

Johanna Jean-Petit-Matile

## **Gerichtliche Kontrolle von Notrecht**

### **Effektiver Rechtsschutz bei der Krisenbewältigung**

---

Der Rechtsschutz während der Covid-19-Pandemie war lückenhaft. Die gerichtliche Kontrolle erfolgte zu spät und erwies sich aufgrund der vielzähligen Rechtsgrundlagen als verworren und unvollständig. Zwar wurden unter dem Eindruck der Krise viele Vorschläge für einen effektiveren Rechtsschutz gemacht, jedoch wurde bis jetzt keiner weiterverfolgt. Dabei sollten Gerichte auch während Krisen rechtsstaatliche und grundrechtliche Garantien sicherstellen. Die Autorin zeigt auf, weshalb der gerichtliche Rechtsschutz de lege lata nicht befriedigt und Anpassungen notwendig sind.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Staats- und Beamtenhaftungsrecht, Verwaltungsrecht

Zitiervorschlag: Johanna Jean-Petit-Matile, Gerichtliche Kontrolle von Notrecht, in: Jusletter 27. Mai 2024

## Inhaltsübersicht

- Einleitung
- 1. Zugang zur gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen während der Covid-19-Pandemie
  - 1.1. Verordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV
    - 1.1.1. Der Ausschluss des Rechtsschutzes durch die COVID-Verordnung Kultur vom 21. März 2020
    - 1.1.2. Notwendige Klärung der Rechtsgrundlagen
  - 1.2. Die Herausforderung des aktuellen Beschwerdeinteresses
    - 1.2.1. Das Urteil des EGMR in Sachen *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)* gegen die Schweiz
    - 1.2.2. Die erforderliche Beschleunigung der Verfahren
  - 1.3. Verordnungen gestützt auf spezialgesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung (Art. 7 EpG)
  - 1.4. Kantonale Notverordnungen
    - 1.4.1. Gerichtliche Kontrolle von kantonalen Sekundärmassnahmen
    - 1.4.2. Funktionierender kantonaler Rechtsschutz
  - 1.5. Zwischenfazit
- 2. Diskussionen über den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Nachgang zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie
  - 2.1. Parlamentarische Initiativen zur Einführung einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen
    - 2.1.1. Anfechtungsobjekt und Beschwerdeinstanz einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen
    - 2.1.2. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde
    - 2.1.3. Und noch einmal: die Beschleunigung des Verfahrens
    - 2.1.4. Die von der Kommission befürchtete Konkurrenz zwischen Parlament und Bundesgericht
  - 2.2. Vorschlag eines Eilverfahrens an das Bundesgericht
  - 2.3. Vorschlag einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit
- 3. Fazit

## Einleitung

[1] Die Diskussion über den Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen<sup>1</sup> wird seit längerem geführt und hat sich insbesondere während der Covid-19-Pandemie aktualisiert.<sup>2</sup> Auch nach der akuten Krise wird das Thema in Politik und Wissenschaft kontrovers diskutiert.<sup>3</sup> Vorliegend steht der *effektive* Rechtsschutz, der in Art. 29a BV als Grundrecht verankert und als rechtliches Gebot und Leitmotiv der materiellen Grundrechte anerkannt ist, im Zentrum.<sup>4</sup> Als *effektiv* gilt jener

---

<sup>1</sup> Als ausserordentliche Lage wird hier eine Situation verstanden, die den normalen Lebensgang massiv stört oder verunmöglicht und daher Notrecht legitimiert (vgl. RALPH TRÜMPLE, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen – Palliation mit klingendem Namen, SJZ 108/2012, S. 309 ff., S. 315); vgl. MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Aufl., Bern 2023, S. 126 f.

<sup>2</sup> Vgl. Motion SPK-N 11.3006 vom 3. Februar 2011, Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen; vgl. TRÜMPLE (Fn. 1), S. 314; Vgl. Motionen Zopfi Mathias 21.3690 und Engler Stefan 21.3689 beide vom 10. Juni 2021, gleichlautend «Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit».

<sup>3</sup> Zuletzt von ARTUR TEREKHOV, Die Justiz in Zeiten von Covid: Eine erste Analyse, Plädoyer 4/2023, S. 15 ff.

<sup>4</sup> GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Evaluation der Bundesrechtspflege, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» und «Studie Rechtsschutzlücken», ZfR 4/2014, S. 35 ff., S. 45 N. 16; ANDREAS KLEY, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, St. Gallen 2023, Art. 29a N. 5

Rechtsschutz, der wirksam zur Rechtsverwirklichung beiträgt. Insbesondere während Krisen bildet er Teil des Interesses an der Beachtung und Wahrung wesentlicher Elemente des demokratischen Rechtsstaats, wie die Garantie der Grundrechte und den Schutz von sozialen Minderheiten und wirtschaftlich Schwachen.<sup>5</sup> Auch die Erfahrung der Covid-19-Pandemie hat die Wichtigkeit des effektiven Rechtsschutzes gezeigt: Durch die Kompetenzverlagerung hin zur Exekutive und der eingeschränkten Tätigkeit des Parlaments erlangte die gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit getroffener Massnahmen nach der Idee der Gewaltenteilung besondere Relevanz. Die gerichtliche Kontrolle stellt unter anderem die Gewaltenteilung sicher und müsste als Kompensation von demokratischen Verlusten während Krisen dienen. Besondere Beachtung findet in diesem Beitrag der Zugang zur gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, da im Zuge der Pandemiebekämpfung mittels Notverordnungen teilweise in schwerwiegender Weise in Grundrechte, namentlich in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und den Rechtsschutz (Art. 29a BV), eingegriffen wurde.<sup>6</sup> Letzteres ist besonders ins Gewicht gefallen, da der Rechtsschutz bereits durch die Zentralisierung von den Kantonen hin zum Bund geschwächt wurde.<sup>7</sup>

