. auch STEFAN G. SCHMID/MICHA HERZOG, Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand, Ein Blick auf das Covid-19-Gesetz und das nachträgliche Referendum anlässlich der Volksabstimmung vom 28. November 2021, in Jusletter 22. November 2021, Rz. 6.

²³ BBl 2021 2135.

²⁴ BBl 2022 894 (4 f./6). Vgl. zu den Motiven der Ablehnenden die Vox-Analyse 2021 betr. die Covid-Abstimmungen (<https://www.aramis.admin.ch>), 43 f.: 56% stimmten aus politischen Gründen (Missbrauchspotential, mehr Freiheit allgemein, Unzufriedenheit mit dem Bundesrat) mit einem Nein.

²⁵ Darunter ein Kanton und ein Halbkanton mit Nein-Mehrheiten (BBl 2022 894 [5/6]).

ein Drittel der Stimmenden oder ein Viertel aller Stimmberechtigten.²⁶ Diese Ablehnung kann mit der Priorisierung der persönlichen Freiheit gegenüber der persönlichen Sicherheit in Verbindung gebracht werden, wie diese in Meinungsumfragen zum Ausdruck kommt.²⁷

[10] Zur Priorisierung der Freiheit gegenüber der Sicherheit steht allerdings der Beschluss der beiden *Ratsbüros* der Eidg. Räte vom 15. März 2020, die Session «aufgrund der sich rapide verschlechternden Coronavirus-Situation» abubrechen,²⁸ in einem deutlichen Kontrast.²⁹

[11] Indessen fragt sich zunächst, ob die sachbezogenen, die rechtlichen und politischen Diskussionen über Verfassungsbestimmungen in der Öffentlichkeit einen grossen Teil der Bevölkerung überhaupt erreichen. Ein Überdenken dessen, *was Freiheit bedeutet* und wie deren *Grenzen* auch und gerade in einer sehr freiheitlichen Staatsordnung *verständlich zu machen* sind, ist nach den gemachten Erfahrungen nötig. Das scheint mindestens teilweise auch mit der Systematik der Verfassung zusammenzuhängen:³⁰ erst in der letzten, kaum bekannten Bestimmung des Grundrechtskataloges (Art. 36) werden die auch nicht leicht verständlichen Möglichkeiten bzw. Anforderungen von Grundrechtseinschränkungen aufgeführt.

2. Zum Verständnis der verfassungsrechtlichen Institutionen

2.1. Vertrauen in die Institutionen

[12] Ein zweiter Kristallisationspunkt betrifft das Vertrauen in die demokratischen verfassungsrechtlichen Institutionen, in die behördenkonforme Wahrnehmung der Aufgaben des Staates, vom Ermitteln der Abstimmungsergebnisse bis zur Zuordnung der behördlichen Kompetenzen. Wenn es einer Minderheit gelingt, medial Misstrauen in die Zuverlässigkeit der Stimmenauszählung zu sähen,³¹ dann bedeutet dies ein Sägen an den Grundfesten des seit 170 Jahren bewährten, bisher unbestrittenen Modells der demokratischen Mehrheitsfeststellung in diesem Land.

[13] Höchst bedenklich sind die zunehmenden Gewaltanwendungen und die *Gewaltandrohungen gegenüber Andersdenkenden*³² sowie *Politikerinnen und Politikern*.³³ Dass Bundesräte, Parlamentar-

²⁶ In der Abstimmung vom 13. Juni 2021 haben in den Kantonen Schwyz und Appenzell Innerrhoden 60% ein Nein eingelegt, BBl 2021 2135, 3/8; vgl. auch SCHMID/HERZOG (Fn. 22), Rz. 6.

²⁷ Vgl. dazu CSS Sicherheit 2022 (Fn. 20), 217: für 45% ist persönliche Freiheit wichtiger als persönliche Sicherheit.

²⁸ https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2020/20200315182920975194158159041_bsd105.aspx.

²⁹ Im Gutachten FELIX UHLMANN/MARTIN WILHELM z.H. der Sozialdemokratischen Fraktion betr. Sessionsabbruch und Einberufung einer ausserordentlichen Session vom 16. April 2020 kommen die Gutachter zum Schluss, «im Ergebnis erscheint der Abbruch der Session aus unserer Sicht nicht als gerechtfertigt» (Rz. 36). Vgl. auch NZZ vom 24. April 2020, 12. Die Lektüre der Argumente im Gutachten führt zu zwei Anmerkungen: einerseits hat der Gesetzgeber in Bezug auf die Regelung eines allfällig nötigen Abbruchs einer Session nicht an eine ausserordentliche Lage gedacht, andererseits sind Situationen denkbar, in denen eine sofortige Beschlussfassung der Räte nicht möglich ist (bspw. Wochenende), danach jedoch aus gut vorstellbaren Gründen zumindest einem erheblichen Teil der Parlamentsmitglieder (z.B. eines ganzen Landesteils) die Teilnahme nicht möglich ist.

³⁰ REHBINDER (Fn. 3), Rz. 129 (S. 131).

³¹ Mehrere Medien Mitte November 2021 (z.B. nau.ch am 16. 11. 2021; Tagesanzeiger vom 17. November 2021, Blick vom 19. November 2021).

³² Vgl. NDB, Sicherheit Schweiz 2022 (<https://www.vbs.admin.ch/content/vbs-internet/de/vbs/organisation-des-vbs/die-verwaltungseinheiten-des-vbs/-der-nachrichtendienst-des-bundes.download/vbs-internet/de/documents/nachrichtendienst/lageberichte/Lagebericht-NDB-2022-d.pdf>), 51.

³³ Verstärkter Personenschutz für Politikerinnen und Politiker (z.B. nau.ch vom 24. Juni 2020).

rierinnen, Richterinnen des Personenschutzes bedürfen³⁴ und das Bundeshaus mit polizeilichen Absperungen geschützt werden muss,³⁵ ist für das halbdirektdemokratische Land ein Alarmzeichen³⁶ und ein Indiz dafür, dass die vielen demokratierechtlich gut und leicht möglichen Vorbringen von Opposition verkannt oder ignoriert werden.

2.2. In Bezug auf die behördlichen Kompetenzregelungen

[14] Nicht nur Bürger mit wenig staatsrechtlichen Kenntnissen, sondern auch Politiker und Rechtswissenschaftler haben während der Pandemiebekämpfung sowohl dem Bundesrat wie dem Parlament vorgeworfen, nicht verfassungskonform Beschlüsse gefasst zu haben. In Bezug auf die kurze ausserordentliche bzw. besondere, also nicht normale Lage (Art. 6 f. EpG³⁷) haben auch Verfassungsrechtler von einem verfassungswidrigen Gesetz³⁸ und von «Vollmachtenbeschlüssen» geredet, dem indessen widersprochen worden ist³⁹. Politiker sprachen von Diktatur des Bundesrates⁴⁰, parlamentarischer Diktatur und Willkür der Verwaltung.⁴¹ Es geht hier nicht um die Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit, es geht um die Frage nach dem *Verständnis der Substanz von Demokratie und Rechtsstaat* oder andersherum: um die teilweise bewusste *Infragestellung* der verfassungsrechtlichen Regelungen. Eine solche Polemik ist nicht verboten, aber sie schadet dem demokratischen Rechtsstaat, der deliberativen Diskussion um bestmögliche Problemlösungen. Parlamentarier wollten die *Befugnisse des Bundesrates zum Führen in der Krisenbewältigung* einschränken und *zum Parlament verlagern*⁴², ohne dabei die zeitlichen Komponenten, die *Dringlichkeiten zur Begrenzung schwerwiegender Schäden* bei rasch ändernden Entwicklungen auf der einen und der Langsamkeit der parlamentarischen Beschlussfassung auf der anderen Seite zu würdigen.

3. Föderalismus

[15] Ein dritter Kristallisationspunkt lässt sich im *Umgang mit dem Föderalismus* bzw. der *bundesstaatlichen Kompetenzzuordnung* erkennen. Offensichtlich spielten, sich gegenseitig überlagernd und auch oft widersprechend, unterschiedliche Faktoren eine Rolle, so die *Zuordnung der po-*

³⁴ Fedpol Jahresbericht 2021 (<https://fedpol.report/de>), «Blaue Bohnen»: 2021 1'215 Drohungen gegenüber Magistratspersonen, was einer Zunahme von 37% gegenüber 2020 entspricht; vgl. auch Sonntagszeitung vom 20. November 2022: Drohungen gegenüber Bundesrat.

³⁵ SRF vom 17. September 2021 (<https://www.srf.ch/news/schweiz/angriff-auf-das-bundeshaus-sicherheitsdirektorausage-eine-rote-linie-wurde-ueberschritten>).

³⁶ SRF Tagesschau vom 17. September 2021.

³⁷ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, SR 919.101).

³⁸ ANDREAS KLEY, Der Bundesrat kann, kann, kann... Die Änderung des Covid-10-Gesetzes ist ein weiterhin verfassungswidriges Vorhaben, in: NZZ vom 20. Oktober 2021, 17.

³⁹ GEORG MÜLLER/RENÉ RHINOW, Das Covid-19-Gesetz ist nicht verfassungswidrig, in: NZZ vom 10. November 2021, 18.

⁴⁰ So der SVP-Präsident, in: 20 Minuten vom 24. Februar 2021.

⁴¹ So CHRISTOPH BLOCHER, in: NZZ vom 16. August 2021, 8.

⁴² Vgl. Pa.Iv. vom 6. Mai 2020 (20.430), abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen (im Plenum des NR noch nicht behandelt); Pa.Iv. vom 18. Juni 2020 (20.452), Notrecht durch Parlament innert Tagen zu genehmigen (im NR keine Folge gegeben (15.1.2021); Pa.Iv. vom 18. Dezember 2020 (20.503), a.o. Lage durch Parlament festzustellen (keine Folge gegeben, 16. Mai 2021). Stand: 17. Oktober 2022.

litischen Verantwortung für bestimmte Massnahmen,⁴³ die Übernahme der Kosten für die Umsetzung von Massnahmen⁴⁴ oder einfach die Nähe der kantonalen Behörden zu ihrer Wählerschaft als unmittelbare Vertreter spezifischer Interessen. Populäre vermochten zuweilen demokratisch-rechtsstaatlich gestützte Argumente für Einzelentscheide zu übersteuern.⁴⁵ Die föderalistische Kompetenzteilung zwischen demokratiepolitisch hochgelobt und *anarchischem* (OLIVER ZIMMER) «Flickenteppich», drohte, rechtzeitige und wirkungsvolle Massnahmen für eine Krisen- oder Notlagebewältigung zu unterlaufen oder gar zu verunmöglichen. So sehr der Föderalismus auch ganz überwiegend geschätzt wird, so sehr begegnen dessen Konsequenzen Unverständnis, wenn im zusammengewachsenen Nachbardorf oder gar auf der gegenüberliegenden Strassenseite unterschiedliche Vorschriften gelten.⁴⁶

[16] Damit stellt sich die Frage, ob die derzeitige Ausgestaltung des Föderalismus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Geeignetheit) noch entspricht und damit *in einer Krisenlage tauglich* ist oder zum Erreichen übergeordneter Ziele an seine hindernden Grenzen stösst.

4. Was bedeutet «Sicherheit»?

[17] Unklar geworden ist sodann, *was unter «Sicherheit» verstanden*, wie sie umschrieben wird, welche Lebensbereiche dazu gezählt und worauf gestützt deren Bedrohungen erkannt und analysiert werden. Oder erneut andersherum: ob «Sicherheit» einem normativen Begriff noch zugeordnet werden kann. Mit Definitionen oder Umschreibungen allein ist den Schwierigkeiten nicht beizukommen. So ist u.a. ein starker *Antagonismus zwischen individueller und kollektiver Sicherheit* festzustellen. An die *individuelle Sicherheit* im Nahraum werden sehr hohe Anforderungen gestellt (auch wenn in Umfragen die persönliche Freiheit noch höher gewichtet wird), man denke an die im Zusammenhang mit der Bekämpfung häuslicher Gewalt in Polizeigesetzen nun eingerichteten Bedrohungsmanagements.⁴⁷ Derweil wird (oder wurde) bislang der *kollektiven Sicherheit*, der Verteidigungsfähigkeit der Schweiz viel geringere Bedeutung zugemessen.⁴⁸ Ebenso besteht eine Kluft zwischen individuellen und kollektiven Anstrengungen, Sicherheit zu gewährleisten bzw. Gefahren abzuwehren.⁴⁹ Sieht man von der pandemiebedingten Lage ab, zeigt sich mit Blick auf

⁴³ Vgl. Konferenz der Kantone (KdK), Schlussbericht: Zusammenarbeit von Bund und Kantonen in der Covid-19-Epidemie: Schlussfolgerungen und Empfehlungen, (<https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/themen/covid-19/krisenmanagement/Bericht-4310-5-20220429-Covid-19-Epidemie-DE.pdf>), 9: «...sind... die Rollen und Verantwortlichkeiten von Bund und Kantonen mit Unsicherheiten behaftet, die letztlich zu einer Erschwerung des Krisenmanagements führen können. Dies zeigte sich, als sich... Bund und Kantone gegenseitig die Verantwortlichkeiten zugeschoben haben.»

