

Gabriel Gertsch / Jasmin Sangiorgio / Karl-Marc Wyss

44. Forum für Rechtsetzung vom 30. Oktober 2024

«Not- und Dringlichkeitsrecht»

Tagungsbericht zum 44. Forum für Rechtsetzung vom 30. Oktober 2024. Das Programm drehte sich um das Not- und Dringlichkeitsrecht.

Beitragsart: Tagungsberichte

Zitiervorschlag: Gabriel Gertsch / Jasmin Sangiorgio / Karl-Marc Wyss, 44. Forum für Rechtsetzung vom 30. Oktober 2024, in: LeGes 35 (2024) 3

Inhaltsübersicht

1. Erlass von Notrecht während der Covid-19-Pandemie im Kanton Bern
2. Lois fédérales urgentes et droits politiques : comment garantir la sécurité juridique en temps de crise ?
3. Verfassungsrechtliches Notrecht und spezialgesetzliche Krisenklauseln – Gratwanderung zwischen Effektivität und Legitimation
4. Gemeinsamkeiten und Unterschiede des intrakonstitutionellen Notrechts in den Kantonen
5. Podiumsdiskussion

1. Erlass von Notrecht während der Covid-19-Pandemie im Kanton Bern

[1] Im ersten Referat schilderte MIRJAM TSCHUMI, Vizestaatschreiberin, Staatskanzlei des Kantons Bern, wie der Kanton Bern anlässlich der Covid-19-Pandemie Notrecht erarbeitete und welche Folgen er aus diesen Erfahrungen ableitete. Der Berner Regierungsrat stützte sich zur Notverordnungsgebung auf Artikel 91 der Kantonsverfassung (KV/BE; SR 131.212), wonach er ohne gesetzliche Grundlage Massnahmen ergreifen kann, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen. Bezüglich der ausserordentlichen Lage orientierte er sich dabei eins zu eins an der Lageeinschätzung des Bundesrats. Die *Schwierigkeiten des Legiferierens* lagen darin, dass die Verwaltung unter grossem Zeitdruck stand, auf keine bestehenden Prozesse und Praxen zurückgreifen konnten und die Rolle des Parlaments unklar war.

[2] Insgesamt erliess der Regierungsrat während der Pandemie sechs Notverordnungen. Diese regelten insbesondere sekundäre Massnahmen für Unternehmen und Personen, die sich aus der Betroffenheit durch die Primärmassnahmen des Bundes ergaben. Der *enorme Zeitdruck* verdeutlicht z.B. der Erlass der ersten Notverordnung vom 20. März 2020, die innert rund 48 Stunden entstand – verfasst im Wesentlichen durch drei Personen (Staatschreiber, Vizestaatschreiberin und ein wissenschaftlicher Mitarbeiter). Die «Entschlackung» des Gesetzgebungsverfahrens bei solchen Erarbeitungsprozessen ging auf Kosten der Qualitätskontrolle. So erfolgte die Konsolidierung der Erlasstexte über Generalsekretärinnen- und -sekretärenkonferenz (GSK), die sich im Rahmen einer Task-Force regelmässig austauschte. Der sonst übliche Einbezug der Legistik und die zweisprachige Redaktion vor der Beschlussfassung entfielen weitgehend. Die französische Fassung folgte als nachträgliche Übersetzung. Auch die Konsultation der betroffenen Gemeinden gelang in einer ersten Phase der Pandemie zu wenig.

[3] Wie die Kantone gegenüber dem Bund verlangten auch die Gemeinden als direkt Betroffene gegenüber dem Kanton mehr Mitsprache oder zumindest eine angemessene Vorinformation bei Beschlüssen der Regierung. Mit Fortlauf der Pandemie verbesserte sich der Austausch mit den Gemeinden über den Einbezug des Gemeindeverbands wie auch der Krisenstäbe der Gemeinden und Städte. Um die verschiedenen Bundesmassnahmen zeitgerecht umsetzen zu können, arbeitete der Regierungsrat in der Vollzugsphase oft mit Varianten. Zudem war die *Kommunikation gegen aussen* bei der ausserordentlichen Publikation der Notverordnung und der darin vorgesehenen Massnahmen zentral. Entsprechend bewährte es sich, den Kommunikationsspezialisten mit am Tisch zu haben. Bei Massnahmen und Kommunikation versuchte man dabei, möglichst nahe an den Vorgaben des Bundes zu bleiben. Zudem führte der Regierungsrat das kantonale Verordnungsrecht im weiteren Verlauf der Pandemie in einer Verordnung zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19 V; BSG 815.123) zusammen, um nicht mehrere Verordnungen in verschiedenen Bereichen parallel nachführen zu müssen. Die Staatskanzlei betreute die

Covid-19 V federführend und nahm dabei thematische Regelungsinhalte von den jeweils zuständigen Fachdirektionen auf.