[2] Nachstehend wird untersucht, ob und inwiefern der effektive Rechtsschutz während der Covid-19-Pandemie verwirklicht wurde und wie er verbessert werden könnte, wenn während Krisen «die Stunde der Exekutive» schlägt.<sup>8</sup> Begonnen wird mit einem summarischen Überblick über die Rechtsgrundlagen des Notrechts und ihre Bedeutung für den Zugang zur gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen.<sup>9</sup> Im Einzelnen werden Verordnungen gestützt auf die Verfassung (Art. 185 Abs. 3 BV) und gestützt auf spezialgesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung (Art. 7 EpG) sowie kantonale Notverordnungen analysiert. Ebenso wird auf das aktuelle Beschwerdeinteresse eingegangen, welches während Krisen ein Hindernis für einen effektiven Rechtsschutz darstellt.<sup>10</sup> Anhand ausgewählter Rechtsprechungsbeispiele betreffend die Covid-19-Pandemie werden die Herausforderungen während einer Krise beschrieben, die sich ergeben, wenn die Exekutive Massnahmen ergreift, die normalerweise dem (Bundes-)Gesetzgeber oder den Kantonen vorbehalten sind. Der Schwerpunkt wird dabei auf die Phase der Bewältigung einer Krise, nicht jedoch auf allfällige Präventions- oder Vorbereitungsphasen gelegt.<sup>11</sup> Durch die Covid-19-Pandemie wurden deutliche Rechtsschutzlücken bemerkbar. Diese Erfahrung hat Anpassungsvorschlägen von Lehre und Politik Schwung verliehen, jedoch scheint der politische

---

(zit. SGK BV-AUTOR/-IN); BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 29a N. 3 f. (zit. BSK BV-AUTOR/-IN).

- <sup>5</sup> MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010, S. 409 ff., S. 441.
- <sup>6</sup> FRÉDÉRIC BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sécurité & Droit 3/2020, S. 130 ff., S. 140 f.; DANIELA THURNHERR, Rechtsschutz in der Krise, in: Kurt Pärli/Tabea R. Weber-Fritsch (Hrsg.), Symposium #iuscoronae, Rechtswissenschaft in der Corona-Krise, Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der Juristischen Fakultät Basel, Basel 2021, N. 3.
- <sup>7</sup> Vgl. EVA MARIA BELSER, Managing the Coronavirus Pandemic in Switzerland, How federalism went into emergency mode and struggled to get out of it, in: Comparative Federalism and Covid-19, 2021, S. 124 ff., S. 132.
- <sup>8</sup> MARKUS MÜLLER, Notrecht im Rechtsstaat ist legitim, in: NZZ vom 9. Juni 2023, S. 19; vgl. BELSER (Fn. 7), S. 126 f.; vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl 123/2022, S. 59 ff., S. 84 f.
- <sup>9</sup> Vgl. Kapitel 1.
- <sup>10</sup> Vgl. Kapitel 1.2.
- <sup>11</sup> Vgl. zur Differenzierung verschiedener Phasen einer Krisenbewältigung ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, ZSR Sondernummer «Pandemie und Recht» 2020, S. 69 ff., S. 77 ff.

Impetus mittlerweile wieder zu verklingen, ohne dass die Vorschläge umgesetzt wurden. Es besteht nach wie vor Handlungsbedarf für die Sicherstellung eines krisentauglichen Rechtsschutzes in der Schweiz. Dieser Beitrag diskutiert die Ausgestaltung der Anpassungsvorschläge und zeigt auf, wie der Rechtsschutz während Krisen verbessert werden kann. Die Vorschläge betreffen namentlich die Erweiterung der abstrakten Normenkontrolle betreffend Notverordnungen, die Einführung eines Eilverfahrens an das Bundesgericht und die Einrichtung einer umfassenden Gerichtsbarkeit.<sup>12</sup>

## 1. Zugang zur gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen während der Covid-19-Pandemie

[3] Zu den Aufgaben der Justiz gehört die Sicherstellung grundrechtlicher Ansprüche, welche auch während Krisen gewahrt werden müssen.<sup>13</sup> Die in Art. 29a BV verankerte Rechtsweggarantie gewährleistet grundsätzlich bei allen Rechtsstreitigkeiten den Zugang zu wenigstens einem unabhängigen Gericht, das Rechts- und Sachverhaltsfragen umfassend überprüfen kann.<sup>14</sup> Dieses Gericht muss nicht ein höheres oder das Bundesgericht sein.<sup>15</sup> Zudem verlangt die Rechtsweggarantie nicht eine abstrakte Normenkontrolle und steht auch nicht im Widerspruch zu Ermessensspielräumen, die den gesetzgebenden und rechtsanwendenden Behörden eingeräumt werden.<sup>16</sup> Der verfassungsmässig verankerte gerichtliche Rechtsschutz besteht nicht absolut und wird bereits durch die Verfassung selbst in gewissen Bereichen eingeschränkt.<sup>17</sup> Gemäss Art. 29a Satz 2 BV kann der Zugang zur gerichtlichen Beurteilung in Ausnahmefällen auch vom Gesetzgeber ausgeschlossen werden.<sup>18</sup> Die Ausnahmefälle sind restriktiv auszulegen und bedürfen spezifischer Gründe.<sup>19</sup> Namentlich werden die mangelnde Justiziabilität einer Materie oder die Ausgestaltung demokratischer Mitwirkungsrechte in den Kantonen als Begründung genannt.<sup>20</sup> Grundsätzlich können auch selbständige Verordnungen Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorsehen, die anstelle von Bundesgesetzen gelten.<sup>21</sup> Dementsprechend sind Ausnahmen von der Rechtsweggarantie ebenfalls in Notverordnungen möglich, wobei der Ordnungsgeber an die genannten spezifischen Ausnahmegründe und die restriktive Auslegung der Ausnahmefälle gebunden ist.<sup>22</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl. Kapitel 2.