⁴⁴ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Schlussbericht der KdK «Zusammenarbeit von Bund und Kantonen in der Covid-19-Epidemie: Schlussfolgerungen und Empfehlungen» vom 12. Oktober 2022 (im Folgenden: BR Stn. KdK) <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90658.html>), 5.

⁴⁵ Z.B. betr. Bewilligung grosser Sportveranstaltungen durch einen Kanton entgegen der gültigen Regelung.

⁴⁶ Vgl. BR Stn. KdK (Fn. 44), 3.

⁴⁷ Christian Schwarzenegger, Reinhard Brunner (Hrsg.), Gewalt gegen Frauen, Fachtagung Bedrohungsmanagement, Tagung 2019, Zürich (EI), 2021; z.B. §§ 47d ff. Polizeigesetz Basel-Landschaft, (SGS 700); Gewaltschutzgesetz vom 19. Juni 2006 des Kantons Zürich (OB 351); Änderung des Polizeigesetzes Basel-Stadt vom 19. Mai 2021 (Geschäft 18.1673), Bedrohungsmanagement (§§ 61a – i, noch nicht in Kraft).

⁴⁸ Die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge wurde mit 50,1% Ja-Stimmen gebilligt (BB1 2020 8771, 8776); Eidgenössische Volksinitiative «Gegen den F-35 (Stopp F-35)» (BB1 2021 1982, BB1 2022 2002).

⁴⁹ S. dazu nachfolgend, Ziff. 6.

den Sicherheitspolitischen Bericht 2021,⁵⁰ dass *Bedrohungsanalysen* auch nach innenpolitischen *Wünschen*⁵¹ verfasst worden sind.

[18] In der öffentlichen Diskussion um die Verfassungsmässigkeit bestimmter Massnahmen zur Minderung der Massnahmenfolgen der Pandemiebekämpfung ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob Art. 185 Abs. 3 BV («eingetretene oder unmittelbar drohende schwere Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit») auch soziale Notlagen umfasse.^{52,53} Sie wurde kontrovers beantwortet.⁵⁴

5. Was bedeutet Solidarität? Verfassungsrechtliche Pflichten?

[19] Darüber hinaus stellt sich die Frage, zu welchen Beiträgen die Gesellschaft in der normierten Form des Staates die Einzelnen verpflichten, d.h. deren Freiheit diesbezüglich einschränken darf und kann. *Freiheit* ist, wie erwähnt (Ziff. II/1), ein philosophisch und logisch erklärbares *soziales Konstrukt* und ein in seinem Umfang umstrittener *normativer Begriff*. Er kann nicht ausschliesslich auf die Abwehr jeglicher Einschränkungen der individuellen Willensausübung reduziert werden; er bedeutet – wie erwähnt – keine allgemeine Verhaltensfreiheit. *Freiheit setzt Verantwortung voraus*, die Würde und die *Freiheit der anderen, auch die Rechte der Allgemeinheit zu respektieren*,⁵⁵ also sich selber einzuschränken. Grundlegende Aufgabe, ja Daseinsberechtigung des Staates ist die bestmögliche Gewährleistung von Sicherheit, von (sozialem) Frieden, von gerechter Ordnung, die *Abwehr von Gefahren*. Dass dies der demokratische «*Staat*» nicht als *Abstraktum* verwirklichen kann, sondern nur durch Beiträge aller, die in diesem Staat leben, zu leisten vermag, scheint einem Teil der Bevölkerung fremd geworden zu sein. Zur Sicherung eines *gemeinwohlorientierten Freiheitsverständnisses*⁵⁶ gehört daher auch die Pflicht, im Rahmen des Möglichen aktiv dazu solidarisch beizutragen.⁵⁷ So wird auch der *Klimawandel* bzw. die Milderungen der Auswirkungen desselben Freiheitseinschränkungen in Form von Verzicht auf bisher Selbstverständliches unumgänglich machen.⁵⁸ Noch deutlich stärkere direkte oder indirekte Einschränkungen verschiedener Freiheiten drohen durch die *geopolitische Lageentwicklung*, vorab wegen der *schwerstwiegenden Völkerrechtsverletzungen* durch den Aggressionskrieg Russlands gegen die Ukraine samt dessen Folgen und Gewaltandrohungen auch gegen EU bzw. NATO-Mitgliedstaaten. Nicht nur hinzunehmende

⁵⁰ SIPOL B 2021, BBl 2021 2895.

⁵¹ Vgl. PÄRVI PULLI, Interview, in *stratos* (militärwissenschaftliche Zeitschrift der Schweizer Armee) 1/2021, 56.

⁵² Vgl. nachfolgend Ziff. III/2/b. Ferner: NZZ vom 24. April 2020, 12, und vom 6. Mai 2020, 12.

⁵³ In zahlreichen Kantonsverfassungen sind zur Begründung verfassungsunmittelbarer Verordnungen durch die Exekutive «soziale Notstände» explizit aufgeführt (BE, LU, SZ, SO, BL, SH, AR, GR, AG), in anderen wurden ähnliche, teilweise weiter gefasste Formulierungen verwendet (GL, FR, VD, GE). Vgl. dazu auch Ziff. II/2.1/b.

⁵⁴ Vgl. dazu Ziff. III/2.1/b.

⁵⁵ MARKUS MOHLER, *Polizeiberuf und Polizeirecht im Rechtsstaat*, Bern 2020, (im Folgenden: *Polizeirecht-Rechtsstaat*), 80.

⁵⁶ MÜLLER, *Freiheit* (Fn. 15), 2.

⁵⁷ Vgl. EGMR *Vavika and others v. The Czech Republic*, Urteil (GC) vom 8. April 2021 (47621/13), Ziff. 279 («encompassing the value of social solidarity»), 281 f., 306 («as a matter of legal duty and in the name of social solidarity»), 309, 311. Siehe dazu auch vorstehend Ziff. II/1.

⁵⁸ MÜLLER, *Freiheit*, a.a.O.

Verzichte,⁵⁹ sondern auch die Regelung von *Pflichten zu aktiven Leistungen* über derzeit geltendes Recht hinaus könnten bald notwendig sein.

[20] Der schwach formulierte Art. 6 BV trägt bisher nicht dazu bei.⁶⁰ Eine *Gesamtzusammenhänge* und die *Unausweichlichkeit von individuellen Rechtspflichten verständlich aufzeigende Norm* sollte im demokratischen Prozess erarbeitet werden. Dazu gehört auch eine Überprüfung der Systematik im Grundrechtskatalog, welche die *Verhältnisabhängigkeit und damit Einschränkung der Grundrechte besser einsichtig machen* sollte. Auch wenn der Staat und die Gesellschaft nicht ein- und dasselbe sind, so hat die Schweiz mit den direkten Mitbestimmungsmöglichkeiten einen so hohen Integrationsgrad erreicht, der das stimmberechtigte Volk als sich selber regulierender Souverän und oberste Rechtsetzungsinstanz zum entscheidenden Staatsteil macht.⁶¹

6. Zwischenfazit

[21] Die Pandemiebekämpfung hat unvermittelt offengelegt, dass vieles, was bisher als «gegeben», als «selbstverständlich» angesehen worden ist, hinsichtlich eines zu grossen Anteils der Bevölkerung auf einem Irrtum beruht. Was in Auslegung von Verfassung und Gesetzen durch Judikatur und Literatur als Recht herausgearbeitet worden ist, erweist sich insofern als *fragil*, als solche (abstrakten) Erkenntnisse entweder bei einem zu grossen Teil der Bevölkerung nicht ankommen, missinterpretiert oder (wenn diese einen konkret betreffen) negiert werden. Einseitige oder bloss emotional gesteuerte Betrachtungsweisen, auch das geschürte *Misstrauen gegenüber Behörden, Misstrauen selbst gegenüber gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen* bis zu *Verschwörungstheorien* erlangen einen übermässig grossen Einfluss. Der *sachliche Meinungsbildungsprozess* im deliberativ-demokratischen Staatsgebilde wird dadurch *gestört*.

[22] Es scheint, dass die lange Fortentwicklung des liberalen und sozialen basis-demokratischen Rechtsstaates, der auf alle erdenklichen Möglichkeiten Rücksicht nimmt, d.h. die dafür notwendige *Rechtsordnung als Ganze* (RHINOW) – unter Einbezug völkerrechtlicher Bindungen – für einen grossen Teil der Bevölkerung *zu kompliziert, unverständlich* geworden ist. Die Grundlagen, die Grundwerte und Grundrechte selber, die Grundstrukturen (Föderalismus, Behördenzuständigkeiten) werden in Zweifel gezogen, relativiert, uminterpretiert oder gar abgelehnt, was vom sachlichen Argumentieren zu entbinden verleitet. Dies erleichtert das Verkünden von Verschwörungstheorien ebenso wie das Verunglimpfen faktenbasierter Erkenntnisse durch gewisse Kreise.

[23] Die Schweizer Bevölkerung ist stolz darauf, selber über Verfassungen und Gesetze entscheiden zu können. *Hat sich zwischen dem, was die Stimmberechtigten selber entscheiden konnten und können, und dem, was sie hinterher darunter verstehen, eine Kluft* aufgetan? Und ist ein wesentlicher Teil der Stimmberechtigten *nicht mehr willens, Mehrheitsentscheide zu akzeptieren*? Beklemmende Fragen in unserer halb-direkten Demokratie. Damit bleibt ebenso zu fragen, ob die BV auf

⁵⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. 6. 2022 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-89555.html>); SRF vom 29. 6.2022 (<https://www.srf.ch/news/schweiz/keine-eigenen-gasspeicher-so-will-der-bundesrat-eine-drohende-energiekrise-verhindern>); NZZ v. 20. Juni 2022, 7 (Wem wird zuerst der Gashahn zugedreht?).

⁶⁰ MÜLLER, Freiheit (Fn. 15), 1 m.w.N.

⁶¹ DANIEL KÜBLER, Schweizerische Demokratie im internationalen Vergleich, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (im Folgenden: VdS), Bd. 1, II/2. N 2020, 7, 16 f., 32; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER ÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 236 ff.

rechtswissenschaftlich bestmöglichem Niveau die Bevölkerung erreicht, wenn deren verhältnismässig einfache Grundlagen in Zweifel gezogen oder gar abgelehnt werden. Ist die BV so «bürger-nah», wie BIAGGINI⁶² annimmt? Führt nicht gerade die *dogmatische Kompliziertheit zu Unverständlichkeit, Unverständnis und Ablehnung*? Oder konkreter gefragt: Hat die Bundesverfassung den ersten Stresstest in den ersten zwanzig Jahren ihrer Gültigkeit nicht bestanden? Liefert sie so, wie sie vorliegt, die von der Mehrheit akzeptierte grundgesetzliche Basis auch für eine Krisenbewältigung, für die Gewährleistung von Sicherheit als staatliche Kernaufgabe, unter bestmöglicher Bewahrung der Grundrechte? Zweifel drängen sich auf. Ein erstes Fazit zog die NZZ: «Corona macht deutlich, dass die geltende Rechtsordnung nicht auf die Bewältigung von Krisen der jetzigen Grössenordnung ausgerichtet ist».⁶³

III. Fragen zur Tauglichkeit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Krisen oder Notlagen

1. Einleitung

[24] Eine Fülle von rechtswissenschaftlichen Aufsätzen zu unterschiedlichen Fragen über die Verfassungsmässigkeit der Rechtssetzung und deren Umsetzung während der Covid-19-Pandemiebekämpfung wurde innert kurzer Zeit publiziert.⁶⁴ Daher werden im Folgenden mehr summarisch – nach Themenbereichen – die Schwierigkeiten der Bewältigung von Krisen oder gar Notlagen nach dem geltenden Verfassungsrecht aus *sicherheitsrechtlicher Perspektive* angesprochen.