[4] Die fehlende Praxis führte namentlich beim *Zusammenwirken zwischen Regierungsrat und Grosse Rat* (Parlament) zu Unsicherheiten. Gemäss Artikel 91 KV/BE sind Notverordnungen sofort durch den Grosse Rat genehmigen zu lassen. Dabei stellten sich in der Praxis drei Fragen, welche es rasch zu lösen galt:

- Erstens, ist die Genehmigungsbefugnis des Grossen Rats integral zu verstehen oder sind Teilgenehmigungen möglich? Der Regierungsrat ging zuerst von einem integralen Verständnis aus. Er revidiert jedoch seine Ansicht u.a. aufgrund des Gutachtens von Prof. FELIX UHLMANN¹, dass eine Teilgenehmigung von thematisch zusammenhängenden Regelungen für zulässig hielt.
- Zweitens, was bedeutet «sofort» genehmigen? Im Sinne einer vernünftigen Frist führte der Grosse Rat keine ausserordentlichen Parlamentssitzungen durch, sondern behandelte die Notverordnungen in der nächsten, ordentlich geplanten Session.
- Drittens, wirken die Nichtgenehmigung respektive deren Rechtsfolge ex nunc oder ex tunc? UHLMANNs Gutachten sprach sich für eine ex nunc Wirkung aus. Dies kam in der Praxis nie zur Anwendung, da der Grosse Rat sämtliche Verordnungen bzw. Verordnungsänderungen genehmigte.

[5] Im Jahre 2022 initiierte das Parlament ein eigenes Projekt zur «Stärkung von Demokratie und Rechtsstaat»². Es wünschte einen stärkeren Einbezug bei einschränkenden Massnahmen während einer Krise. Die Kompetenz des Parlaments, selbst Notrecht zu erlassen, wurde schlussendlich nicht aufgenommen. Dafür ergänzte der Grosse Rat in Folge der Aufarbeitung der Rechtsetzung während der Krise das Grossratsgesetz (GRG/BE; BSG 151.21) mit folgenden Punkten: Eine vorgängige Konsultation der Finanzkommission vor (Stellungnahme ohne rechtliche Bindung); die Möglichkeit, die Antwortfristen zu Motionen zu kürzen (Art. 68 Abs. 4 GRG/BE); die Genehmigung von Notverordnungen innert sechs Wochen (Art. 46a GRG/BE); Pflicht zum Austausch zu Beginn und Ende einer ausserordentlichen Lage gemäss Artikel 91 KV sowie nachträgliche Berichterstattung über Massnahmen in Krisen (Art. 41a GRG/BE). Zudem führte der Kanton Bern die dringliche Gesetzgebung ein (Art. 74a KV/BE). So können zwei Drittel der Ratsmitglieder ein Gesetz sofort in Kraft setzen, wenn dessen Inkrafttreten keinen Aufschub duldet. Spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten findet obligatorisch eine Volksabstimmung statt. Bei Ablehnung tritt das dringliche Gesetz unmittelbar nach der Volksabstimmung ausser Kraft (Wirkung ex nunc).

[6] Zusammenfassend stellte TSCHUMI fest, dass während der Pandemie unübliche Wege gesucht und gefunden werden mussten. Man sei aber heute aufgrund der gemachten Erfahrungen und Rechtsanpassungen besser vorbereitet: Die Prozesse zwischen Regierungsrat und Grosse Rat seien geklärt und der Kanton könne auf die dringliche Gesetzgebung als Instrument zurückgreifen, um ausserordentliche Lagen und Krisen zu bewältigen.

¹ Gutachten von Prof. FELIX UHLMANN zuhanden der Finanzkommission (FIKO) des Grossen Rates des Kantons Bern betreffend Notverordnungen des Regierungsrates des Kantons Bern (Covid-19-Pandemie) vom 19. August 2020.

² Siehe Vortrag des Büros an den Grosse Rat vom 22. Mai 2023 (2020.PARL.333-678) (einsehbar unter <https://www.gr.be.ch>, Rubriken «Geschäfte/Geschäftssuche»).

2. Lois fédérales urgentes et droits politiques : comment garantir la sécurité juridique en temps de crise ?

[7] Dans le deuxième exposé, SARAH VITTOZ et FRANZ ZELLER, collaborateurs scientifiques, Unité Projets législatifs II, Office fédéral de la justice (OFJ), ont présenté les principales conclusions du rapport du Conseil fédéral du 15 mars 2024 « Référendums contre des lois fédérales urgentes et relation avec l'interdiction de renouvellement selon l'article 165 alinéa 4 de la Constitution ». Ce rapport donne suite au postulat 22.3010 de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N). VITTOZ et ZELLER ont ensuite discuté des conclusions du rapport avec FRÉDÉRIC BERNARD, Professeur ordinaire, Département de droit public, Université de Genève, et avec MIRJAM TSCHUMI, vice-chancelière, Chancellerie d'Etat du canton de Berne.

[8] L'exposé s'est concentré sur le processus législatif fédéral en situation de crise (législation d'urgence). Cette phase est souvent précédée par l'adoption par le Conseil fédéral d'ordonnances en vertu du droit de nécessité au sens de l'art. 185, al. 3, Cst. La majorité des membres de chacun des conseils peut ensuite déclarer une loi fédérale urgente et décider de son entrée en vigueur immédiate (voir art. 165, al. 1, Cst.). Les lois fédérales urgentes sont soumises au référendum facultatif. VITTOZ et ZELLER ont illustré comment le système du droit d'urgence a trouvé application dans le contexte de la crise du Covid-19. Dès mars 2020, le Conseil fédéral a en effet adopté plusieurs ordonnances limitées dans le temps. Le 25 septembre 2020, le Parlement a adopté la loi COVID-19 (RS 818.102) par la voie législative urgente, puis l'a partiellement modifiée à deux reprises (le 18 décembre 2020 et le 19 mars 2021), en fonction de l'évolution de la pandémie. Le référendum a été demandé contre cette loi suite à son adoption, mais certaines dispositions avaient été modifiées et déclarées urgentes avant la date de la votation populaire (scrutin du 13 juin 2021). La question s'est ainsi posée de savoir quel aurait été le sort des modifications de décembre 2020 et mars 2021 si l'acte de base (c'est-à-dire la version adoptée le 25 septembre 2020) avait été rejeté en votation populaire.