<sup>13</sup> Vgl. ZÜND/ERRASS (Fn. 11), S. 90.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 6 und 13 EMRK; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 13 f.; MARION SPORI, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, AJP 2008, S. 147 ff., S. 151.

<sup>15</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 13.

<sup>16</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 14 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 189 Abs. 4 BV; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 17 f.

<sup>18</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 17.

<sup>19</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 23; SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 19 f.

<sup>20</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 23; SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 19.

<sup>21</sup> Vgl. SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 40.

<sup>22</sup> Vgl. SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 39 f.

[4] Die völkerrechtlichen Pendanten zu Art. 29a BV sind das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und das Recht auf ein Gericht und Zugang dazu gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK.<sup>23</sup> Artikel 13 EMRK verankert einen völkerrechtlichen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde und zählt zu den notstandsfesten Garantien.<sup>24</sup> Die Schweiz wird dadurch verpflichtet, auch im Falle eines Notstands einen wirksamen Rechtsschutz zu garantieren, wenn die Verletzung eines durch die EMRK garantierten Rechte in Frage steht. Ebenfalls hält Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II eine wirksame Beschwerde gegen Verletzungen der im UNO-Pakt II anerkannten Rechte fest.<sup>25</sup> Detailliertere Ausprägungen der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV werden in diesem Beitrag anhand der krisenspezifischen Situation mit Rechtsprechungsbeispielen illustriert.<sup>26</sup>

[5] Die rechtliche Grundlage, auf deren Basis sog. Notrecht<sup>27</sup> erlassen wird, wirkt sich auf den Rechtsschutz gegen darauf gestützte Massnahmen aus.<sup>28</sup> Während der Covid-19-Pandemie war nicht immer transparent, aufgrund welcher Überlegungen die Form des Erlasses – Verordnung, Allgemeinverfügung oder Realakt – und die heranzuziehende Rechtsgrundlage gewählt wurden. Diese Unsicherheit führte zu Unklarheiten betreffend eine anschliessende gerichtliche Kontrolle.<sup>29</sup> Gleichzeitig stellte die dynamische Entwicklung der Pandemie eine Herausforderung für den effektiven Rechtsschutz aufgrund der Prozessvoraussetzung des aktuellen Beschwerdeinteresses dar. Die Notverordnungen wurden teilweise in so kurzer Abfolge geändert, dass es Beschwerdeführenden an einem aktuellen Beschwerdeinteresse fehlte.<sup>30</sup> Eine zeitnahe gerichtliche Überprüfung von Massnahmen, die aufgrund menschenrechtlicher Garantien und der Rechtsprechung des EGMR erforderlich ist, fand während der Covid-19-Pandemie nicht statt. Angesichts dieser Rechtsschutzlücken während Krisen drängt sich die Frage auf, ob eine krisenspezifische Anpassung des gerichtlichen Rechtsschutzes in der Schweiz notwendig ist und wie diese ausgestaltet werden könnte.

[6] Wenn der Rechtsweg einmal eröffnet ist, gibt es andere Schwierigkeiten, die sich aus der Natur des Notrechts ergeben (empirische Unsicherheit, dynamische Entwicklungen), die – nun nicht mehr rechtlich – sondern praktisch die Überprüfung von Massnahmen erschweren.<sup>31</sup> Den Gerichten standen nicht dieselben Ressourcen wie der Verwaltung zur Überprüfung der (natur-)wissenschaftlichen Informationen zur Verfügung. Schliesslich ist eine Beurteilung von Massnahmen oftmals nur retrospektiv möglich.<sup>32</sup> Die unklare (natur-)wissenschaftliche Lage

---

<sup>23</sup> Vgl. DENISE RENGER, in: Handkommentar EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Basel 2023, Art. 13 N. 5.

<sup>24</sup> Vgl. BERNARD (Fn. 6), S. 139.

<sup>25</sup> SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 3.

<sup>26</sup> Vgl. Kapitel 1.1. ff.

<sup>27</sup> Zum Begriff des Notrechts statt vieler: ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 268 ff., S. 268 f.; DAMIAN WYSS, Sicherheit und Notrecht, in: Jusletter 25. Mai 2020, N. 2 und N. 11 ff.; Vorliegend werden mit dem Begriff des Notrechts Ermächtigungen in der Verfassung oder im Gesetz bezeichnet, die dem Bundesrat Kompetenzen erteilen, innerhalb des Verfassungsrahmens Massnahmen in «aussergewöhnlichen Umständen» zu ergreifen (vgl. KLEY, S. 274 f.; BERNHARD WALDMANN, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, ZfR Band/Nr. 12, 2021, S. 1 ff., S. 10; Wyss, N. 14 ff.).

<sup>28</sup> BENJAMIN MÄRKLI, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, Sicherheit & Recht 2/2020, 59 ff., S. 61.

<sup>29</sup> Vgl. HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 121 und 156.

<sup>30</sup> Dazu mehr in Kapitel 1.2.

<sup>31</sup> THURNHERR (Fn. 6), N. 3.