[25] Es fällt zunächst auf, dass in fast allen Beiträgen *ausschliesslich auf diese* Krisenlage der Bekämpfung einer Pandemie Bezug genommen wird. Dies ist insofern bemerkenswert, als einerseits just für den «Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten» (Art. 1 EpG) bzw. «den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen» (Art. 2 Abs. 1 EpG) ein Bundesgesetz erlassen worden ist und konkrete völkerrechtliche Vorschriften bestehen,⁶⁵ während für andere Krisen- oder gar Notlagefälle dies – mit Ausnahme von Art. 34 des Landesversorgungsgesetzes⁶⁶ – so nicht der Fall ist.⁶⁷ Andererseits wird die durchaus *mögliche Überlagerung mit anderen Krisen oder Notlagen* (Stromausfall, andere Mangellagen, Cyberangriffe mit Lahmlegung kritischer Infrastrukturen [Verkehr, Elektronik, Notfalldienste, medizinische Einrichtungen], Naturereignisse/Katastrophen [einschliesslich Erdbeben], Terrorangriffe) *ausgeblendet*.⁶⁸ Es wurden auch demokratischen und/oder föderalistischen Erfordernissen besser ent-

⁶² OFK-BV, Einleitung, Rz. 10; vgl. auch RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, 128 («Die Bundesverfassung zeichnet sich im Allgemeinen um einen klaren verständlichen Text aus...»).

⁶³ GERNY, Notrechts-Exzess wird staatspolitisches Problem, NZZ vom 24. April 2020, 12; Vgl. dazu Gegenargumente zu einzelnen Kritikpunkten in: NZZ vom 6. Mai 2020, 12.

⁶⁴ Vgl. etwa die Sondernummer «Pandemie» der Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2020.

⁶⁵ So die Internationalen Gesundheitsvorschriften (2005), SR 0.818.103.

⁶⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über die wirtschaftliche Landesversorgung (LVG, SR 531).

⁶⁷ Im Parlament beraten wird derzeit das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), Geschäft 21.047, vom Ständerat am 29. September 2022 angenommen. Dessen Verfassungskonformität wurde im Rat teilweise bezweifelt (AB 2022 S 846, 850, 855, 866 f., 871).

⁶⁸ Dies könnte auch damit zusammenhängen, dass bisher die grossen Führungsübungen des Bundes immer von einer einzelnen Krisenursache ausgegangen sind (SVU 20919: andauernde Terrorbedrohung, SFU 2017: Terrorismus, SFU 2013: Cyberattacke, SFU 2009: Strommangellage, SFU 2005: Epidemie, SVU 1997: Informationsrevolution (vgl. Auswertungsbericht SFU 17 vom 9. Mai 2018, 5 [<https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/>]).

sprechende Mechanismen vorgeschlagen, die stillschweigend vom problemlosen Funktionieren aller üblichen Institutionen, Mittel und Wege ausgehen. Das erscheint realitätsfremd.

2. Unklarheit der Rechtsetzungskompetenzen

2.1. Organkompetenzen des Bundes

[26] Die BV kennt insgesamt drei Rechtsetzungsverfahren, die nicht dem üblichen Gang in normalen Lagen (Art. 164, 182 BV) entsprechen: Die Gesetzgebung bei Dringlichkeit (Art. 165 BV), die «weiteren Aufgaben und Befugnisse» der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 lit. a – e BV) und die Kompetenzen des Bundesrates nach Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV. Im Zentrum stehen die Bestimmungen der Art. 173 Abs. 1 lit. c und Art. 185 Abs. 3 BV. Die erste befugt das Parlament, «wenn ausserordentliche Umstände es erfordern» zur «Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität» (gemäss lit. a) oder «zur Wahrung der inneren Sicherheit» (gemäss lit. b) Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse zu erlassen. Die zweite ermächtigt den Bundesrat, Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, «um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen». Hier bestehen hinsichtlich der Voraussetzungen bereits Auslegungsdifferenzen: In der Literatur wird ausgeführt, für die Annahme ausserordentlicher Umstände seien die gleichen Voraussetzungen wie sie in Art. 185 Abs. 3 umschrieben sind, anzunehmen.⁶⁹ Das steht jedoch nicht fest: Das Parlament folgte damals in Bezug auf die bundesrätlichen Befugnisse dem restriktiveren Vorschlag der Kommission, wie er jetzt in Art. 185 Abs. 3 zu finden ist, gegenüber jenem im Entwurf.⁷⁰

[27] Durchwegs werden diese Bestimmungen dem intrakonstitutionellen «Notrecht» (Notverordnungs- und Notverfügungsrecht) zugeordnet,⁷¹ wiewohl der Begriff in der Botschaft ausschliesslich dazu gebraucht wird, um darzutun, dass Art. 173 Abs. 3 VE 96 (nun Art. 185 Abs. 3) gerade «keine Grundlage für den Erlass echten Notrechts» sei.⁷² Es wird in der Literatur aber auch deutlich gemacht, dass die Ausdrücke mit «Not» problematisch, unscharf, missverständnisträchtig, ja entbehrlich seien.⁷³ In der Botschaft wird bezüglich Art. 185 (VE 96: Art. 173) ausgeführt, die Bestimmung ermächtige den Bundesrat zu *verfassungsunmittelbaren* Verordnungen und Verfügungen, wenn «es ausserordentliche Umstände erfordern».⁷⁴ «Verfassungsunmittelbar» kann

strategische-fuehrungsunterstuetzung/strategische_fuehrungsuebung/Auswertungsbericht%20SFU%2017%20-%20DE%20-%20definitiv.pdf.download.pdf/Auswertungsbericht%20SFU%2017%20-%20DE%20-%20definitiv.pdf)). Dazwischen fand die zweitägige Strategische Führungsausbildungsübung 2002 («HEMOZI») mit einer mehrfachen Thematik statt, die sehr durchzogene Ergebnisse zeitigte. Schon damals wurde u.a. danach gefragt: wer führt?

⁶⁹ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 173 N 13, BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, Rz. 49; weniger eindeutig: GONIN, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey, Constitution fédérale, Basel 2021 (im Folgenden: Comm. romand Cst.), Art. 173, Rz. 48 bzw. 49); ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, in: Sondernummer «Pandemie» der ZSR (2020), 9 ff., 33.

⁷⁰ VE VK-N, 59 [Art. 173 Abs. 3]; AB N Verfassungsreform, 115 f.; AB S Verfassungsreform, 194.

⁷¹ Vgl. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 173, N 12, Art. 185, N 9; GONIN, Comm. romand Cst. (Fn. 69), Art. 173, N 52, Art. 185, N 86; BSKBV-KÜNZLI, Art. 173, Rz. 48, Art. 185 Rz. 1.

⁷² Botsch. VE 96 (Fn. 7), 399 und 419.

⁷³ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 185, N 9; DERS., «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3, in: ZBl 121/2020, 239 ff., (im Folgenden: Notrecht), 241; SAXER, SGK, Rz. 10, Art. 185, Rz. 10.

⁷⁴ Botsch. VE 96 (Fn. 7), 419.

hier nur bedeuten, dass sich die Beschlüsse auf Verfassungsbestimmungen stützen können müssen.

[28] Damit steht nur fest, dass *Art. 185 Abs. 3 BV kein Notrecht i.S. eines (Staats-)Notstands-Rechtes* ist und die Voraussetzungen enger zu interpretieren sind als bei Art. 173 Abs. 1 lit. c BV.

a. Institutionell

[29] Die *Organkompetenz des Bundesrates* gemäss Art. 185 Abs. 3 BV, seine institutionelle Zuständigkeit, hängt neben dem Vorhandensein der Ursache vom *Zeitfaktor*, der *Dringlichkeit*, ab.⁷⁵ Sie konkurriert mit der Kompetenz der Bundeversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV.⁷⁶ Es geht um das *Mass der zeitlichen Dringlichkeit*. Dieses muss nach weiteren Kriterien bestimmt werden, so nach der *sachlichen Dringlichkeit*, d.h. der *schweren bereits eingetretenen oder unmittelbare drohenden Störung* der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, und der *Subsidiarität* zu anderen *Rechtsetzungsgrundlagen*,⁷⁷ die *zeitgerecht taugliche Massnahmen* ermöglichen (primär Art. 173 Abs. 1 lit. c, sekundär Art. 165 Abs. 1 BV) und *in der Praxis auch rechtzeitig beschlossen*, ergriffen werden können. Der demokratierechtlich besser abgestützte *Rechtsetzungsweg* (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) allein reicht jedoch nicht aus für die Negierung der zeitlichen Dringlichkeit bundesrätlicher Massnahmen. Die *parlamentarische Rechtsetzung muss realistischerweise auch zeitgerecht möglich sein*. In einer Krisen- oder gar Notlage bestehen indessen zahlreiche Hindernisse: Das Parlament tagt nur vier Mal pro Jahr in ordentlichen Sessionen, ausserordentliche Sessionen müssen (u.a. auf Antrag des Bundesrates⁷⁸) einberufen, zeitlich zuerst von der Koordinationskonferenz festgelegt werden,⁷⁹ die Mehrheit je beider Räte muss für die *Beschlussfähigkeit jedes Rates* anwesend sein (können)⁸⁰ (vorderhand befristete Ausnahme für den Nationalrat: nachfolgend), es dürfen keine (äusseren) Umstände vorliegen, die Parlamentsmitglieder an der Teilnahme hindern,⁸¹ und die beiden Räte behandeln auch die Geschäfte gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV (wie bei der dringlichen Gesetzgebung nach Art. 165 BV) getrennt⁸² mit entsprechendem Zeitaufwand. Bis zu einer (allfälligen) Schlussabstimmung über eine Verordnung⁸³ kann es auch unter optimalen Bedingungen mehrere Tage dauern. Nicht übersehen werden darf, dass auch Verordnungen, «die von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite» sind,⁸⁴ dem *Vernehmlassungsverfahren* (Art. 147 BV) unterliegen, worauf nach geltendem Recht *auch bei Dringlichkeit nicht verzichtet* werden,⁸⁵ sondern nur die Vernehmlassungsdauer verkürzt werden darf.⁸⁶

⁷⁵ Statt vieler: GONIN, Comm. romand Cst. (Fn. 69), N 65, BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 33; SAXER, SGK, Rz. 71, 86.

⁷⁶ Statt vieler: BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 27.

⁷⁷ Statt vieler: GONIN, Comm. romand Cst. (Fn. 69), N 89; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 27; SAXER, SGK, Rz. 51.

⁷⁸ Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG).

⁷⁹ Art. 37 Abs. 2 lit. a ParlG.

⁸⁰ Art. 159 Abs. 1 BV.

⁸¹ Z.B. Quarantänepflicht, längerer Unterbruch von Verkehrswegen, Drohungen.

⁸² Art. 156 Abs. 1, Ausnahmen nach Art. 157 Abs. 1 abschliessend, ohne Dringlichkeit als Ausnahme.

⁸³ Einfache Bundesbeschlüsse unterliegen der Anforderung einer Schlussabstimmung nicht, Art. 81 Abs. 1 lit. c ParlG.

⁸⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (VIG), SR 172.061.

⁸⁵ Art. 3a VIG mit abschliessender Aufzählung ohne Kriterium der Dringlichkeit. A.A. STÖCKLI (Fn. 69), 31, 37.

⁸⁶ Art. 7 Abs. 4 VIG.

[30] Bedarf es für *dringliche Massnahmen* zur Bewältigung schwerer Störungen nach Art. 185 Abs. 3 BV der finanziellen Mittel «über das laufende Voranschlagsjahr hinaus»,⁸⁷ hat der Bundesrat für die Bewilligung des erforderlichen Verpflichtungskredites *vorgängig* die *Zustimmung der Finanzdelegation* einzuholen.⁸⁸ Dies setzt voraus, dass die Finanzdelegation⁸⁹ innert nützlicher Frist entscheidungsfähig ist.⁹⁰

[31] Die *dringliche Gesetzgebung* nach Art. 165 BV kennt eine weitere Hürde für eine rasche Beschlussfassung: für die *Dringlichkeitserklärung* bedarf es der *Mehrheit der Mitglieder jedes Rates* (Art. 165 Abs. 1 BV), nicht bloss der Stimmenden (Art. 159 Abs. 2 BV).

[32] Auch die während der Covid-19-Pandemiebekämpfung befristet⁹¹ eingeführte Regelung der *Möglichkeit, dass Nationalratsmitglieder elektronisch abstimmen können*,⁹² kann nur bedingt befriedigen: ein Tag geht schon durch die Voranmeldefrist verloren.⁹³ Zudem kann bei ganz virtuellem oder real und virtuell gemischtem Abstimmungsverfahren eine *technische Panne* eine gewünschte virtuelle Stimmabgabe definitiv verhindern.⁹⁴

[33] Demgegenüber kann der Bundesrat als Nicht-Milizorgan permanent tagen und sich mit den benötigten Angehörigen der Bundesverwaltung und einem allfälligen Stab notfalls in eine geschützte Anlage zurückziehen und innert Stunden Beschlüsse fassen.

b. Materiell

[34] In der Literatur zu unterschiedlichen Auffassungen geführt hat die Frage nach dem Gehalt von *öffentlicher Ordnung und innerer oder äusserer Sicherheit*. BIAGGINI erkannte in der weiten Auslegung durch den Bundesrat eine *Überschreitung der Verfassungsauslegung* (mit zwei möglichen Erklärungsthesen) insbesondere durch den Einbezug von Leistungselementen,⁹⁵ während andere unter Berücksichtigung der Kausalitätsketten den Einbezug von *Massnahmen zur Linderung der Folgen der Massnahmen* für die Reaktion auf eine holistische Krise vom pragmatischen Gesichtspunkt her als unverzichtbar beurteilen.⁹⁶ In der Botschaft VE 96 wird zu Art. 173 VE 96 (nun Art. 185 BV) für den Begriff der «inneren Sicherheit» auf die Ausführung zu Art. 161 Abs. 1 Bst. b VE 96 (nun Art. 173 BV) verwiesen.⁹⁷ Danach bedeutet *innere Sicherheit* das «Sicherstellen

⁸⁷ Art. 21 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG), SR 611.0.