[9] Avant la votation populaire du 13 juin 2021, le Conseil fédéral avait considéré que les modifications seraient également devenues caduques du fait qu'elles dépendaient de l'acte de base³. Cette approche avait toutefois donné lieu à certaines critiques dans les milieux politique et scientifique⁴. Dans ce contexte, la CIP-N a déposé un postulat demandant au Conseil fédéral d'expliquer les conséquences de cette approche et de présenter les solutions envisageables afin de réduire l'insécurité juridique qui en découle.

[10] Dans son rapport du 15 mars 2024, élaboré par l'OFJ en collaboration avec un groupe d'experts du domaine académique⁵, des services du Parlement⁶ et de l'administration fédérale⁷, le Conseil fédéral arrive à la conclusion qu'il y a lieu de privilégier une approche différenciée. En particulier, il est opportun de faire une distinction entre les modifications ultérieures déclarées

³ Voir l'avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 relatif à l'interpellation Addor 21.3588 « Les Suisses trompés par la brochure explicative sur la loi Covid-19 ? ».

⁴ Voir les avis exprimés par DANIEL KETTIGER et FELIX UHLMANN dans l'article de presse de DENNIS BÜHLER, Und wenn das Covid-19-Gesetz abgelehnt wird?, Republik online, 2 juin 2021.

⁵ Prof. NADJA BRAUN BINDER (Université de Bâle), Prof. PASCAL MAHON (Université de Neuchâtel), Prof. STEFAN G. SCHMID (Université de Saint-Gall) et Prof. FELIX UHLMANN (Université de Zurich).

⁶ Commission de rédaction (SIGRID STEINER).

⁷ Section du droit et section des droits politiques de la Chancellerie fédérale (PATRICK MÄGLI, BEAT KUONI) ; Unité Législation II de l'Office fédéral de la justice (MARTIN WYSS) ; Unité Projets législatifs II de l'Office fédéral de la justice (MICHEL BESSON, SARAH VITTOZ, FRANZ ZELLER).

urgentes qui dépendent de l'acte de base (et qui deviendraient donc caduques en cas de rejet de celui-ci) de celles que l'on peut considérer comme indépendantes (qui pourraient en revanche subsister même en cas de rejet de l'acte de base). De l'avis du Conseil fédéral, le droit en vigueur offre par ailleurs suffisamment d'instruments permettant d'assurer la sécurité juridique en cas de votation référendaire sur une loi fédérale déclarée urgente. En particulier, lorsqu'un référendum est demandé, le législateur peut déterminer, dans les dispositions finales des modifications qu'il adopte, si ces modifications deviendront également caduques en cas de rejet de l'acte de base. Ce faisant, il doit respecter l'interdiction de renouvellement, par la voie législative urgente, d'une loi fédérale déclarée urgente refusée en votation populaire (voir art. 165, al. 4, Cst.). Le législateur peut également préciser quelles parties de l'acte de base doivent continuer à exister afin de pouvoir intégrer, d'un point de vue formel, les dispositions modifiées. C'est le cas par exemple du titre de l'acte, du but, des définitions, de la durée de validité, etc. Une autre option préconisée par le Conseil fédéral consiste à répartir la matière à régler dans plusieurs projets de loi urgents distincts, soumis chacun séparément au référendum. Une répartition soigneuse de la matière permettrait d'éviter de devoir compléter rapidement un seul acte de base.

[11] La CIP-N a pris connaissance du rapport du Conseil fédéral le 6 septembre 2024, et la commission homologue du Conseil des Etats le 14 octobre 2024. Aucun besoin de clarification supplémentaire n'a été signalé.

[12] De l'avis de BERNARD, la situation examinée dans le rapport devrait rester rarissime mais lorsqu'elle se produit, il est impossible de trouver une solution totalement satisfaisante. Le rapport du Conseil fédéral procède toutefois à des clarifications très intéressantes et utiles. Sans dicter des solutions, il sélectionne les options qui peuvent entrer en ligne de compte pour assurer à l'avenir la sécurité juridique et le respect des droits politiques. Une manière d'éviter des incertitudes serait de mettre en place un principe applicable par défaut (par exemple, les modifications adoptées ultérieurement deviendront également caduques en cas de rejet de l'acte de base), tout en permettant au Parlement de désigner au cas par cas des dispositions qui subsisteraient. Une autre option envisageable pour BERNARD serait que le Parlement évite d'inclure dans des modifications ultérieures de l'acte de base des modifications indépendantes et qu'il adopte pour celles-ci une loi séparée.