<sup>32</sup> BIAGGINI (Fn. 48), S. 240; THURNHERR (Fn. 6), N. 32; vgl. relativierend ZÜND/ERRASS (Fn. 11), S. 85.

während Krisen ist bei der Prüfungsdichte einer gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen zu berücksichtigen.<sup>33</sup>

[7] Mit Blick auf den Prüfungsmassstab sind grundsätzlich zwei Typen von Verordnungen zu unterscheiden. Einerseits selbständige Verordnungen, die gestützt auf Art. 185 Abs. 3 oder Art. 184 Abs. 3 BV erlassen werden, und andererseits unselbständige Verordnungen, gestützt auf spezialgesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung.<sup>34</sup> Während der Covid-19-Pandemie wurden die sog. Primärmassnahmen zur Verminderung der Verbreitung des Coronavirus auf die einschlägigen Grundlagen des Epidemiengesetzes gestützt.<sup>35</sup> Bei sog. Sekundärmassnahmen, welche die wirtschaftlichen und sozialen Folgen abmildern sollten, wurde hingegen Art. 185 Abs. 3 BV als Rechtsgrundlage gewählt.<sup>36</sup>

### 1.1. Verordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV

[8] Mit Verweis auf die öffentliche Ordnung sowie die äussere und innere Sicherheit ist Art. 185 Abs. 3 BV Rechtsgrundlage für den Erlass von sog. selbständigen (verfassungsunmittelbaren) Verordnungen und Verfügungen durch den Bundesrat.<sup>37</sup> Vorausgesetzt wird das Vorliegen einer eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störung.<sup>38</sup> Gemäss Art. 189 Abs. 4 BV sind Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats von einer abstrakten (direkten/prinzipalen) bundesgerichtlichen Anfechtung ausgeschlossen.<sup>39</sup> Ausnahmen davon können nach Bundesverfassung vom Gesetzgeber vorgesehen werden.<sup>40</sup> Einer konkreten (inzidenten/akzessorischen/vorfrageweisen) Normenkontrolle von Verordnungen des Bundesrats oder der Bundesversammlung steht Art. 189 Abs. 4 BV jedoch nicht im Wege.<sup>41</sup> Durch die Rechtsweggarantie, verankert in Art. 29a BV, wird in Bezug auf rechtliche Streitigkeiten Zugang zu Gerichten gewährleistet.<sup>42</sup>

---

<sup>33</sup> Vgl. Kapitel 2.1.4.

<sup>34</sup> Vgl. Anhang 2 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10) (Parlamentsgesetz, ParlG).

<sup>35</sup> Bericht des Bundesrates über die Ausübung seiner Notrechtskompetenzen und die Umsetzung überwiesener Kommissionsmotionen seit Beginn der Coronakrise vom 27. Mai 2020, S. 4 ([https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/recht/27\\_5\\_Def%20Bericht%20Aus%C3%BCbung%20Notrechtskompetenzen.pdf.download.pdf/27\\_5\\_Def%20Bericht%20Aus%C3%BCbung%20Notrechtskompetenzen.pdf](https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/recht/27_5_Def%20Bericht%20Aus%C3%BCbung%20Notrechtskompetenzen.pdf.download.pdf/27_5_Def%20Bericht%20Aus%C3%BCbung%20Notrechtskompetenzen.pdf), abgerufen am 9. August 2023).

<sup>36</sup> Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 27. Januar 2022, Parlamentarische Initiativen, Handlungsfähigkeit des Parlamentes in Krisensituationen verbessern/Nutzung der Notrechtskompetenzen und Kontrolle des bundesrätlichen Notrechts in Krisensituationen (BB1 2022 301), S. 33; RALPH TRÜMLER/FELIX UHLMANN, § 19 Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, N. 567 ff., N. 31; HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 120.

<sup>37</sup> JÖRG KÜNZLI, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 185 N. 26 (zit. BSK BV-AUTOR/-IN).

<sup>38</sup> Art. 185 Abs. 3 BV; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 32; vgl. zu den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV ausführlich BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 26 ff.

<sup>39</sup> Statt vieler PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, S. 185 N. 17a; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 18.

<sup>40</sup> Art. 189 Abs. 4 BV; vgl. bspw. Art. 33 lit. a und b VGG.

<sup>41</sup> GORAN SEFEROVIC, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 189 N. 60 (zit. BSK BV-AUTOR/-IN); vgl. MICHEL HOTTELIER, Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 – La situation en Suisse, La revue 2020, S. 8 (<https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1206>, abgerufen am 27. September 2023); THURNHERR (Fn. 6), N. 4.

<sup>42</sup> GIOVANNI BIAGGINI, in: OFK zur Bundesverfassung, 2. Aufl., 2017, Art. 29a Rz. 6 (zit. OFK BV-AUTOR/-IN); vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 14 und 23; vgl. SGK BV-REICH, Art. 189 N. 48; BSK BV-SEFEROVIC, Art. 189 N. 64; DAVID RECHSTEINER, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht, Sicherheit & Recht 3/2020, S. 118 ff., S. 129.

Nicht vom Anwendungsbereich von Art. 29a BV erfasst sind hingegen «Entscheidungen mit überwiegend politischem Charakter» (*actes de gouvernement*)<sup>43</sup>. Entsprechende Akte gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV unterstehen weder einer abstrakten noch einer konkreten Normenkontrolle.<sup>44</sup> Schliesslich sind auf Gesetzesstufe Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten durch Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG einer gerichtlichen Kontrolle entzogen.<sup>45</sup> Dieser prozessuale Ausschluss der direkten gerichtlichen Anfechtung wird mit dem grossen Ermessen der Exekutive und dieses wiederum mit der Annahme einer ausgeprägten politischen Natur dieser Entscheide begründet.<sup>46</sup>