⁸⁸ Art. 28 FHG. Vgl. auch STÖCKLI (Fn. 69), 38 f.

⁸⁹ Sie setzt sich aus je drei Mitgliedern und je drei ständigen stellvertretenden Mitgliedern der beiden Räte zusammen, Art. 51 Abs. 1 ParlG.

⁹⁰ Es entscheidet die Mehrheit der stimmenden Mitglieder; ein erforderliches Minimum Stimmender ist nicht festgelegt.

⁹¹ Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), Änderung vom 17. Dezember 2021 (AS 2021 878), III/1. (ParlG) i.V.m. IV Abs. 2 (gültig bis 31. Dezember 2022).

⁹² Art. 10a Abs. 1 und 2 ParlG.

⁹³ Art. 10a Abs. 2 ParlG.

⁹⁴ Art. 10a Abs. 3, 2. Satz ParlG. Die derzeitige befristete Möglichkeit der elektronischen Teilnahme besteht derzeit ausserdem nur im Nationalrat.

⁹⁵ BIAGGINI, Notrecht (Fn. 73), 254, 257.

⁹⁶ Vgl. dazu FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, in: AJP 2020, 685 ff., 694; GONIN, Comm. romand Cst. (Fn. 69), N 122 f. m.w.N. Vgl. auch die Definition der besonderen Lage in Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 EpG, deren Bekämpfung bei den Massnahmen in Abs. 2 kein Pendant findet.

⁹⁷ Botsch. VE 96 (Fn. 7), 418.

der grundlegendsten Normen des friedlichen Zusammenlebens, den Schutz der Institutionen des Staates, die Bewahrung der Gesellschaft und des Einzelnen vor elementaren Gefährdungen, *die Abwendung sozialer Notstände*».⁹⁸

[35] Nicht übersehen werden dürfen die *völkerrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Bekämpfung von Pandemien*, was in verschiedenen Beiträgen zu den bundesrätlichen Massnahmen (soweit ersichtlich) nicht der Fall war. So verleiht Art. 12 UNO Pakt I⁹⁹ dem *Recht auf ein Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit Grundrechtscharakter*, das u.a. mit Massnahmen «zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten» *durch den Staat geschützt werden muss*.¹⁰⁰ Zu beachten ist, dass auch die *Vermeidung der Ausbreitung in andere Hoheitsgebiete zu den Pflichten* gehört.¹⁰¹ Zu diesem Zweck sind auch *Grundrechtseinschränkungen, soweit verhältnismässig, zulässig*.¹⁰²

2.2. Grundrechtseinschränkungen

[36] Die epidemiologischen Massnahmen zeitigten mehrfache, teilweise auch schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen.¹⁰³ Schwerwiegende sind verfassungsrechtlich lediglich im Rahmen von Art. 36 BV nur gestützt auf ein formelles Gesetz oder die polizeiliche Generalklausel statthaft. Die Diskussion um die Belastbarkeit oder Tragweite von Art. 185 Abs. 3 BV hat gezeigt, dass die Meinungen darüber, ob diese Bestimmung eine *spezifische Form der polizeilichen Generalklausel sei oder nicht*, auseinander gehen¹⁰⁴. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass die *BV keine Bestimmung über den Staatsnotstand, keine Notstandsverfassung, enthält*.¹⁰⁵

[37] Daher erweist sich die *Verwendung von Begriffen wie «Notrecht»* – wie erwähnt – *als unpassend*. Nach Art. 15 Abs. 3 EMRK und Art. 4 Abs. 3 UNO Pakt II haben die Vertragsstaaten dem jeweiligen Generalsekretariat der Organisationen mitzuteilen, wenn sie im Falle eines *öffentlichen Notstands* von den Grundrechtsgarantien abweichen. Sofern Art. 185 Abs. 3 BV nicht als mit der polizeilichen Generalklausel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV quasi identisch verstanden wird¹⁰⁶ (was nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall ist), erweisen sich zumindest die schwerwiegen-

⁹⁸ Botsch. VE 96 (Fn. 7), 399. Siehe auch den stark kritisierten BGE 137 II 431 E. 4.1: wonach es «mit der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit darum (gehe), ein für dieses fundamentales Rechtsgut zu erhalten. In Ausnahmesituationen – wie hier – können auch die ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts ein entsprechend schützenswertes polizeiliches Gut darstellen.»

⁹⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

¹⁰⁰ Vgl. dazu ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, *Pandemie – Justiz – Menschenrechte*, in: Sondernummer der ZSR (2020), 68 ff., 76 f.

¹⁰¹ Art. 2 der Internationalen Gesundheitsvorschriften (2005) (SR 0.818.103). Zur Handlungspflicht (von Bund und Kantonen) gestützt auf völkerrechtliche Abkommen: Art. 5 Abs. 4 BV, BGE 173 I 395, E. 5.5. ZÜND/ERRASS (Fn. 100), 81.

¹⁰² EGMR *Enhorn v. Sweden*, Urteil vom 25. Januar 2005 (56529/00), Nr. 8, 13, 36, 44 f.; ZÜND/ERRASS (Fn. 100), 77.

¹⁰³ Vgl. BGE 147 I 478, E. 3.2. BIAGGINI, *Notrecht* (Fn. 73), 253.

¹⁰⁴ Vgl. z.B. GONIN, *Comm. romand Cst.* (Fn. 69), Art. 185, N 64, 106, 121 (m.w.N.); BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 31; SAXER, SGK, Art. 185, Rz. 13 f.

¹⁰⁵ Z.B. SCHWEIZER/MOHLER, SGK, *Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung*, Rz. 15 f.; vorstehend III/2.1.

¹⁰⁶ BIAGGINI, *Notrecht* (Fn. 73), Rz. 242 f.

den Grundrechtseinschränkungen – ohne Erfüllung der Mitteilungspflicht – völkerrechtlich als heikel und sind akzessorisch justiziabel.¹⁰⁷

2.3. Die Föderalismusproblematik

[38] Die unausweichlichen Folgen der Bundesstaatlichkeit haben, wie erwähnt (II/3), in der Öffentlichkeit während der Pandemiebekämpfung teilweise Unverständnis und bei den Kantonen Unzufriedenheit ausgelöst. Schon die mehrfachen Konsultationsmöglichkeiten¹⁰⁸ waren umstritten. Es zeigt sich, dass der Föderalismus hinsichtlich der Bewältigung unterschiedlicher, geschweige denn multipler Krisenlagen (Clusters) keine allseits befriedigenden Lösungsmöglichkeiten bietet.¹⁰⁹

[39] Im Zusammenhang mit der *Terrorismusbekämpfung* wurde u.a. empfohlen, einen «national verbindlichen Operationsbefehl (für die Polizei) im Sinne eines vorbehaltenen Entschlusses für das schweizweite polizeiliche Zusammenwirken» auszuarbeiten.¹¹⁰ Angesichts der kantonalen Polizeihöhe fragt sich, worauf ein solcher abgestützt werden könnte. Gleichzeitig wird bedauert, es bestehe «die Gefahr, dass der Föderalismus gerade in heiklen Bereichen wie der inneren Sicherheit ausgehebelt wird.»¹¹¹

3. Die demokratierechtlichen und rechtsstaatlichen Instrumente

3.1. Zur Befristung von Erlassen

[40] Bundesrätliche Verordnungen (nicht aber Verfügungen) sind gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV zu befristen.¹¹² Eine maximale Gültigkeitsdauer wird in der BV nicht festgelegt. Eine solche wurde mit dem Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen¹¹³ in Art. 7d RVOG¹¹⁴ mit vier Varianten eingeführt. Der Bundesrat muss primär *innert sechs Monaten* der Bundesversammlung den Entwurf einer gesetzlichen Grundlage oder einer Verordnung der Bundesversammlung vorlegen. Das bedeutet

¹⁰⁷ Art. 13 EMRK; Stöckli (Fn. 69), 45 (sofern nicht auf Unzulässigkeit gemäss Art. 83 lit. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG), SR 173.110, da «auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit» entschieden wird – was jedoch der Terminologie in Art. 185 Abs. 3 BV entspricht). Vgl. nachfolgend Ziff. 3.3.

¹⁰⁸ Es wurden drei – alternative – Varianten angewandt: via Gesundheitsdirektorenkonferenz, via KdK und zu den kantonalen Staatskanzleien direkt, die ersten beiden durch das EDI ausgelöst, die letztgenannte durch den Bundesrat, womit er sich zweimal mit den gleichen Fragestellungen befassen musste, was die Beschlussfassung verzögerte; vgl. BR Stn. KdK (Fn. 44), 8, 11, 15.

¹⁰⁹ Vgl. BR Stn. KdK (Fn. 44), 11.

¹¹⁰ Sicherheitsverbandsübung SVU 2019, Schlussbericht, November 2020 (<https://www.bwl.admin.ch/dam/bwl/de/dokumente/dokumentation/publikationen/svu-19-sicherheitsverbandsuebung-strom.pdf.download.pdf/Schlussbericht%20SVU19.pdf>), 58.

¹¹¹ SVU 19 Schlussbericht (Fn. 110), 59.

¹¹² Art. 185 Abs. 3, 2 Satz BV.

¹¹³ Mantelgesetz vom 17. Dezember 2010, AS 2011 1381. Nebenbei sei bemerkt, dass der Titel dieses Mantelgesetzes den Begriff der «ausserordentlichen Lage» erwähnt, der in der BV nur in Art. 58 Abs. 2 vorkommt, wogegen Art. 7d Abs. 1 RVOG die Formulierung von Art. 185 Abs. 3 BV (eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen) wiederholt. Über die allfällige Bedeutung des Unterschieds wird in der Literatur diskutiert, vgl. etwa Brunner/Wilhelm/Uhlmann (Fn. 96), 687; Saxer, SGK, Art. 173 Rz. 50/Art. 185, Rz. 7; BSK BV-Diggelmann/Altwickler, Art. 58, Rz. 12.

¹¹⁴ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010.

wiederum, dass *vorgängig* (sowohl für den Entwurf eines Gesetzes oder einer Verordnung) ein *Vernehmlassungsverfahren* (allenfalls mit gekürzter Frist) durchzuführen ist¹¹⁵ und die Bundesversammlung nach Vorliegen des Entwurfs samt *Bericht über das Vernehmlassungsverfahren*¹¹⁶ bis *spätestens vor Ablauf der sechsmonatigen Frist beschlussfähig* sein muss (sonst macht Art. 7d Abs. 2 lit. b RVOG keinen Sinn).

[41] Demgegenüber sind *Verordnungen der Bundesversammlung* nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV *formell nicht zu befristen*.¹¹⁷ Die *temporäre Gültigkeit* ergibt sich jedoch durch die Dauer der ausserordentlichen Umstände, die als Voraussetzung vorliegen müssen.¹¹⁸

[42] Dingliche *Bundesgesetze gemäss Art. 165 BV unterliegen umgekehrt der Befristung*: Dringliche Bundesgesetze, die sich auf die Verfassung stützen, sind *formell* zu befristen,¹¹⁹ wobei keine maximale Dauer vorgeschrieben wird.¹²⁰ Sie unterliegen dem *fakultativen nachträglichen Referendum* (Näheres dazu nachfolgend). Ein *Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage* ist *einerseits formell zu befristen*, tritt aber *ein Jahr* nach seiner Annahme ausser Kraft – wenn seine Geltungsfrist nicht ohnehin weniger als ein Jahr beträgt –, sofern es nicht zuvor in der *obligatorischen Volksabstimmung* von Volk und Ständen angenommen worden ist.¹²¹

3.2. Referendum

[43] *Verordnungen und einfache Beschlüsse der Bundesversammlung unterliegen keinem Referendum*.¹²²

[44] *Dringlich erklärte Bundesgesetze, für die eine Verfassungsgrundlage besteht* (Art. 165 Abs. 1 und 2 BV), deren *Geltungsdauer ein Jahr übersteigt*, unterliegen dem *nachträglichen fakultativen Referendum*, diejenigen mit einer Geltungsdauer von weniger als einem Jahr nicht.¹²³ Wird zu einem dringlichen Bundesgesetz mit über einjähriger Geltungsdauer und mit bestehender Verfassungsgrundlage innert der Frist von 100 Tagen¹²⁴ das Referendum ergriffen, *tritt dieses zunächst in Kraft*, aber bei erfolgreichem Referendum *wieder ausser Kraft*.¹²⁵ Innert dieser Jahresfrist unter Einbezug des Zeitablaufs bis zur Verfügung der Bundeskanzlei über das Zustandekommen des Referendums¹²⁶ ist der Abstimmungstermin so früh als möglich festzulegen und sind die Abstimmungsunterlagen mindestens drei Wochen vor dem Abstimmungstag durch die Kantone zuzustellen.¹²⁷ Dies bedeutet, dass Bundesgesetze nach Art. 165 BV, sofern sie nicht ohnehin auf we-

¹¹⁵ Vorstehend Ziff. III/2.1/a.