[13] VITTOZ et ZELLER ont enfin signalé la proposition formulée dans le cadre de l'initiative parlementaire Reimann 23.424 « Le peuple et les cantons doivent se prononcer sur les lois déclarées urgentes » de soumettre toutes les lois fédérales urgentes au référendum obligatoire dans les 100 jours qui suivent leur adoption par le Parlement. En février 2024, la CIP-N a décidé de ne pas donner suite à cette initiative. Elle craignait, d'une part, un affaiblissement de la libre-formation de leur opinion par les citoyens et estimait en outre que le délai de 100 jours était trop court. Le Conseil national a également refusé de donner suite à l'initiative en mai 2024. De l'avis de TSCHUMI, il est difficile de comparer cette proposition avec le système bernois, qui prévoit un délai de 6 mois pour la tenue d'une votation référendaire. En effet, cette disposition n'a pas encore été appliquée dans la pratique. D'un point de vue théorique, le délai de 100 jours n'apparaît pas irréaliste. Cependant, le respect d'un délai aussi court serait difficile, voire impossible, si le scrutin devait avoir lieu à une date de votation qui n'a pas encore été fixée.

[14] Pour plus d'informations, voir : FRANZ ZELLER / SARAH VITTOZ, Schutz direkter Demokratie bei dringlicher Gesetzgebung, Klare Regeln für dringlich erklärte Bundesgesetze, die das Parlament noch vor der Volksabstimmung abändern will, in: LeGes 35 (2024) 3.

3. Verfassungsrechtliches Notrecht und spezialgesetzliche Krisenklauseln – Gratwanderung zwischen Effektivität und Legitimation

[15] Das *dritte Referat* trug den Titel «Verfassungsrechtliches Notrecht und spezialgesetzliche Krisenklauseln – Gratwanderung zwischen Effektivität und Legitimation». CARL JAUSLIN und MARC SCHINZEL, wissenschaftliche Mitarbeiter, Rechtsetzungsprojekte I, Bundesamt für Justiz, stellten den *Bericht des Bundesrates* «Anwendung von Notrecht» vom 19. Juni 2024 (in Erfüllung der Po. 23.3438 RK-N vom 24. März 2023 und 20.3440 Schwander vom 6. Mai 2020, BBl 2024 1784) vor. Sie thematisierten insbesondere die Grundlagen und Grenzen des verfassungsrechtlichen Notrechts sowie dessen Verhältnis zu spezialgesetzlichen Krisenklauseln.

[16] Als *konzeptionelle Grundlage* unterschieden die Referenten eingangs die Notrechtspraxis und die Notrechtstheorie. Während die Notrechtspraxis auf Praxisbeispiele (Rechtswirklichkeit) sowie die jeweils entwickelten rechtlichen Begründungen und die Reaktionen darauf fokussiert, nimmt die Notrechtstheorie eine rechtsdogmatische Perspektive ein und betrachtet die Anwendungs- und Zulässigkeitsvoraussetzungen von Notrecht. Für die Erarbeitung des bundesrätlichen Berichts wurden zwei separate Arbeitsgruppen gebildet: Eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe⁸ erarbeitete Grundlagen im Bereich der Notrechtspraxis, eine verwaltungsexterne Experten-Gruppe aus der Wissenschaft⁹ im Bereich der Notrechtstheorie. Als Fallstudien dienten die UBS-Rekapitalisierung (2008), die COVID-19-Verordnungen (2020), der Axpo-Rettungsschirm (2022) und die CS-Übernahme (2023).

[17] In einem *ersten Teil* griffen die Referenten *vier Fragen zum intrakonstitutionellen Notrecht* heraus. Beim intrakonstitutionellen (oder verfassungsrechtlichen) Notrecht handelt es sich um Notverordnungen, die sich auf Artikel 183 Absatz 3 und/oder Artikel 185 Absatz 3 BV (SR 101) stützen. Im Unterschied dazu wird extrakonstitutionelles Notrecht ohne Verfassungsgrundlage im Falle eines Staatsnotstands oder einer existenzbedrohenden Lage für die Nation erlassen. Die Voraussetzungen für den Erlass von intrakonstitutionellen Notverordnungen sind das Vorliegen eines relevanten Schutzgutes, die Subsidiarität und die sachliche und zeitliche Dringlichkeit. Die Referenten widmeten sich zunächst der *Notrechtslage* und insbesondere den Fragen, ob (i) der Erlass von Notrecht auf den Polizeigüterschutz beschränkt ist oder ob auch der Schutz anderer Rechtsgüter oder gesellschaftspolitischer Interessen den Erlass von Notrecht legitimieren kann, und ob (ii) der Erlass von Notrecht nur bei unvorhersehbaren Notlagen zulässig ist. Sie argumentierten, dass den Staat gerade in Krisensituationen auch positive Handlungspflichten treffen, die nicht zwingend auf klassische Polizeigüter beschränkt seien. Der Bundesrat dürfe immer dann notrechtlich handeln, wenn fundamentale Rechtsgüter akut gefährdet sind, für die er eine Schutzpflicht hat (BGE 137 II 431 E. 3.3). Könne der Staat diesen Schutzpflichten nicht anders nachkommen, müsse er als *ultima ratio* auf Notrecht zurückgreifen. Entscheidend sei dabei auch die Systemrelevanz des Schutzguts. Das Notverordnungsrecht sei grundsätzlich für «echte» d.h. unvorhersehbare Notlagen gedacht; die Untätigkeit des Gesetzgebers kann den Bundesrat in einer

⁸ Zusammengesetzt aus der Bundeskanzlei (BK), den Parlamentsdiensten (PD) der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV), dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF), dem Bundesamt für Gesundheit (BAG), dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), dem Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft Bildung und Forschung/Generalsekretariat (GS-WBF) und dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten/Direktion für Völkerrecht (EDA/DV), unter Federführung des Bundesamts für Justiz (BJ).