[9] Mit Blick auf die getroffenen Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie ist festzustellen, dass deren Inhalt nicht überwiegend politisch war, sondern auf rechtlichen Erwägungen beruhte.<sup>47</sup> Demzufolge ist der Schutzbereich von Art. 29a BV eröffnet. Verfassungsrechtlich ist auch eine abstrakte Normenkontrolle dieser Notverordnungen nicht ausgeschlossen, da gemäss Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV der Gesetzgeber Ausnahmen bestimmen kann. Die Überprüfung der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität einer Verordnung oder Verfügung gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV ist de lege lata jedoch nur akzessorisch möglich und insofern sie prozessrechtlich zulässig ist.<sup>48</sup> Das Bundesgericht untersucht selbständige Verordnungen dabei darauf, ob sie sich an den Gegenstand, Zweck und Umfang der in der Verfassung festgelegten Kompetenzen halten und ob sie die Grundrechtsgarantien und das Völkerrecht respektieren.<sup>49</sup>

### 1.1.1. Der Ausschluss des Rechtsschutzes durch die COVID-Verordnung Kultur vom 21. März 2020

[10] Die Bestimmung Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur verletzte durch den Ausschluss von Rechtsmitteln gegen Entscheide in Vollzug der COVID-Verordnung Kultur die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sie daher nicht angewendet werden dürfe.<sup>50</sup> Dass das Bundesgericht die Verletzung der Rechtsweggarantie überhaupt fest-

---

<sup>43</sup> OFK BV-BIAGGINI, Art. 29a N. 6; Sog. «*actes de gouvernement*» zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich ganz oder grösstenteils einer Beurteilung nach rechtlichen Kriterien entziehen, wie dies beispielsweise bei ausserpolitischen Grundsatzentscheidungen der Fall ist (BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 23).

<sup>44</sup> OFK BV-BIAGGINI, Art. 29a N. 6; vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 23; vgl. SGK BV-REICH, Art. 189 N. 48; BSK BV-SEFEROVIC, Art. 189 BV N. 64; RECHSTEINER (Fn. 42), S. 129.

<sup>45</sup> KASPAR GERBER, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, *sui generis* 2020, S. 249 ff., N. 9; THURNHERR (Fn. 6), N. 14.

<sup>46</sup> TRÜMLER/UHLMANN (Fn. 36), N. 25; vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 BV N. 51.

<sup>47</sup> Mit Ausnahme von nach aussen gerichteten Entscheiden wie bspw. die Grenzschliessung gemäss Art. 4 ff. Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.24) (Covid-19-Verordnung 3); THURNHERR (Fn. 6), N. 15.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 83 lit. a BGG und Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 BV N. 51; FELIX UHLMANN/ODILE AMMANN, Switzerland and the COVID-19 Pandemic: A Look Back and a Look Into the Future, in: *Verfassungsblog* (<https://verfassungsblog.de/switzerland-and-the-covid-19-pandemic-a-look-back-and-a-look-into-the-future/>), abgerufen am 9. August 2023), 2021, S. 3 f.; a.A. GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, S. 239 ff., S. 242, der die Überprüfung von Verordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV mittels konkreter Normenkontrolle zugänglich sieht.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 95 BGG zu den Beschwerdegründen; ISABELLE HÄNER/KATHRIN LANZ KNEISSLER, Verfahrensfragen: Rechtsschutz gegen die COVID-19-Verordnungen, in: COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, N. 112 ff., N. 124; THURNHERR (Fn. 6), N. 5.

<sup>50</sup> BGE 147 I 333 E. 1.6.4.

stellen konnte, hängt mir seiner Beurteilung der Rechtsgrundlagen der COVID-Verordnung Kultur zusammen. Die COVID-Verordnung Kultur stützte sich gemäss Ingress auf Art. 185 Abs. 3 BV und auf ein Bundesgesetz, namentlich Art. 46 des Kulturförderungsgesetzes (KFG).<sup>51</sup> Obwohl gemäss Art. 46 KFG dem Bundesrat nur eine Vollzugskompetenz zusteht, enthielt sie weit über die im KFG enthaltenen Bestimmungen hinausgehende Massnahmen.<sup>52</sup> Weil der Bundesrat sich auf keine Delegationsnorm stützen konnte, war unklar, woran sich eine gerichtliche Kontrolle auszurichten hätte.<sup>53</sup> Ist die Grundlage der Massnahmen das KFG, so wäre die COVID-Verordnung Kultur unselbständig und gemäss Art. 190 BV potenziell massgeblich. Wenn hingegen Art. 185 Abs. 3 BV als Rechtsgrundlage dient, wäre die Verordnung selbständig und einer gerichtlichen Kontrolle und möglichen Aufhebung zugänglich. Durch Änderung vom 13. Mai 2020 wurde die Verordnung gemäss Ingress nur noch auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützt.<sup>54</sup> Als sich schliesslich das Bundesgericht im Urteil BGE 147 I 333 vom 24. März 2021 mit der COVID-Verordnung Kultur befasste, war diese bereits ausser Kraft getreten.<sup>55</sup> Das Bundesgericht stellte fest, dass es sich bei der COVID-Verordnung Kultur um eine selbständige Verordnung handle, die auf Grundlage von Art. 185 Abs. 3 BV verabschiedet worden sei, deren Verfassungsmässigkeit vorab geprüft und deren Anwendung, sofern sie Grundrechte verletzt, verweigert werden könne.<sup>56</sup> Diese Feststellung ist von zentraler Bedeutung, denn die COVID-Verordnung Kultur wies die bereits oben erwähnte und viel kritisierte Besonderheit auf:<sup>57</sup> Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur schloss jegliche Rechtsmittel gegen Entscheide in Vollzug dieser Verordnung aus. Diese Bestimmung wurde nicht in die Folge-Verordnung Covid-19-Kulturverordnung übernommen, die rückwirkend am 26. September 2020 in Kraft trat und bis zum 31. Dezember 2021 galt.<sup>58</sup> Der durch das Bundesgericht zu beurteilende Sachverhalt fiel jedoch in den zeitlichen Anwendungsbereich der COVID-Verordnung Kultur und somit auch des Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur.<sup>59</sup> Das Bundesgericht stellte jedoch fest, dass die Beschwerde zumindest nicht aufgrund von Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur als unzulässig gelten dürfe.<sup>60</sup> Hingegen sei die Entscheidung, das Gesuch der Ausfallentschädigung abzulehnen, nicht von einer gerichtlichen Instanz, sondern von einer Verwaltungsbehörde getroffen worden.<sup>61</sup> Da vorliegend keine der Ausnahmen zutreffe, die eine Anfechtung einer nicht-gerichtlichen Entscheidung direkt beim Bundesgericht zulasse, müsse die Beschwerde für unzulässig erklärt werden.<sup>62</sup>

---

<sup>51</sup> Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 11. Dezember 2009 (SR 442.1; Kulturförderungsgesetz; KFG).