¹¹⁶ Art. 8 Abs. 2 VIG.

¹¹⁷ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 173, Rz. 12; BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, Rz. 55; SAXER, SGK, Art. 173, Rz. 73.

¹¹⁸ Wie Fn. 117.

¹¹⁹ Art. 165 Abs. 1 BV.

¹²⁰ EHRENZELLER/NOBS, SGK, Art. 141, Rz. 20; TSCHANNEN, SGK, Art. 165, Rz. 8; BSK BV-WYTTENBACH, Art. 165, Rz. 11.

¹²¹ Art. 165 Abs. 2. Statt vieler: BSK BV-WYTTENBACH, Art. 165, Rz. 12 ff.

¹²² Art. 141 Abs. 1 lit. a und c, Art. 163 Abs. 2 BV, dazu statt vieler: BIAGGINI, OFK-BV, Art. 141, Rz. 6/Art. 173, Rz. 12.

¹²³ BSK BV-EPINAY/DIEZIG, Art. 141, Rz. 17; STEFAN G. SCHMID/MICHA HERZOG/DUMENIG STIFFLER, Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, in: Jusletter 7. Juni 2021, Rz. 9.

¹²⁴ Massgebend ist das Datum der Veröffentlichung im BBl gestützt auf die Schlussabstimmung im Parlament, BIAGGINI, OFK-BV, Art. Rz. 8, BSK BV-WYTTENBACH, Art. 165, Rz. 20.

¹²⁵ TSCHANNEN, SGK, Art. 165, Rz. 9.

¹²⁶ Art. 66 BPR.

¹²⁷ Art. 10 Abs. 1^{bis}, Art. 11 Abs. 1–3 BPR.

niger als ein Jahr befristet werden, auch ausser Kraft treten, sofern eine *Referendumsabstimmung* nicht allen Anforderungen genügend innert Frist *durchgeführt werden kann*,¹²⁸ selbst wenn eine Zustimmung angenommen werden könnte.¹²⁹ Daraus können sich im Nachhinein heikle Rechtsfragen ergeben, so z.B. bei Bestimmungen über staatliche Leistungen, die zwischenzeitlich auch erbracht worden sind.

[45] *Dringliche Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage* unterliegen dem *obligatorischen Referendum* innert Jahresfrist,¹³⁰ sofern ihre *Geltungsdauer nicht unter einem Jahr liegt*.¹³¹ Kann die Abstimmung nicht innert einem Jahr allen Anforderungen entsprechend durchgeführt werden, tritt es ausser Kraft, wie bei einem negativen Volksentscheid.¹³² Es können sich die gleichen Schwierigkeiten ergeben wie beim fakultativen Referendum.

[46] Das *nachträgliche Referendum bewirkt für dringliche Bundesgesetze* Probleme, die durch die Referenden gegen das Covid-19-Gesetz¹³³ evident wurden. Darauf kann hier nicht im Einzelnen eingegangen, sondern bloss verwiesen werden.¹³⁴ Gegen das Covid-19-Gesetz vom 25. September 2020, das für einzelne Bestimmungen unterschiedliche Geltungsdauern vorsah, wurde das Referendum ergriffen. Vorlage für die Referendumsabstimmung vom 13. Juni 2021 war die Fassung vom 25. September 2020.¹³⁵ In der Erläuterungen¹³⁶ des Bundesrates zum Covid-19-Gesetz wurde auf die beiden zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen nicht verwiesen, der wiedergegebene Gesetzestext entsprach der Fassung vom 25. September 2020.¹³⁷ Was bei einer Ablehnung mit den nachträglich eingefügten oder geänderten Gesetzesbestimmungen, zudem erneut mit sehr unterschiedlichen Geltungsdauern, geschähe, wurde nicht ausgeführt.¹³⁸ Beim zweiten Referendum gegen das Covid-19-Gesetz in der Fassung gemäss Änderung vom 19. März 2021¹³⁹ wurde politisch nur ein Teil der Vorlage bestritten.¹⁴⁰ Zu einem anderen Teil hat der Bundesrat die *elektronische Version* der Abstimmungserläuterungen angepasst¹⁴¹ und in zwei Medienmitteilungen vom 7. und 21. November 2021 (d.h. sieben Tage vor der Abstimmung, als viele schon schriftlich abgestimmt haben dürften) darauf hingewiesen.¹⁴²

[47] Dass in einer andauernden Krisen- oder gar Notlage kurzfristig rechtliche Bestimmungen angepasst werden müssen, ist normal und nicht Ausnahme. Die geltenden Bestimmungen über

128 BSK BV-WYTTENBACH, Art. 165, Rz. 22.

129 Vgl. z.B. die Mehrheitsverhältnisse betr. Covid-19-Gesetz vom 25. September 2020 im Parlament bei SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 123), Fn. 25 f.

130 Art. 165 Abs. 3 BV.

131 BSK BV-WYTTENBACH, Art. 165, Rz. 19.

132 Art. 165 Abs.3 BV.

133 Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), SR 818.102

134 Zum Ganzen: SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 123), Rz. 21 ff., und SCHMID/HERZOG (Fn. 22), Rz. 7 ff.

135 BBl 2021 2135.

136 Erläuterungen (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20210613/covid-19-gesetz.html>), 38 ff.

137 Erläuterungen (Fn. 148), 46–54. Vgl. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 123), Rz. 29.

138 Vgl. dazu m.w.H. SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 123), Rz. 30 ff.

139 AS 2021 153.

140 SCHMID/HERZOG (Fn. 22), Rz. 9.

141 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20181125.html>.

142 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-72841.html>; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73044.html>.

das nachträgliche Referendum dringlicher Bundesgesetze mit Verfassungsgrundlage sind *demokratierechtlich ihrerseits problematisch* und *beeinträchtigen die Staatsführungsfähigkeit* ebenso wie die *Rechtssicherheit* erheblich.¹⁴³

3.3. Beschwerdefähigkeit

[48] Die Normenkontrolle ist in der Schweiz – abgesehen von den formellen Anforderungen an eine Beschwerde an das Bundesgericht – hoch komplex.¹⁴⁴ So ist zunächst die *abstrakte Normkontrolle von Gesetzen des Bundes* durch das Bundesgericht *ausgeschlossen*.¹⁴⁵ Zulässig ist die *vorfrageweise (inzidente) Normkontrolle* auch von Bundeserlassen.¹⁴⁶ Dies betrifft sowohl Verordnungen des Bundesrates nach Art. 185 Abs. 3 BV¹⁴⁷ wie jene des Parlaments nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV.¹⁴⁸ Demgegenüber unterliegen kantonale Erlasse auch der abstrakten Normkontrolle durch das Bundesgericht. Geht es bei der *bundesrechtlichen* Bestimmung ausschliesslich um deren *Vollzug*, kann im Kanton die Exekutive entsprechende Massnahmen treffen. Sofern das Bundesgesetz einen *Gesetzgebungsauftrag an die Kantone* enthält, ist auf kantonaler Ebene die *Zuständigkeitsordnung gemäss kantonaler Gewaltenteilung* zu beachten.¹⁴⁹

4. Auswirkungen auf Staatsführung, Rechtssicherheit und Verständlichkeit

[49] Wenngleich die zeitliche Befristung von Erlassen, die *nachträgliche Referendumsmöglichkeit* gegen dringliche Bundesgesetze und die *inzidente Beschwerdefähigkeit von Bundeserlassen* aus demokratie- und rechtsstaatlicher Sicht positiv zu bewerten sind, führen sie in einer Krisenlage mit dringlichem Handlungsbedarf zu einer *Schwächung der Staatsführung* und zu einer *erheblichen Rechtsunsicherheit* zumindest bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides. Es ist u.U. ausgeschlossen, zu wissen, was gilt. Die *Kombination von Befristung* (insbesondere einzelner Bestimmungen mit unterschiedlicher Geltungsdauer) mit dem *nachträglichen Referendum* behindern die *Verständlichkeit* des Erlasses bis zur *Unsicherheit* über die allfällige Rückwirkung bei erfolgreichem Referendum z.B. in Bezug auf bereits ausgerichtete Unterstützungen.¹⁵⁰

¹⁴³ SCHMID/HERZOG/STIFFLER (Fn. 123), Rz. 31; SCHMID/HERZOG (Fn. 22), Rz. 7.

¹⁴⁴ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 190, Rz. 18.

¹⁴⁵ Art. 190 BV, Art. 82 lit. b BGG (argumentum e contrario); SR 173.110; BGer F_7/2020, Urteil vom 27. April 2020, E. 1.3, BGer 2C_776/2020, Urteil vom 23. September 2020, E. 2.2.

¹⁴⁶ BGer 2C_280/2020, Urteil vom 15. April 2020, E. 2.2. Zur Komplexität der Regelung der Kognition des Bundesgerichtes gegenüber Verordnungen des Bundesrates s. BGE 144 II 454, E. 3.2. f.

¹⁴⁷ BSK BV-EPINAY, Art. 190, Rz. 31; GONIN, Comm. romand Cst. (Fn. 69), Art. 190, Rz. 20.

¹⁴⁸ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 190, N 11; BSK BV-EPINAY, Art. 190, Rz. 26; HANGARTNER/LOOSER, SGK, Art. 190, Rz. 29; BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, Rz. 46.

¹⁴⁹ BGE 147 I 478, E. 3.6 f.

¹⁵⁰ Vgl. Covid-19-Gesetz (Fn. 133), in der Fassung vom 19. März 2021 (AS 2021 153).

5. Institutionelle Fragen zur Führung in der Krise oder Notlage

5.1. Wer führt auf Bundesebene?

a. Führung durch Rechtsetzung

[50] Die Frage mag erstaunen. Um darauf einzugehen, ist der Blick über die Pandemiebekämpfung hinaus auszuweiten. Gestützt allein auf die BV reicht die Spannweite derjenigen, die *mittels rechtsstaatlich notwendiger Erlasse* führen, vom Bundesrat über das Parlament bis zum Volk (Referendum gegenüber überjährigen dringlichen Bundesgesetzen) oder zum Bundesgericht (als gegebenenfalls korrigierende Instanz).¹⁵¹ In Bezug auf die *Rechtsumsetzung*, d.h. die *Gestaltung und Implementierung von Massnahmen* (durch Verordnungen oder Verfügungen) zeigen bereits die ersten Beurteilungen der Anstrengungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie erhebliche *Schwierigkeiten und Mängel in der Regelung der Führung auf Stufe Bund*.¹⁵²

[51] Die Geschäftsprüfungskommissionen nennen im Wesentlichen vier erkannte Schwächen: a) das *Fehlen eines Organes für das frühzeitige Erkennen von Indikatoren*, die auf mögliche Krisenlagen hinweisen,¹⁵³ b) die Widerstände in der Bundesverwaltung, die Bearbeitung der Geschäfte gemäss *Departementalprinzip* wie in der normalen Lage, die übliche Routine *zu verlassen* und in einen Krisenmodus zu wechseln,¹⁵⁴ c) die *mangelhafte Übernahme der Führung durch den Bundesrat*¹⁵⁵ und d) die *Unklarheiten über die Zusammensetzung und die Aufgaben(abgrenzungen) der involvierten Stäbe*.¹⁵⁶ Zusammengefasst stellen die GPK die Frage «ob die *Annahmen*, die der vorgesehenen *Krisenorganisation zu Grunde lagen, falsch waren*, oder ob die Vorgaben im konkreten Fall durch die Akteure nicht genügend beachtet wurden». ¹⁵⁷

[52] Diese Kritik erstreckt sich über unterschiedliche Phasen. Das Fehlen eines Organes für das *frühzeitige Erkennen von auf mögliche Krisenlagen hinweisende Indikatoren* bezieht sich primär auf die Normallage. Dies ist eine *Daueraufgabe*. Dafür *hat die Schweiz kein Organ*. Weder der Sicherheitsausschuss des Bundesrates¹⁵⁸ noch die Kerngruppe Sicherheit¹⁵⁹ vermögen diese sehr anspruchsvolle Aufgabe zu lösen.¹⁶⁰ Dafür bedarf es eines über eine Kerngruppe hinaus im Miliz-

¹⁵¹ Vorstehend Ziff. III/2 und 3.