⁹ Prof. EVA MARIA BELSER (Universität Freiburg im Üechtland); Prof. MAYA HERTIG (Université de Genève); Prof. ANDREAS KLEY (Universität Zürich); Prof. JÖRG KÜNZLI (Universität Bern), Prof. URS SAXER (Universität Zürich).

Notsituation jedoch nicht zur Hingabe fundamentaler Rechtsgüter zwingen, wenn diese Rechtsgüter Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden (BGE 137 II 431 E. 3.3). Anders zu entscheiden, würde von den Behörden verlangen, «der Verwirklichung einer schweren, voraussehbaren Gefahr tatenlos zuzusehen und gleichsam «in rechtsstaatlicher Schönheit» unterzugehen».¹⁰ Die Referenten widmeten sich weiter der *Notrechtshandlung* und insbesondere den Fragen, ob (iii) sich das Notrecht an geltendes Gesetzes- und Verfassungsrecht halten muss, und (iv) welche Grenzen der Anwendung von Notrecht gesetzt sind. Sie unterschieden dabei die Anwendung von Notrecht *praeter legem* (in Ergänzung des Gesetzes), *contra legem* (in Abweichung vom Gesetz) und *contra constitutionem* (in Abweichung von der Verfassung). Nach den Referenten sind Notverordnungen *contra legem* zulässig, um die Handlungsfähigkeit des Staats in einer Krisenlage zu gewährleisten. Schliesslich sei es gerade Sinn und Zweck des bundesrätlichen Notverordnungsrechts, an die Stelle des formellen Gesetzesrechts zu treten.¹¹ Damit wird der Bundesrat in Krisenzeiten faktisch vorübergehend zum Gesetzgeber, insoweit das Parlament aufgrund der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit nicht in der Lage ist, die Krise zu bewältigen. Grösste Zurückhaltung sei jedoch geboten bei der Abweichung von spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Krisenbewältigung, bei Abweichungen vom Öffentlichkeitsprinzip und dem notrechtlichen Erlass von Strafbestimmungen. Anerkannte Grenzen des konstitutionellen Notrechts seien das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Diskriminierungsverbot, die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, die notstandsfesten Garantien der EMRK (SR 0.101) und des UNO-Pakts II (SR 0.103.2) sowie die grundrechtlichen Kerngehalte.

[18] In einem *zweiten Teil* widmeten sich die Referenten *spezialgesetzlichen Krisenklauseln*. Diese ermächtigen den Bundesrat im Spezialgesetz, unselbständige Verordnungen zur Krisenbewältigung zu erlassen. Beispiele dafür stellen Artikel 6 Epidemien-gesetz (SR 818.101), Artikel 55 Asyl-gesetz (SR 142.31) und Artikel 31 Landesversorgungsgesetz (SR 531) dar.¹² Die Vorteile solcher Klauseln liegen nach den Referenten darin, dass der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Notrechtskompetenz des Bundesrates konkretisieren und damit die demokratische Legitimation von Notmassnahmen stärken könne. Zudem werde der Bundesrat verpflichtet, sich an die besonderen Notbestimmungen zu halten und nur im absoluten Ausnahmefall auf verfassungsunmittelbares Notrecht zurückzugreifen. Damit spezialgesetzliche Krisenklauseln diese Funktion erfüllen können, sei es ratsam, im Spezialgesetz die relevanten Schutzgüter und die Bedeutung der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit im betreffenden Kontext ausreichend zu konkretisieren, eine Befristung der Notmassnahmen vorzusehen und zu regeln, von welchen Normen mit Notmassnahmen (nicht) abgewichen werden darf.

[19] In einem *dritten Teil* beleuchteten die Referenten die *Kontrolle von Notrecht*. Eine vorgängige abstrakte Normenkontrolle ist *de lege lata* nicht vorgesehen (Art. 189 Abs. 4 BV). Eine richterliche Überprüfung verfassungsunmittelbarer Notrechtsverordnungen ist einzig akzessorisch durch Anfechtung einer darauf gestützten Verfügung möglich. Befürworter einer abstrakten Normenkontrolle *de lege ferenda* führen insbesondere an, dies würde ein erhöhtes Vertrauen in das Krisen-

¹⁰ MARKUS MÜLLER / CHRISTOPH JENNI, Sicherheit & Recht 2/2010, S. 105.

¹¹ LUZIUS MADER, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS, Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR, 2010, 107–116, S. 110.

¹² Für eine Liste von spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Krisenbewältigung, die weitreichende Rechtsetzungskompetenzen an den Bundesrat delegieren, siehe Anhang 2 des Parlamentsgesetzes (ParlG, SR 171.10). Verordnungen gestützt auf diese spezialgesetzlichen Delegationsnormen werden für die Zwecke der Konsultationspflicht gemäss Art. 151 Abs. 2^{bis} ParlG mit den Verordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV gleichgestellt.

management bewirken, eine verbesserte Verhältnismässigkeitskontrolle erlauben und präventive Wirkung entfalten, sodass die Zulässigkeit von Notrechtsmassnahmen vor ihrem Erlass angemessene Berücksichtigung erhält. Gegner führen insbesondere an, eine abstrakte Normenkontrolle würde die Handlungsfähigkeit des Staats in der Regierung gefährden, führe zu Rechtsunsicherheit und wäre systemfremd, da sie auch für Bundesgesetze nicht vorgesehen ist (Art. 190 BV). Bei der Erarbeitung des Berichts prüften die beiden Arbeits- und Expertengruppen auch die Möglichkeit, eine richterliche Instanz mittels Gutachtens in die Überprüfung bundesrätlicher Notverordnungen einzubeziehen, verwarfen die Idee jedoch. Gestärkt wurde hingegen jüngstens die politische Kontrolle: Gemäss Artikel 151 Absatz 2^{bis} ParlG (SR 171.10) konsultiert der Bundesrat die zuständigen Parlamentskommissionen zu Verordnungen, die er gestützt auf Artikel 185 Absatz 3 BV oder bestimmte spezialgesetzliche Krisenklauseln erlässt.