<sup>52</sup> JAAG (Fn. 112), S. 643; Namentlich die in der COVID-Verordnung Kultur vorgesehenen Soforthilfen (Art. 4 ff. COVID-Verordnung Kultur, Fassung vom 21. März 2020); HÄNER/KNESSLER (Fn. 49), N. 125.

<sup>53</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>54</sup> Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur), Änderung vom 13. Mai 2020, AS 2020 S. 1583.

<sup>55</sup> BGE 147 I 333 E. 1.2.1; vgl. Kapitel 1.1.1.

<sup>56</sup> BGE 147 I 333 E. 1.5.

<sup>57</sup> M.w.H. Urs SAXER/FLORIAN BRUNNER, in: Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 185 N. 147 (zit. SGK BV-AUTOR/-IN); Vgl. auch MÄRKLI (Fn. 28), S. 63.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 20 und Art. 23 Verordnung über die Massnahmen im Kulturbereich gemäss Covid-19-Gesetz vom 14. Oktober 2020 (SR 442.15; Covid-19-Kulturverordnung).

<sup>59</sup> BGE 147 I 333 E. 1.2.3; Vgl. Art. 22 Covid-19-Kulturverordnung; vgl. EDI, Erläuterungen zur Covid-19-Kulturverordnung (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/64652.pdf>, abgerufen am 9. August 2023), S. 8.

<sup>60</sup> BGE 147 I 333 E. 1.6.4.

<sup>61</sup> BGE 147 I 333 E. 1.7.3.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 147 I 333 E. 1.8 f.



### 1.1.2. Notwendige Klärung der Rechtsgrundlagen

[11] Das Beispiel der COVID-Verordnung Kultur zeigt den beschriebenen Unterschied der Rechtsgrundlagen einer Notverordnung auf:<sup>63</sup> Stützte sich die COVID-Verordnung Kultur vom 20. März 2020 zusätzlich noch auf das KFG, wurde der Ingress der Folgeversion angepasst und gab ausschliesslich Art. 185 Abs. 3 BV als Rechtsgrundlage an. Das Bundesgericht führte in seinen Erwägungen nicht genauer aus, auf welche Version der Verordnung es sich stützte, als es die COVID-Verordnung Kultur als selbständige Verordnung qualifizierte.<sup>64</sup> Es ist anzunehmen, dass die Qualifikation als selbständige Verordnung erst durch die Einschränkung der Rechtsgrundlage auf Art. 185 Abs. 3 BV der Folgeverordnung möglich wurde. Ansonsten hätte sich das Bundesgericht ausführlicher mit den Rechtsgrundlagen der Verordnung und deren Bedeutung für den Rechtsschutz auseinandersetzen müssen. Erst die selbständige, auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützte Verordnung entband das Bundesgericht von einer Analyse der Verfassungsmässigkeit der gesetzlichen Grundlage und einer (möglichen) Massgeblichkeit des Bundesgesetzes aufgrund von Art. 190 BV.<sup>65</sup> Inhaltlich vermerkte das Bundesgericht, dass eine Bestimmung wie Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur, die den Rechtsschutz umfassend ausschliesst, verfassungswidrig ist.<sup>66</sup> Das ist eine mit Blick auf den Rechtsschutz und die Grundrechte zentrale Feststellung. Dass jedoch das Urteil des Bundesgerichts erst knapp ein Jahr nach Einreichung der Beschwerde erfolgte, stellt die Frage ins Zentrum, ob dies als effektiver Rechtsschutz angesehen werden kann. Zum einen bestand der «Leidensdruck» der Beschwerdeführerin während der Ausnahmesituation der Krise, als die infrage stehende Verordnung Geltung hatte und ihr Gesuch um Ausfallentschädigung abgelehnt wurde.<sup>67</sup> Zum anderen besteht ein rechtsstaatliches Interesse an der zeitnahen Korrektur einer solchen verfassungswidrigen Norm, welches über das individuelle Beschwerdeinteresse hinausreicht. Dies gilt in diesem Fall, der die Wirtschaftsfreiheit betrifft, und umso mehr, wenn persönliche oder politische Freiheiten auf dem Spiel stehen. Mit dem aktuellen Beschwerdeinteresse befasste sich das Bundesgericht im Entscheid aufgrund der festgestellten Unzulässigkeit der Beschwerde nicht. Dieses stellt jedoch während Krisen ebenso eine Herausforderung für den wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz dar, wie im folgenden Kapitel aufgezeigt wird.

## 1.2. Die Herausforderung des aktuellen Beschwerdeinteresses

[12] Wenn grundsätzlich ein Rechtsmittel zur Verfügung steht, ergeben sich beim Rechtsschutz gegen Notrecht weitere prozessuale Hürden. Häufig fehlt es an der Aktualität des Beschwerdeinteresses, da die Verordnungen fortlaufend an die Entwicklungen der Krise angepasst werden müssen. Das aktuelle Beschwerdeinteresse setzt jedoch voraus, dass der Nachteil im Urteilszeitpunkt noch besteht.<sup>68</sup> Ein Verzicht auf das aktuelle Interesse ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts möglich, wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähn-

---

<sup>63</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 147 I 333 E. 1.5.