¹⁵² Vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte vom 17. Mai 2022: Krisenorganisation des Bundes für den Umgang mit der Covid-19-Pandemie (Januar bis Juni 2020). BBl 2022 1801, 15, 20, 27 f., 33, 88 f.

¹⁵³ GPK-Bericht (Fn. 152), 101. Sie dazu die notwendige strukturelle Gliederung bei ZÜND/ERRASS (Fn. 100), 72; MOHLER, Polizeirecht-Rechtsstaat (Fn. 55), 56f.

¹⁵⁴ GPK-Bericht (Fn. 152), 5, 76, 84, 88, 96, 103, 109 f., 113, 119 f.

¹⁵⁵ GPK-Bericht (Fn. 152), 4, 23, 27, 51, 57, 71, 73 ff., 80 f., 85, 96, 98, 101, 112.

¹⁵⁶ GPK-Bericht (Fn. 152), 3 f., 71 f., 80 f., 89 f., 110.

¹⁵⁷ GPK-Bericht (Fn. 152), 90.

¹⁵⁸ Art. 1 f. der Weisungen über die Organisation der sicherheitspolitischen Führung des Bundesrates vom 2. Dezember 2016, BBl 2106 8775, deren Gültigkeit am 31. Dezember 2021 zunächst unbemerkt ausgelaufen ist; Verlängerung vom 2. Februar 2022 (bis 31. Dezember 2022): BBl 2022 258.

¹⁵⁹ Art. 4–6 der Weisungen (Fn. 158).

¹⁶⁰ Der Bundesrat wurde nach der Auflösung der Arbeitsgruppe PRIOS darauf hingewiesen. In ihrer Antwort vom 19. August 2011 an den Autor hielt die damalige Bundespräsidentin fest: «Das von Ihnen erwähnte Dreiergremium bestehend aus dem Staatssekretär des EDA, dem Direktor des fedpol und dem Direktor des Nachrichtendienstes des Bundes wird neu die Aufgaben der Lenkungsgruppe Sicherheit im Bereich der sicherheitspolitischen Lageverfolgung und Früherkennung übernehmen.» Dass dieses Gremium nicht genügen kann, hat sich in der Covid-10-Krise erwiesen.

system eingerichteten *permanenten Sicherheitsrates*.¹⁶¹ Er wird je nach Problemlage zusammen- und eingesetzt. Seine Grundaufgabe bleibt auch nach dem Eintritt einer Krisenlage über diese Problematik hinaus bestehen. Je früher dieser Sicherheitsrat warnen kann, desto eher können Gesetze und Verordnungen (noch) im normalen Verfahren erlassen oder optimiert werden (Optimierungsgebot!).¹⁶²

b. Operationelle Führung

[53] Das Po. 20.3478 zur Schaffung eines permanenten operativen Führungsstabes gestützt auf die Erkenntnisse und Empfehlungen aus der SFU 17 lehnte der Bundesrat mit einer diskutablen Begründung unter Hinweis auf das Departementalprinzip¹⁶³ ab.

[54] Es bestehen derzeit *zwei unterschiedliche Weisungen* des Bundesrates über die Führung in nicht normalen Lagen: die erwähnte über die *Organisation der sicherheitspolitischen Führung*¹⁶⁴ und die Weisungen über das *Krisenmanagement in der Bundesverwaltung*.¹⁶⁵ Diese *widersprechen sich*, was sich in Zeiten hybrider oder multipler Krisen besonders negativ auswirken kann. Gemäss Art. 1 Abs. 2 der Weisungen über die sicherheitspolitische Führung gehört dem Sicherheitsausschuss des Bundesrates der Bundespräsident oder die Bundespräsidentin nicht an. Das kann gerade in einer ersten Phase einer Krise Führungsmängel (Informationsdefizite) zur Folge haben.¹⁶⁶ Sie oder er hat nach Art. 26 Abs. 1 RVOG in dringlichen Fällen vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, was bei Informationsdefiziten schwierig oder unmöglich ist. In den Weisungen über das Krisenmanagement ist in Ziff. 2.2. ein ebenso konfliktträchtiges wie zeitraubendes Verfahren für die Bestimmung der Federführung vorgeschrieben. In erstgenannten wird zwar die Möglichkeit eines Ad-hoc-Stabes angeführt, doch werden u.a. die Kantone mit keinem Wort erwähnt.

[55] Es fällt auf, dass der Bundesrat zwar den Kantonen empfahl, ihre Krisenstäbe einzusetzen,¹⁶⁷ auf seiner Stufe aber auf das Pendant eines Führungsstabes verzichtete. Der (ad-hoc) Krisenstab des Bundesrates Corona (KSBC) hat diese Funktion jedenfalls nicht auszuüben vermocht.¹⁶⁸ Es ist nach der hier vertretenen Auffassung unverzichtbar, dass der *Bundesrat über einen klar definierten, in Kernaufgaben festgefügt, situativ aber (begrenzt) ergänzbaren Führungsstab verfügt*.¹⁶⁹ Dieser ist mit dem zuvor erwähnten Sicherheitsrat nicht identisch.

¹⁶¹ MARKUS H.F. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008 (im Folgenden: Vernetzung), Rz. 168, 222, 236, 239.

¹⁶² MOHLER, Vernetzung (Fn. 161), Rz. 224.

¹⁶³ «Die Auswertung der Strategischen Führungsübung 2017 (SFU17) und der vorherigen Übungen sowie von vielen realen Notlagen zeigt, dass in der Krise am besten reagiert und gearbeitet wird, wenn man in den ordentlichen Strukturen bleibt.» Der Auswertungsbericht (vgl. Fn. 68) kam zu gegenteiligen Schlüssen (10 ff., 16 ff., 20, 22).

¹⁶⁴ Vgl. Fn. 158.

¹⁶⁵ BBl 2019 4593.

¹⁶⁶ Vgl. SFU 17 (Fn. 68), 10: «Zu Beginn der Übung fehlte – aufgrund der Abwesenheit der Bundespräsidentin, die auf Dienstreise war, und der Nicht-Verfügbarkeit des Vizepräsidenten des Bundesrates (so die Auskunft seines Teams) – die Führung in der Krise.» (Hervorhebung hier).

¹⁶⁷ GPK-Bericht (Fn. 152), 27.

¹⁶⁸ GPK-Bericht (Fn. 152), 97.

¹⁶⁹ Vgl. Motion der GPK-N 22.3506 «Rechtsgrundlagen für einen «Fach-Krisenstab»», die im Nationalrat am 12. September 2022 mit 129 zu 51 Stimmen angenommen worden ist. Diese entspräche aber kaum dem hier postulierten Führungsstab.

[56] In seiner Stellungnahme vom 23. September 2023 zum Bericht der GPK¹⁷⁰ lehnt der Bundesrat erneut einen auch für andere Arten von Krisen geeigneten Führungsstab, wie im überwiesenen Postulat 20.4522 gefordert, ab und will auch bei der Krisenbewältigung an den Departementsstrukturen festhalten. Allein, Krisen, insbesondere Mehrfachkrisen, halten sich nicht an diese; ebenso kann eine Krise überraschend eintreten und muss sich nicht entwickeln, wie in der Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der GPK¹⁷¹ festgehalten wird.

5.2. Führung im föderalistischen Kontext

a. Einbezug der Kantone? Zur föderalistisch-demokratischen Legitimation

[57] Mehrfach wird der Einbezug der Kantone von der Willensbildung und Beschlussfassung¹⁷² bis zur operationellen Umsetzung verlangt, da «die Gefahr, dass der Föderalismus gerade in heiklen Bereichen wie der inneren Sicherheit ausgehebelt wird» bestehe.¹⁷³ So wurde – wie erwähnt – z.B. ein «national verbindlicher Operationsbefehl im Sinne eines vorbehaltenen Entschlusses für das schweizweite polizeiliche Zusammenwirken» vorgeschlagen.¹⁷⁴ Selbst ein bspw. von der KKJPD oder der KdK zu einem solchen Zweck dringlich vorgeschlagenes Konkordat könnte nach geltendem Art. 48a BV nicht allgemein verbindlich erklärt und mit einer Beitrittspflicht verbunden werden, da das Sicherheits- und Polizeirecht nicht zu den in Abs. 1 abschliessend aufgezählten Aufgabenbereichen,¹⁷⁵ die dem unterliegen, gehört. Gleichermassen findet sich die Forderung im SIPOL B 2021,¹⁷⁶ doch *das Wie* wird in einer Krise mit hoher zeitlicher Dringlichkeit durch den blossen Verweis auf *Föderalismus, Subsidiarität und Verbundaufgabe*¹⁷⁷ nicht beantwortet.

[58] Hinsichtlich des Einbezugs der Kantone in die *Entscheidfindungen (decision shaping)* wird zu meist auf die Direktorenkonferenzen oder die KdK hingewiesen. Diese *Koordinationsgremien*, für den *Normalfall* konzipiert, haben jedoch keine Entscheidbefugnisse,¹⁷⁸ sodass sich für dringlich zu beschliessende *Erlasse* die Frage der *föderalistisch-demokratischen Legitimation der kantonalen Vertretungen* in Bundesgremien stellt. Eine bloss formalistische Begründung, die entsprechende(n) Person(en) sei(en) in ihren Kantonen in den Regierungsrat gewählt, von diesem in die gesamtschweizerische Konferenz und von dieser wiederum als Vertreter der Kantone zum Bund delegiert worden, erscheint – soweit es um *Mitentscheidungsrechte (decision taking)* geht – wegen der dafür fehlenden Mandatierung, des Gleichbehandlungsgebotes der Kantone¹⁷⁹ und der

¹⁷⁰ Vgl. Krisenorganisation des Bundes für den Umgang mit der Covid-19-Pandemie (Januar bis Juni 2020) Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte vom 17. Mai 2022, Stellungnahme des Bundesrates (im Folgenden: BR Stn. GPK) (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90500.html>), 13.

¹⁷¹ BR Stn. GPK (Fn. 170), 12.

¹⁷² KdK, Schlussbericht, Zusammenarbeit von Bund und Kantonen in der Covid-19-Epidemie, vom 29. April 2022 (<https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/themen/covid-19/krisenmanagement/Bericht-4310-5-20220429-Covid-19-Epidemie-DE.pdf>), 4, 9f.

¹⁷³ Vgl. Fn. 111.

¹⁷⁴ SVU 19, Schlussbericht (Fn. 110), 58 f.

¹⁷⁵ Statt vieler: BSK BV-WALDMANN, At. 48a, Rz. 14; MARKUS H.F. MOHLER, Föderalismus im Sicherheits- und Polizeirecht – Reform dringend!, in: IFF (Institut für Föderalismus Universität Fribourg) 1/2018, 10 f.

¹⁷⁶ Fn. 50, z.B. 5, 30, 32.

¹⁷⁷ SIPOL B 2021 (Fn. 50), 28.

¹⁷⁸ Ausnahme Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektorinnen und -direktoren.

¹⁷⁹ Vgl. z.B. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 44, N 2.

verbindlich festgelegten Zusammensetzung des Bundesrates (Art. 175 BV) ausgeschlossen. Abgesehen davon, könnten wenige Kantonsdelegierte die unterschiedlichen Interessen schon der verschiedenen Regionen, geschweige denn aller Kantone nicht hinreichend vertreten.

b. Einbezug der Gemeinden (Feuerwehr, Sanität, Zivilschutz/Bevölkerungsschutz)

[59] Noch schwieriger wird es mit dem *Einbezug der Gemeinden in den Rechtsetzungsprozess* bei nicht dem Vernehmlassungsverfahren und/oder dem Referendum unterliegenden Erlassen in einer Lage, in der die *auf Gemeindeebene installierten Organe* (Rettung, Polizei, Zivilschutz, Infrastruktur) eine sehr wichtige Aufgabe zu erfüllen haben. Vom Bund angeordnete Massnahmen, welchen diese Gemeindeorgane betreffen, bedeuteten auch einen Eingriff in die kantonale Zuständigkeit, abgesehen von den gesetzlich festgelegten Zuständigkeiten des Bundes.¹⁸⁰

c. Regelung der Kommunikation

[60] In einer Krisen- oder gar Notlage ist die Kommunikation von eminenter Bedeutung, in erster Linie, um gegen bewusste Falschmeldungen und Beeinflussungsversuche bis zu schädlichen Bots¹⁸¹ zu kämpfen.