[20] Zum Schluss präsentierten die Referenten die Massnahmen, die der Bundesrat mit der Verabschiedung des Berichts beschlossen hat (BBl 2024 1784, S. 100). Erstens will der Bundesrat *Transparenz schaffen*. Konkret will er hierfür die Einführung einer expliziten Begründungspflicht beim Erlass von Notrecht im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG, SR 172.010) prüfen, wie sie übrigens auch von der pa. Iv. 23.439 Caroni «Begründungspflicht beim Erlass von Notrecht» gefordert wird. Zweitens will der Bundesrat die *Rechtssicherheit fördern*. Hierzu soll ein Prüfschema für die Notrechtspraxis zuhanden der Ämter erarbeitet werden. Drittens will der Bundesrat die *Resilienz stärken*. Geplant sind Leitlinien für die Erarbeitung von spezialgesetzlichen Krisenbestimmungen zuhanden der Ämter in der Bundesverwaltung, um Notlagen zu antizipieren und auf eine krisenfeste Gesetzgebung hinzuwirken. Die genannten Folgeaufträge aus dem Notrechtsbericht sollen bis Ende 2025 umgesetzt werden.

[21] Für eine vertiefte Behandlung der Thematik vergleiche den Beitrag der Referenten in der vorliegenden Ausgabe, CARL JAUSLIN / MARC SCHINZEL, Krisenfeste Gesetzgebung: Notwendigkeit oder Illusion? LeGes 35 (2024) 3.

4. Gemeinsamkeiten und Unterschiede des intrakonstitutionellen Notrechts in den Kantonen

[22] Im letzten Referat stellte STEFANIE RUSCH, Doktorandin der Universität Freiburg i.Ue., die Gemeinsamkeiten und Unterschiede intrakonstitutionellen Notrechts in den Kantonen vor. Sie unterschied bei den kantonalen Notrechtssystemen, die im Übrigen nur intrakonstitutionell sein können, zwischen *Notrechtsklauseln* und *Notstandsklauseln*: Erstere ermächtigen die Regierung, unmittelbar gestützt auf die Kantonsverfassung Verordnungen und Verfügungen zu erlassen – ähnlich dem Artikel 185 Absatz 3 BV auf Bundesebene; *Notstandsklauseln* ermächtigen oder verpflichten dagegen den Gesetzgeber, Regelungen zur Bewältigung von Katastrophen, Krisen oder anderen ausserordentlichen Lagen vorzusehen. In 24 Kantonsverfassungen finden sich zurzeit Bestimmungen betreffend das Notrecht. Nur der Kanton Tessin kennt kein verfassungsrechtliches Notrechtssystem. Im Kanton Appenzell Innerrhoden nahm die Landsgemeinde 2024 eine entsprechende Verfassungsbestimmung an. Diese ist aber noch nicht in Kraft. Der Kanton Zug kennt bloss eine Notstandsklausel.

[23] Kantonale Notrechtssysteme sollten insbesondere mit Blick auf die *höchstmögliche demokratische Legitimation* auf Stufe Kantonsverfassung verankert sein. Sie sollten generalklauselartig, zugleich aber hinreichend bestimmt formuliert sein und dabei die zu schützenden Rechtsgü-

ter, die sachliche und zeitliche Dringlichkeit sowie die Subsidiarität umschreiben. Vergleicht man die verschiedenen Kantonsverfassungen, so sprechen diese meist von «Massnahmen» (z.B. Art. 117 KV/FR [SR 131.219] oder § 44 Abs. 2 KV/TG [SR 131.228]), «Befugnissen» (z.B. Art. 93 Abs. 2 KV/SO [SR 131.221]) oder Ähnlich sowie von «Verordnungen» (z.B. Art. 48 Abs. 1 KV/GR [SR 131.226]) oder «Erlassen» (z.B. Art. 64 Abs. 2 KV/NW [SR 131.216.2]). Die Konkretisierung der Massnahmenkompetenzen erfolgt hierbei häufig auf Stufe Gesetz. Bei vielen Kantonen ergibt sich die Möglichkeit, mittels Massnahmen vom bestehenden Recht abzuweichen, explizit aus der Verfassung (siehe z.B. § 44 KV/TG), bei andern bloss implizit (z.B. Art. 91 KV/BE [SR 131.212]). Als Korrektiv zu diesen Befugnissen lassen sich Beschränkungen der Geltungsdauer von Notverordnungen, die Information des Parlaments über getroffene Massnahmen (Miteinbezug) oder die nachträgliche parlamentarische Genehmigung nennen. Letztere sehen grundsätzlich alle Notrechtsklauseln vor, wobei viele Kantonsverfassungen die Genehmigung der Notverordnungen «sofort» (z.B. Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL [SR 131.222.2]) oder «unverzüglich» fordern (z.B. Art. 72 Abs. 2 KV/ZH [SR 131.211]).