<sup>65</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>66</sup> BGE 147 I 333 E. 1.6.4; vgl. SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 40.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 147 I 333 Sachverhalt S. 334 ff.

<sup>68</sup> Vgl. SPORI (Fn. 14), S. 147 f.

lichen Umständen wieder stellen könnte, eine rechtzeitige Beantwortung im Einzelfall kaum je möglich ist und ein hinreichendes öffentliches Interesse an ihrer Beantwortung besteht.<sup>69</sup>

[13] Es stellt sich die Frage, ob dieses Erfordernis das Recht auf eine wirksame Beschwerde nicht übermässig einschränkt. Der EGMR stellte fest, dass das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses faktisch eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Massnahme verunmögliche und damit Art. 13 EMRK verletze.<sup>70</sup> Im Fall *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) gegen die Schweiz* vom 27. November 2023 äusserte sich der EGMR wiederum zum aktuellen Rechtsschutzinteresse.<sup>71</sup> Dabei stellte der EGMR klar, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verzicht auf das aktuelle Beschwerdeinteresse eine Verletzung von Art. 13 EMRK verhindere.<sup>72</sup> Gerade in diesem Bereich zeigt sich aber, dass die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf einen wirksamen Rechtsschutz zu wünschen übriglässt. Aufgrund der unvorhersehbaren Entwicklung einer Krise kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, wodurch – sollte kein aktuelles Beschwerdeinteresse bestehen – auch die Voraussetzungen für einen Verzicht darauf nicht erfüllt sind. Daher ist meines Erachtens während einer Krise zu fordern, dass die bestehenden gerichtlichen Möglichkeiten voll ausgeschöpft werden, indem das Gericht grosszügig auf Beschwerden eintritt. Auch wenn möglicherweise nicht alle Voraussetzungen für den Verzicht auf das aktuelle Beschwerdeinteresse gegeben sind, ist während Krisen das öffentliche Interesse an der gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen besonders gross.<sup>73</sup> Ansonsten entziehen sich Massnahmen in Notverordnungen, die teilweise schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte enthalten, aufgrund ihrer beschränkten Geltungsdauer einer gerichtlichen Kontrolle. Selbst wenn zum Zeitpunkt des Urteils die strittige Notverordnung nicht mehr in Kraft und der (mögliche) Schaden irreversibel eingetreten ist, ist auch die Feststellung einer (vergangenen) Unrechtmässigkeit für Betroffene von Bedeutung (sog. Feststellungsinteresse).<sup>74</sup> Abgesehen vom Einzelfall ist die gerichtliche Überprüfung von Notverordnungen eine wichtige rechtsstaatliche Komponente, welche insbesondere ein Lernen von Krisen durch die Legislative und Exekutive ermöglicht. Eine gerichtliche Kontrolle von Massnahmen in Notverordnungen erhöht somit die Rechtssicherheit beim Erlass von Notrecht auch in zukünftigen Krisen. Es ist deshalb problematisch, wenn das zuständige Gericht die Voraussetzungen für ein Eintreten auf eine Beschwerde gegen eine Notverordnung aufgrund fehlendem aktuellen Rechtsschutzinteresse verneint.<sup>75</sup> Zudem ergibt sich

---

<sup>69</sup> BGE 147 I 478 E. 2.2; Urteil des BGer 2C\_308/2021 vom 3. September 2021 E. 1.3; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N. 1449 f.

<sup>70</sup> Vgl. EGMR, *Camenzind v. Switzerland*, Application no. 136/1996/755/954 vom 16. Dezember 1997 ([https://hudoc.echr.coe.int/eng/#\protect\T1\textbraceleft%22itemid%22:\[%22001-58125%22\]\protect\T1\textbraceright](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#\protect\T1\textbraceleft%22itemid%22:[%22001-58125%22]\protect\T1\textbraceright), abgerufen am 25. August 2023), N. 53 ff.; MARK VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich 2020, S. 492 f.

<sup>71</sup> EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) gg. die Schweiz [GC]* – 21881/20 vom 27. November 2023 (zit. EGMR, CGAS gg. die Schweiz II); vgl. Kapitel 1.2.1.

<sup>72</sup> Vgl. EGMR, CGAS gg. die Schweiz II (Fn. 71), N. 2b.

<sup>73</sup> Vgl. Einleitung.

<sup>74</sup> Vgl. hierzu analog die sog. Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO.

<sup>75</sup> Urteil des BGer 1C\_47/2021 vom 21. Juli 2021 E. 3.2; EGMR, CGAS gg. die Schweiz (Fn. 78), N. 59; Es besteht jedoch kein konventionsrechtlicher Anspruch darauf, dass das oberste Gericht eine materielle Prüfung vornimmt (HANSJÖRG SEILER, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Dritte Sektion, 15. März 2022, Urteil Nr. 21881/20; Online, ZBl 123/2022, S. 493 ff., S. 498 f.); THURNHERR (Fn. 6), N. 17 f.

aus den menschenrechtlichen Garantien, dass eine zeitnahe gerichtliche Prüfung erforderlich ist, wie aus dem Urteil des EGMR in Sachen *CGAS gegen die Schweiz* hervorgeht.<sup>76</sup>