[61] Die Kommunikation der Behörden während der Covid-19-Bekämpfung wurde sehr unterschiedlich beurteilt.¹⁸² Die *Regelung der Kommunikation* stellt in der föderalistischen Schweiz sehr hohe Ansprüche. Sie muss das inhärent starke Spannungsfeld, das sich aus unterschiedlichen (Rechts-)Ansprüchen ergibt, überwinden. Dies kann dann, wenn die Krisenlage bereits Tatsache geworden ist, nicht mehr gelingen.¹⁸³ Ziff. 2.5 der *Weisungen über das Krisenmanagement* steht einer frühzeitigen Regelung direkt entgegen. In dieser Ziffer wird auf Art. 10a und Art. 34 RVOG verwiesen, die sich jedoch ausschliesslich mit der bundesinternen Kommunikation befassen und die Kantone nicht miteinbeziehen. Auch hier bestehen bisher ungelöste Differenzen zwischen Bund und Kantonen.¹⁸⁴ *Es drängt sich ein in normalen Zeiten erarbeitetes Gesetz auf, dem eine breite und gut verständliche Diskussion vorausgegangen ist.*

¹⁸⁰ U.a. Art. 2, 7 Abs. 1, 8, 46 des Bundesgesetzes über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz vom 20. Dezember 2019 (BZG), SR 520.1. Die derzeitige Kompetenzaufteilung ist historisch, eher künstlich und nicht mehr zweckkonform, vgl. Strategie Bevölkerungsschutz und Zivilschutz 2015+ Bericht des Bundesrates vom 9. Mai 2012, BBl 2012 5505, 5525 ff.

¹⁸¹ Ein Bot (von englisch robot) ist ein Computerprogramm, das weitgehend automatisch sich wiederholende Aufgaben abarbeitet, ohne dabei auf eine Interaktion mit einem menschlichen Benutzer angewiesen zu sein; schädliche Bots führen automatisierte Attacken auf Netzwerk-Rechner durch, häufig durch Botnets bzw. Spambots (Wikipedia).

¹⁸² Vgl. z.B. «Kollabierte Kommunikation: Was, wenn am Ende «die Covidioten» recht haben?», NZZ vom 1. September 2020; «Insgesamt wirkt die aktuelle Krisenkommunikation konzeptlos», SRF am 16. Januar 2021 (<https://www.srf.ch/news/schweiz/offizielle-covid-kommunikation-ingesamt-wirkt-die-aktuelle-krisenkommunikation-konzeptlos>).

¹⁸³ Vgl. aber Ziff. 2.5 der Weisungen über das Krisenmanagement in der Bundesverwaltung (Fn. 165).

¹⁸⁴ Vgl. BR Stn. KdK (Fn. 44), 13 f.

IV. Braucht es eine Notstandsverfassung?

1. Ausgangslage

[62] Die Bundesverfassung ist als eine *Friedensordnung* konzipiert.¹⁸⁵ Auslöser dieses *staatsgestaltenden Verfassungskonzeptes* waren die geopolitischen Umwälzungen am Ende der 80er, Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts.¹⁸⁶ Trotz einer gewissen Vorsicht¹⁸⁷ bestimmte die Zuversicht auf eine neue gesamteuropäische Sicherheitsordnung samt veränderten Zielen mit dem Hauptträger der KSZE (heute OSZE) die Gestaltung der sicherheitspolitischen Aspekte: Hauptsächlicher Ausdruck davon ist der *Abbau der Armee*, insbesondere ihrer *Verteidigungsfähigkeit*,¹⁸⁸ die Beteiligung (auf freiwilliger Basis) am Euro-Atlantischen Partnerschaftsrat und an der Partnerschaft für den Frieden,¹⁸⁹ der *Verzicht auf eine Staatsnotstandsregelung*¹⁹⁰ wie sie etwa für den Verteidigungsfall in Art. 115a ff. des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, in Art. 18 Abs. 3 des Bundes-Verfassungsgesetzes der Republik Österreich oder in Art. 16 der Verfassung der V. Republik Frankreichs vorhanden sind (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2).

[63] Nicht nur in der Rechtswissenschaft haben zwei frühere Bundesratsbeschlüsse Zweifel hinsichtlich ihrer Verfassungsmässigkeit und damit indirekt am Fehlen einer Staatsnotstandsregelung hervorgerufen: die vom Bundesrat erlassenen ersten Verordnungen über Massnahmen gegen die Gruppierung «Al-Qaida» und verwandte Organisationen¹⁹¹ und die Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG.^{192,193}

[64] Spätestens seit dem 24. Februar 2022 mit dem Aggressionskrieg Russlands gegen die Ukraine und verbalen Drohungen gegenüber anderen Staaten, die NATO-Mitglieder sind, hat sich die sicherheitspolitische Lage auch in Europa grundlegend geändert. Überraschende bzw. für zu lange nicht für möglich gehaltene Entwicklungen haben die (schon immer unrealistisch lange angenommene) Vorwarnzeit und damit den Zeitraum für den Erlass gegebenenfalls nötiger Gesetze und Verordnungen, nicht zu reden von deren Umsetzung z.B. im Armeebereich, drastisch reduziert. Dies hat auch die nicht machtpolitische Krise der Pandemiebekämpfung deutlich gemacht.

¹⁸⁵ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1801; MARKUS H. F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 727; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht, 5. Auflage, Bern 2021, Rz. 457.

¹⁸⁶ BR, Bericht 90 des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz «Schweizerische Sicherheitspolitik im Wandel» vom 1. Oktober 1990, BBl 1990 III 847 (im Folgenden: SIPOL B 1990), 848, 851, 856; Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOL B 2000) «Sicherheit durch Kooperation», vom 7. Juni 1999, BBl 1990 7657 (u.a. «Zerfall der Sowjetunion und des Warschauer Paktes», 7678).

¹⁸⁷ SIPOL B 1990 (Fn. 186), 863 («Rückfälle sind möglich»).

¹⁸⁸ Die Reduktion von 12 Kampfdivisionen auf drei Kampfbrigaden (wovon derzeit nur zwei vollständig ausgerüstet), wiewohl im SIPOL B 2021 (Fn. 50) wirklichkeitswidrig geschrieben steht, dass «Abwehr eines bewaffneten Angriffs eine Kernaufgabe» der Armee sei (38).

¹⁸⁹ Vgl. <https://www.pfp.admin.ch/de/dokumentation-grundlagendokumente-.html> (Jahresbericht 202/2021 und Präsentationsdokument der Schweiz für die Partnerschaft für den Frieden [vom 30. Oktober 1996])

¹⁹⁰ Vgl. MARTIN LENDI, Staatsleitung – im Kontext der Sicherheitspolitik, in SBVR III/1 (Fn. 161), Rz. 4.

¹⁹¹ AS 2002 1646.

¹⁹² AS 2008 4741 (gelöscht, nun AS 2010 447: Aufhebung vom 20. Januar 2010).

¹⁹³ FRÉDÉRIC BERNARD, Etat de droit et situations extraordinaires, in: Diggelmann et al., VdS (Fn. 61), Bd. II/4, Rz. 58 ff.; BIAGGINI, Notrecht (Fn. 73), 264, 266; vgl. zu beiden Parlamentarische Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 201, BBl 2010 1563, 1569 ff.

[65] Die vorstehend dargelegte Kritik an Erlassen des Bundesrates wie des Parlamentes- und die Spannungen zwischen Bund und Kantonen in föderalistischer Hinsicht sowie die beiden Referenden gegen das Covid-19-Gesetz ebenso wie die zahlreichen Beschwerden ans Bundesgericht¹⁹⁴ zeigen, dass die *Staatsführung in einer Krise* mit den derzeit geltenden Regelungen in bundesstaatlicher, demokratierechtlicher und rechtsstaatlicher Hinsicht *sehr erschwert oder gar verunmöglicht wird*.¹⁹⁵ Diese Konstellation erzeugt starke *Rechtsunsicherheit*. Die *Rechtsunsicherheit* wiederum führt auch zu einem *schwindenden Rechtsgehorsam*, was während der Pandemiebekämpfung bewiesen worden ist. Die für die normale Lage für den demokratisch-liberalen Rechtsstaat unbestritten nötigen Mittel der Einflussnahme auf Rechtsetzung und -anwendung erweisen sich in eine Krisenlage mit dringlichem Rechtssetzungsbedarf als einschränkend und zumindest *rechtsstaats-, ja gar staatsgefährdend*.¹⁹⁶

[66] Die wiederholte *Kritik an der Verfassungsmässigkeit* bestimmter Erlasse (bzw. an der erlassenden Behörde) zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich jeweils *auf eine spezifische Bestimmung konzentriert*, aber *nicht auf die damit verbundene zeitliche Dimension* und ebenso wenig auf die *Funktionstüchtigkeit der politischen Behörden* und der *unverzichtbaren Infrastruktur* eingeht.

[67] Aus demokratie- und sicherheitsrechtlicher Sicht ist nach der hier vertretenen Auffassung zu prüfen, ob die Verfassung nicht mit einer *Regelung über den Staatsnotstand* ergänzt werden sollte.¹⁹⁷ MARTIN LENDI hält «eine Rechtsordnung, die sach- und zeitgerechtes, demokratisch legitimes staatliches Handeln in ordentlichen und ausserordentlichen Lagen gestattet und gleichzeitig Stabilität, Konstanz und Vertrauen begünstigt ...» auch unter ausserordentlichen Umständen für unabdingbar.¹⁹⁸

2. Die staatspolitischen Schwierigkeiten: Bedingungen, Auslösung, Umfang und Dauer eines allfälligen Staatsnotstandes – ein Rechtsvergleich (Exkurs)

[68] Im Rechtsvergleich mit den Nachbarstaaten zeigen sich verschiedene verfassungsrechtliche Konzepte: Sie unterscheiden sich in Bezug auf die (Einschätzung der) Ausgangslage als Bedingung für die Erklärung eines Staatsnotstandes: So beschränkt Art. 115a des Grundgesetzes der Bundesrepublik (GG) Deutschland¹⁹⁹ den (nicht so bezeichneten) Staatsnotstand auf den Verteidigungsfall, d.h. auf einen Angriff auf das Bundesgebiet mit Waffengewalt. Demgegenüber umschreibt Art. 16 Abs. 1 der Verfassung Frankreichs²⁰⁰ die einen Staatsnotstand begründende Lage deutlich weiter, ähnlich einer Kombination der Bedingungen in Art. 173 Abs. 1 Bst. c/184 Abs. 3/185 Abs. 3 BV. Noch weiter gefasst sind die Voraussetzungen in Art. 18 Abs. 3 des Bundesverfassungs-Gesetzes (B-VG) Österreichs,²⁰¹ wonach «offenkundige(r), nicht wieder

¹⁹⁴ Unter dem Begriff «Covid-19» werden als «exakte Treffer» im Jahre 2020 157, im Jahr 2021 277 und im Jahre 2022 (Stichtag: 30. Juli 2022) 133 Beschwerden aufgeführt.

¹⁹⁵ Vgl. vorstehend Ziff. II, 6 in fine.

¹⁹⁶ MATTHIAS MAHLMANN, Schutz der Verfassung, in: Diggelmann et al., VdS (Fn. 61), Rz. 19 ff.

¹⁹⁷ Vgl. auch BVGer B-1092/2009, Urteil vom 5. Januar 2018, E. 8.1.2.

¹⁹⁸ LENDI (Fn. 190), Rz. 3.

¹⁹⁹ BGBl 1949, 1.

²⁰⁰ Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet, art. 6/Journal officiel du 25 juillet 2008.

²⁰¹ Fassung 2012, BGBl. I Nr. 51/2012 vom 5. Juni 2012.

gutzumachende(r) Schaden für die Allgemeinheit» als Grund für eine Änderung der Gesetzgebungsbefugnisse angeführt wird. Ähnlich weit umschreibt Art. 77 Abs. 2 der Verfassung der Republik Italien:²⁰² «in Fällen außerordentlicher Notwendigkeit und Dringlichkeit». Nach Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein²⁰³ wird «(i)n dringenden Fällen ... (der Landesfürst) das Nötige zur Sicherheit und Wohlfahrt des Staates vorkehren». Sollte der Landesfürst dazu nicht in der Lage sein, fällt die Aufgabe gemäss Art. 13 dem Thronfolger zu.