[24] Auf Nachfrage, welche Notrechtsnormierung sie unter den bestehenden kantonalen Normen als gutes Beispiel erachte, nannte RUSCH eine Kombination aus der Notrechtsklausel des Kantons Solothurn und der Notstandsklausel inklusive Ausführungsgesetz des Kantons Zug mit Begründung zu den jeweiligen Normen:

- Die *Notrechtsklausel des Kantons Solothurn* (Art. 79 Abs. 4 KV/SO) ist als Generalklausel normiert und umfasst mehrheitlich die notwendigen Anwendungsvoraussetzungen, namentlich die einschlägigen Schutzgüter (öffentlich Ordnung und Sicherheit und soziale Notstände) sowie die zeitliche Dringlichkeit («eingetretene oder unmittelbar drohende Störungen»). Allerdings wäre die sachliche Dringlichkeit eingängiger zu formulieren (z.B. «schwere Störungen»). Der Kompetenzumfang ist mit «Verordnungen» klar festgelegt. Diese sind auf ein Jahr befristet und müssen dem Kantonsrat «sofort» zur Genehmigung unterbreitet werden. Aus der Formulierung, dass die Verordnungen *spätestens* nach einem Jahr dahinfallen, ergibt sich, dass sie bei einer Nichtgenehmigung *ex nunc* hinfällig werden bzw. bei einer Genehmigung für höchstens ein Jahr in Kraft stehen.
- Die *Notstandsklausel des Kantons Zug* (§ 84 KV/ZG [SR 131.218]) umschreibt die Anwendungsvoraussetzungen in Absatz 1 noch deutlicher: *«Zum Schutze der Bevölkerung und zur Abwehr unmittelbarer Gefahr sind auf dem Wege der Gesetzgebung notrechtliche Massnahmen vorzusehen für den Fall von Katastrophen, kriegerischen Ereignissen oder anderen Notlagen, die wegen ausserordentlicher sachlicher und zeitlicher Dringlichkeit im vorgeschriebenen Verfahren und mit den ordentlichen Mitteln nicht bewältigt werden können»*. Der Kompetenzumfang ist dabei – wie üblich für Notstandsbestimmungen – weit gehalten («Massnahmen»). Der Absatz 2 ermächtigt den Gesetzgeber, auch Befugnisse für den Erlass von Massnahmen *contra constitutionem* an den Regierungs- oder Kantonsrat zu übertragen. § 12 Absatz 1 des Bevölkerungsschutzgesetzes vom 26. September 2019 (BevSG/ZG [BGS 541.1]) konkretisiert diese Berechtigung und erlaubt dem Regierungsrat, *«zur Abwehr einer schweren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bestehende Erlasse einstweilen ganz oder teilweise ausser Kraft [zu] setzen und an deren Stelle Notverordnungen»* zu erlassen. Damit begrenzt das Gesetz den Kompetenzumfang richtigerweise auf die Form der Verordnung. Die genannten «Erlasse» umfassen sowohl Gesetzes- als auch Verfassungsbestimmungen, sodass Massnahmen *contra legem* und *contra constitutionem* zulässig sind.

Besonders hervorzuheben ist das *Korrektiv* im BevSG/ZG: Der Regierungsrat muss den Notstand förmlich feststellen (§ 10 Abs. 1 BevSG/ZG), um seine Notverordnungskompetenz in Anspruch nehmen zu können. Wird er rechtsetzend tätig, so muss er den Kantonsrat und die Gemeinden über die erlassenen Bestimmungen informieren (§ 12 Abs. 2 BevSG/ZG). Der Kantonsrat prüft schliesslich innert 30 Tagen, ob die Notstandsvoraussetzungen gegeben sind und entscheidet innert weiterer 60 Tage über die Aufhebung oder Aufrechterhaltung des Notstands (§ 11 Abs. 1 und 2 BevSG/ZG). Bei Bedarf hebt er den Notstand mit einfachem Beschluss auf. Damit fallen die Massnahmen unmittelbar dahin (§ 13 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 BevSG/ZG). Regelungslücken können durch eine Verlängerung des Notstands durch den Regierungsrat selbst um 60 Tage oder via Antrag an den Kantonsrat um 1 Jahr verhindert werden (§ 14 Abs. 2 BevSG/ZG).

[25] Für weitere Ausführungen zu den Notrechtssystemen in den Kantonen sei an der Stelle auf den Beitrag STEFANIE RUSCH / BERNHARD WALDMANN, *Kantonale Notrechtssysteme*, in: Jusletter 3. Juni 2024 verwiesen.