[69] Das Grundgesetz Deutschlands bietet in Art. 115a Abs. 1, 2 und 4 verschiedene Möglichkeiten der Feststellung des Verteidigungsfalles an: auf Antrag der Regierung mit qualifizierter Zustimmung von Bundestag und Bundesrat (Abs. 1); falls deren Beschlussfähigkeit nicht zu erreichen ist, genügt die qualifizierte Zustimmung des Gemeinsamen Ausschusses der beiden Räte (Abs. 2), und ist auch dies wegen Waffengewalt nicht möglich, «so gilt diese Feststellung als getroffen und als zu dem Zeitpunkt verkündet, in dem der Angriff begonnen hat» (Abs. 4).

[70] Auffallend für den Fall eines bewaffneten Angriffs ist der Unterschied zwischen diesen Regelungen in Art. 115a GG i.V.m. Art. 115b GG, wonach «mit der Verkündung des Verteidigungsfalles die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte an den Bundeskanzler» übergeht, im Vergleich mit Art. 185 Abs. 4 BV. Danach kann der Bundesrat entweder höchstens 4000 Armeeingehörige oder auch ein kleineres Kontingent für weniger als drei Wochen zu Aktivdienst aufbieten, ansonsten er unverzüglich die Bundesversammlung einberufen muss.²⁰⁴ Unausgesprochene Voraussetzung für diese Regelung ist die fristgerechte Beschlussfähigkeit der Bundesversammlung.

[71] Auch die Befugnisse der Rechtsetzung in diesen Lagen unterscheiden sich. Am weitesten gehen die Kompetenzen des französischen Präsidenten, der «après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel» «prend les mesures exigées par ces circonstances»,²⁰⁵ unangefochten allerdings nur während 30 Tagen (Art. 16 Abs. 6). Nach Art. 77 Abs. 3 der italienischen Verfassung²⁰⁶ verlieren die durch die Regierung erlassenen provisorischen Bestimmungen (die den Parlamentskammern am Tag des Erlasses vorzulegen sind) ihre Gültigkeit *ab initio*, sofern sie nicht innerhalb von 60 Tagen in vom Parlament genehmigte Gesetze umgewandelt worden sind. Gleich bestimmt Art. 10 Abs. 2 der Verfassung Liechtensteins, dass Notverordnungen spätestens sechs Monate nach ihrem Erlass ausser Kraft treten. Art. 18 Abs. 3 der österreichischen Verfassung schreibt vor, dass sofortige Massnahmen zur Abwehr «eines offenkundigen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Allgemeinheit» der Bundespräsident auf Vorschlag der Regierung und diese «im Einvernehmen mit dem vom Hauptausschuss des Nationalrates einzusetzenden ständigen Unterausschuss» «vorläufige gesetzesändernde Verordnungen treffen» kann.

[72] Sowohl Art. 115e Abs. 2 GG wie Art. 18 Abs. 5 B-VG schliessen Verfassungsrechtsänderungen auf diesem Weg aus, wobei in Art. 115c Abs. 2 und 115d Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Bestimmungen materiellen und formellen Inhalts direkt derogiert werden. Im Fürstentum Liechtenstein «dürfen (Notverordnungen) die Verfassung als Ganzes oder einzelne Bestimmungen derselben

²⁰² Gazzetta Ufficiale 27 dicembre 1947, n. 298.

²⁰³ Vom 5. Oktober 1921 (Liechtensteinisches Landesgesetzblatt, Jahrgang 1921, Nr. 15, ausgegeben am 24. Oktober 1921, Fassung vom 1. Februar 2022).

²⁰⁴ SAXER, SGK, Rz. 133 f. zu Art. 185.

²⁰⁵ Art. 16 Abs. 2 loi const. (Fn. 200).

²⁰⁶ Vgl. Fn. 202.

nicht aufheben, sondern nur die Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen der Verfassung einschränken» (mit Ausnahmen, Art. 10, Abs. 2). Solche Begrenzungen werden – soweit ersichtlich – weder in der französischen noch in der italienischen Verfassung stipuliert.

[73] Art. 115c Abs. 1 GG löst ein Problem der bundesstaatlichen Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen damit, dass dem Bund in denjenigen Sachgebieten, für welche die Länder zuständig sind, dem Bund das Recht der konkurrierenden Gesetzgebung zukommt.

3. Skizzierung denkbarer ergänzender Bestimmungen für einen allfälligen Staatsnotstand

[74] Dieser beschränkte Rechtsvergleich mit den Nachbarstaaten zeigt, dass die Bundesverfassung keine vergleichbaren Regelungen enthält. Sie birgt in Lagen, die zur Vermeidung oder Minderung grosser unmittelbar drohender oder bereits eingetretener Schäden Massnahmen von grosser sachlicher und zeitlicher Dringlichkeit erfordert, für die Staatsführung mehrfache Hürden, wie vorstehend (II und III) darzulegen versucht wird und auch in den Medien festgestellt worden ist.²⁰⁷ Die verfassungsrechtlichen Verhältnisse, von denen abzuweichen wäre, sind hierzulande jedoch viel komplexer und komplizierter als in unseren Nachbarstaaten.

[75] Daher seien im Folgenden bloss *notstandsrelevante Problemkreise* – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – skizziert:

- Wer bestimmt nach welchen Kriterien – auch in einer gänzlich überraschenden Lageentwicklung – es herrsche Staatsnotstand? Ist ein solcher *ab initio* zu befristen?
- Falls dieser Entscheid dem Bundesrat zukommt: wie kann/muss dieser Beschluss in welchem Zeitraum – unter Berücksichtigung der Funktionstüchtigkeit der Behörden und der Infrastruktur – durch welche parlamentarische Behörde oder Behördendelegation genehmigt oder abgelehnt werden?
- Falls dieser Entscheid durch den Bundesrat ohne Mitwirkung des Parlamentes, in welcher Form auch immer, getroffen werden muss: wie lange soll er Gültigkeit haben? Könnte er, sofern zuständige parlamentarische Gremien beschlussfähig sind, mit welchen Mehrheiten vor Ablauf der Gültigkeitsdauer aufgehoben werden?
- Explizite Erklärung des Staatsnotstandes mit Notifizierung der Generalsekretäre sowohl der Vereinten Nationen²⁰⁸ wie des Europarates,²⁰⁹ ansonsten verfassungswidrige Grundrechtseinschränkungen völkerrechtswidrig sind,²¹⁰
- Abgrenzung zu den bisherigen ausserordentlichen Lagen (i.S.v. Art. 173 Abs. 1 lit. c, 184 Abs. 3, 185 Abs. 3 BV)
- Gestaltung bzw. Einschränkung föderalistischer Mitwirkungsmöglichkeiten
- Materiell-rechtlicher Umfang von Notstandsbeschlüssen einschliesslich Kosten²¹¹

²⁰⁷ Vgl. Text zu Fn. 63.

²⁰⁸ Art. 4 Abs. 3 UNO Pakt II.

²⁰⁹ Art. 15 Abs. 3 EMRK.

²¹⁰ Vgl. EGMR *Communauté Genevoise D'Action Syndicale Cgas gegen Schweiz* (Fn. 5), Ziff. 90.

²¹¹ Vgl. die Diskussion zur Frage, was materiell-rechtlich von der Formulierung in Art. 185 Abs. 3 BV erfasst wird.

- Regelung der finanziellen Lastenverteilung in einem Staatsnotstand (bzw. in Krisenlagen jeglicher Art²¹²)
- Verzicht auf oder bloss Einschränkung von Vernehmlassungsverfahren, sofern in einer bestimmten Phase dazu zeitlich überhaupt eine Möglichkeit bestünde
- Befristung von einzelnen Notstandsbeschlüssen, allfällige Verlängerbarkeit
- Allfällige Referendumsfähigkeit von Notstandsbeschlüssen, falls ja: unter welchen Voraussetzungen?
- (Inzidente) Justiziabilität von Notstandsbeschlüssen, falls ja: unter welchen Voraussetzungen?
- Kommunikationsregelung.

[76] Verfassungsrechtlich sind bei *konfligierenden Zielen* bestmögliche Kompromisse, analog der *praktischen Konkordanz* bei Grundrechtskollisionen, zu finden. Einander gegenüber stehen die rasche *Handlungsfähigkeit der Staatsleitung* als vordringliches Ziel,²¹³ die *Aufrechterhaltung der politischen Prozesse so weit als möglich*²¹⁴ und die *geringstmögliche Einschränkung von Grundrechten*. Die derzeitigen erheblichen Risiken, seien diese machtpolitischer, demografischer (Migration), krimineller, technologischer oder natürlicher Art (samt Klimafolgen) ebenso wie Mangellagen – einschliesslich Überlagerungen bzw. Cluster – ,²¹⁵ *verlangen vom Verfassungsgeber die entsprechende rechtsetzende Vorsorge*.²¹⁶ Dabei ist – in der normalen Lage – ein *breit akzeptierter Grundkonsens*²¹⁷ über die *Staatsführung in Notlagen* samt den *unvermeidlichen Einschränkungen* unabdingbare Voraussetzung.

V. Abschliessende Betrachtung

[77] Auch wenn die Covid-19-Problematik noch nicht überstanden sein dürfte und der Krieg in der Ukraine hierzulande bisher (noch) keine dringlichen Massnahmen erforderte, könnte rasch wieder der (politische) Wunsch bestehen, zum Zustand quo ante zurückzukehren,²¹⁸ ohne die Lehren aus den offenkundig gewordenen Verständnisdifferenzen zu grundlegenden Fragen (vorstehend Ziff. II) aber auch aus den verfassungsrechtlichen Streitfragen (vorstehend Ziff. III/1–5) zu ziehen. Das sollte vermieden werden.

[78] Die Schweiz ist seit dem Ende des 2. Weltkrieges und damit den damals noch fortbestehenden Vollmachtenbeschlüssen von Lagen, in denen die verfassungskonforme Rechtsetzung nicht möglich gewesen wäre,²¹⁹ bis zum Ausbruch der Covid-19-Pandemie verschont geblieben. Das hat sich nun schlagartig geändert. Der Aggressionskrieg Russlands zeigt drastisch auf die Brü-

²¹² Vgl. BR Stn. KdK (Fn. 44), 6.

²¹³ LENDI (Fn. 190), Rz. 84.

²¹⁴ LENDI (Fn. 190), 87.

²¹⁵ MOHLER, Vernetzung (Fn. 161), Rz. 135 ff.

²¹⁶ Vgl. LENDI (Fn. 190), Rz. 105.

²¹⁷ LENDI (Fn. 190), Rz. 89.

²¹⁸ MÜLLER, Freiheit (Fn. 15), 1.

²¹⁹ Wiewohl es zu kontroversen Stellungnahmen in Bezug auf Art. 185 Abs. 3 BV im Zusammenhang mit der UBS-Rettung kam.

chigkeit der europäischen, ja weltweiten Sicherheitsordnung.²²⁰ Aber auch andere überraschende *Krisen- oder gar Notlagen* der im vorherigen Abschnitt erwähnten Arten sind *realistischerweise jederzeit denkbar*. Daraus ergeben sich zwei grundlegende Postulate: So sollten innenpolitisch die rechtlichen Voraussetzungen zur *Gewährleistung der Staatsführung auch in schwierigsten Situationen* durch eine im Voraus demokratisch weit abgestützte Rechtssetzung geschaffen werden. Ausenpolitisch ist die bisherige Art der «Sicherheit durch Kooperation»²²¹ unter Berufung auf die Neutralität ohne jegliche rechtliche Bindung in Frage zu stellen. Mit Sicherheit kann gesagt werden, dass ein Land, welches das Gewaltverbot von Art. 2 Abs. 4 der UNO Charta grob verletzt, mithin Kriegsverbrechen begeht und diese durch Umkehrung erwiesener Tatsachen leugnet, auch die Neutralität, selbst bei deren strengster Handhabung, nicht beachtete.

[79] So sehr auch viele von der jetzigen Verfassungsregelung überzeugt sein mögen, wir werden für die Bewältigung von Ausnahmesituationen nicht um eine *tiefgreifende Prüfung* des den derzeitigen *Verfassungsstaat Schweiz prägenden Verfassungskonzeptes* herumkommen. *Der Unwille oder die Unfähigkeit*, unser Land *an veränderte Umstände anzupassen*, können zu einem politischen Zerfall²²² oder zu *unkontrolliertem Verlust von Unabhängigkeit, Freiheit und Sicherheit* führen.

Dr. iur. MARKUS MOHLER, ehem. Dozent für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Unis von Basel und St. Gallen, vormals Polizeikommandant, zuvor Staatsanwalt in Basel-Stadt. Langjähriger Consulent der DEZA im Ausland in Fragen von Justiz- und Polizeireform.

²²⁰ SIPOL B 1990 (Fn. 186), 849.

²²¹ So der Titel des SIPOL B 2000 (Fn. 186).

²²² FRANCIS FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay*, London 2015, 462, mit Verweis auf SAMUEL HUNTINGDON, *World Politics* 17 (no. 3), 1965.