5. Podiumsdiskussion

[26] Zum Abschluss der Veranstaltung fand eine Podiumsdiskussion mit FRÉDÉRIC BERNARD, STEFANIE RUSCH und MARC SCHINZEL statt, moderiert durch CARL JAUSLIN. In einem *ersten Block* diskutierten die Podiumsteilnehmer, *ob es opportun sein könnte, das System des verfassungsrechtlichen Notrechts punktuell zu revidieren*. Eine Verfassungsrevision könnte beispielsweise klarstellen, dass auch weitere Schutzgüter ausser den Polizeigütern den Erlass von Notrecht legitimieren können, dass auch Notrecht *contra legem* zulässig ist und welches die verfassungsrechtlichen Schranken des Notrechts sind. De l'avis de BERNARD, il serait difficile de définir clairement la notion de «troubles menaçant gravement l'ordre public» prévue à l'art. 185, al. 3, Cst. Il serait en revanche utile de prévoir des limites autonomes au droit de nécessité dans la Constitution. D'importants désaccords subsistent toutefois dans le monde académique à ce sujet. BERNARD relève également que, malgré l'existence de certaines incertitudes, l'on peut affirmer que la gestion de la pandémie en Suisse a relativement bien fonctionné. SCHINZEL äusserte sich skeptisch hinsichtlich einer Ergänzung von Artikel 185 Absatz 3 BV, insbesondere mittels Präzisierung des Wortlauts. Krisen richteten sich nicht nach Begriffen. Sie seien rechtsterminologisch nur begrenzt fassbar. Die Dynamik von Notsituationen könne ganz unterschiedlich sein. Der Bundesrat wende keineswegs leichthin Notrecht an oder rede gar Krisen herbei. Die Krise, ihre Intensität und ihr Schadenspotenzial, wirke sich auf die Handlungsoptionen aus. Das Podium widmete sich auch der Frage, was der Verfassungs- und Gesetzgeber des Bundes von einem interkantonalen Rechtsvergleich *de lege ferenda* lernen könnte. RUSCH betonte, die Funktion der föderal-kantonalen Vielfalt als gesetzgeberisches «Laboratorium» sei auch im Bereich des Notrechts eine wichtige Idee, der Lernprozess gehe jedoch in beide Richtungen, also auch vom Bund zu den Kantonen. Als Beispiel für ein ihrer Ansicht nach legistisch «ideales» Notrechtssystem nannte sie eine Kombination von Artikel 79 KV SO (Notrechtsklausel) und § 84 KG ZG (Notstandsklausel). Die beiden Bestimmungen regeln die Anwendungsvoraussetzungen, den Kompetenzumfang und die Bindung an die bestehende Rechtsordnung in vergleichsweise bestimmter Weise.

[27] In einem *zweiten Block* drehte sich die Diskussion um den *Mehrwert spezialgesetzlicher Krisenklauseln*. Zur Diskussion stellte der Moderator auch, ob die Gesetzgebung routinemässig auf

ihre Krisenkompatibilität geprüft werden sollte, etwa indem der Katalog von Artikel 141 ParlG zu Themen, die in Botschaften des Bundesrates erläutert werden müssen, um eine Pflicht zur Krisenfolgenabschätzung ergänzt wird. De l'avis de BERNARD, les dispositions prévues par des lois spéciales applicables à la gestion des crises présentent une plus-value évidente, sous réserve du respect du droit constitutionnel et des clauses indérogeables du droit international, ainsi que du fait que les crises risquent alors de passer sous le «radar constitutionnel». BERNARD relève en outre l'importance de prévoir des règles concernant non seulement l'entrée dans une crise, mais aussi la sortie de celle-ci. Une option consisterait par exemple à prévoir des dispositions crépusculaires («sunset clauses»), c'est-à-dire des dispositions temporaires dont la prolongation est soumise à évaluation. RUSCH befürwortete den Erlass von spezialgesetzlichen Krisenklauseln. Ist bereits in der Normallage absehbar, dass in einem Bereich Krisen eintreten können, so sei es sinnvoll, auch für die Krisenlage angemessene Regelungen zu treffen, zumal die Abstützung auf spezialgesetzliche Krisenklauseln eine höhere demokratische Legitimation sowie Rechtssicherheit mit sich bringt. Dennoch sollten Krisenklauseln mit Bedacht geschaffen werden: Nur dort, wo sich relativ konkrete Szenarien antizipieren lassen oder Erfahrungswerte bestehen, können («echte») Krisenklauseln einen Mehrwert bringen bzw. nicht als reine Verweisungsnormen auf Notrecht oder toter Buchstabe im Gesetz verbleiben. SCHINZEL stimmte dieser Aussage zu. Spezialgesetzliche Krisenklauseln dürften nicht zu weit und unbestimmt gefasst sein, da ihr Mehrwert ja gerade darin liege, dem gesetzlichen Bestimmtheitsgebot auch in ausserordentlichen Situationen so gut wie möglich zu entsprechen. Das geltende Epidemien-gesetz werde diesem Anspruch nicht wirklich gerecht. Andererseits wäre es eine Illusion zu glauben, man könne mit solchen Bestimmungen jeden erdenklichen Krisenfall abdecken. Zu detaillierte Krisenklauseln könnten falsche Hoffnungen wecken, wenn sich eine Krise anders als im Gesetz vorgesehen entwickelt. In solchen Fällen müsste der Bundesrat doch wieder auf Artikel 185 Absatz 3 BV zurückgreifen.

[28] Sämtliche Tagungsunterlagen finden sich auf der Homepage des Bundesamts für Justiz; abrufbar unter: «<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/rechtsetzungsforum/veranstaltungsthemen/44.html>». Das 45. Forum für Rechtsetzung findet voraussichtlich am Donnerstag, dem 24. April 2025 statt und dreht sich thematisch um Amtshilfe.

Dr. sc. GABRIEL GERTSCH, stellvertretender Fachbereichsleiter, Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I, Bundesamt für Justiz.

JASMIN SANGIORGIO, Avocate, collaboratrice scientifique, Unité Projets législatifs II, Office fédéral de la justice.

Dr. iur. KARL-MARC WYSS, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Fachbereich Rechtsetzungsprojekte II, Bundesamt für Justiz.