### 1.2.1. Das Urteil des EGMR in Sachen *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) gegen die Schweiz*

[14] Im Entscheid vom 15. März 2022 befasste sich der EGMR mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde respektive dem Zugang zu einer gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen.<sup>77</sup> Der Entscheid, welcher an die Grosse Kammer des EGMR weitergezogen wurde, illustriert die Hürde des aktuellen Beschwerdeinteresses und im Endeffekt, dass eine Beschleunigung des bestehenden Rechtswegs während Krisen notwendig ist. Streitig war vor dem EGMR das strikte Verbot öffentlicher oder privater Veranstaltungen einschliesslich Vereinsaktivitäten gemäss Art. 6 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020.<sup>78</sup> Dagegen reichte die CGAS am 26. Mai 2020 gestützt auf Art. 11 EMRK Beschwerde beim EGMR ein. Grundsätzlich ist die Ausschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe Zulässigkeitsvoraussetzung einer Beschwerde beim EGMR.<sup>79</sup> Eine Ausnahme davon besteht, wenn der innerstaatliche Rechtsschutz über keinen wirksamen und in der Praxis zugänglichen Rechtsbehelf verfügt.<sup>80</sup> Der EGMR begründete das Vorliegen einer Ausnahme in diesem Fall unter anderem mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts 1C\_524/2020 vom 12. August 2021.<sup>81</sup> Darin hatte das Bundesgericht eine Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags auf Versammlungsgenehmigung wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses für unzulässig erklärt.<sup>82</sup> Bereits das erstinstanzliche Urteil erging jedoch erst nach dem Tag, für welchen die Versammlungsgenehmigung ersucht worden war; das Urteil des Bundesgerichts wurde schliesslich mehr als ein Jahr, nachdem die Versammlung hätte stattfinden sollen, gefällt.<sup>83</sup> Der EGMR stellte ausserdem fest, dass das Bundesgericht keine akzessorische Normenkontrolle der COVID-19-Verordnung 2 vorgenommen hatte.<sup>84</sup> Ausgehend von diesem Beispiel sah der EGMR bloss eine geringe Wahrscheinlichkeit, dass die schweizerischen Gerichte rechtzeitig eine Vorabprüfung der einschlägigen Verordnung auf ihre Verfassungsmässigkeit vorgenommen hätten, obwohl sie (insbesondere das Bundesgericht) sich unter normalen Umständen einer solchen Prüfung widmeten.<sup>85</sup> Der EGMR kam zum Schluss, dass er nicht davon überzeugt sei, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der relevanten Ereignisse tatsächlich über einen wirksamen und in der Praxis zugänglichen Rechtsbehelf verfügte, der es ihm gestattet hätte, sich über eine Verletzung der Versammlungsfreiheit gemäss Art. 11 EMRK zu beschweren.<sup>86</sup> Demnach wurde

---

<sup>76</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>77</sup> EGMR, *Affaire Communauté Genevoise d'action Syndicale (CGAS) c. Suisse*, Requête n° 21881/20, vom 15. März 2022 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216195>, abgerufen am 4. August 2023).

<sup>78</sup> Art. 6 COVID-19-Verordnung 2; EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) gg die Schweiz* – 21881/20, Urteil vom 15. März 2022, in: NLMR – Newsletter Menschenrechte 2/2022, Sachverhalt (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216195>, abgerufen am 3. August 2023) (nachfolgend: EGMR, *CGAS gg die Schweiz*).

<sup>79</sup> Vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK.

<sup>80</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz* (Fn. 78), N. 59.

<sup>81</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz* (Fn. 78), N. 58.

<sup>82</sup> Urteil des BGer 1C\_524/2020 vom 12. August 2021 E. 1.2 f.

<sup>83</sup> Vgl. Urteil des BGer 1C\_524/2020 vom 12. August 2021 E. 1.2.

<sup>84</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz* (Fn. 78), N. 58.

<sup>85</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz* (Fn. 78), N. 58.

<sup>86</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz* (Fn. 78), N. 59.

die Beschwerde vom EGMR für zulässig anerkannt. Inhaltlich stellte der EGMR das Vorliegen einer Verletzung von Art. 11 EMRK fest.<sup>87</sup>

[15] Das Verfahren wurde an die Grosse Kammer des EGMR weitergezogen und am 27. November 2023 von dieser zu Ungunsten der CGAS entschieden.<sup>88</sup> Das eigene Verhalten der CGAS habe verhindert, dass sie an ein innerstaatliches Gericht gelangen konnten.<sup>89</sup> Zur Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel führte die Grosse Kammer die Möglichkeit der konkreten Normenkontrolle an, welche auch bei Covid-Massnahmen bestanden habe und genutzt worden sei. In Bezug auf den Zeitpunkt des Urteils sei das Kriterium, dass eine gerichtliche Überprüfung vor dem Datum der geplanten Versammlung stattfinden müsse, nicht absolut zu verstehen, sondern von den Umständen des Einzelfalls abhängig.<sup>90</sup> Diese beziehen sich unter anderem darauf, ob die innerstaatlichen Fristen für eine Genehmigung von den Veranstaltern eingehalten wurden und von welcher Relevanz das geplante Versammlungsdatum für die Veranstalter ist.<sup>91</sup> Das Argument der CGAS, dass das Bundesgericht mangels aktuellem Rechtsschutzinteresse nicht auf die Beschwerde eingetreten wäre, hat die Grosse Kammer des EGMR nicht gelten lassen.<sup>92</sup> Es seien mehrere Beispiele auch im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie vorgelegt worden, die zeigen würden, dass das Bundesgericht regelmässig auf das aktuelle Beschwerdeinteresse verzichte, sofern sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen kann, eine rechtzeitige Beantwortung der Frage im Einzelfall kaum je möglich ist und ein hinreichendes öffentliches Interesse an ihrer Beantwortung besteht.<sup>93</sup>

### 1.2.2. Die erforderliche Beschleunigung der Verfahren

[16] Wie bereits zur COVID-Verordnung Kultur festgestellt, lässt sich auch den Urteilen des EGMR entnehmen, dass für einen effektiven Rechtsschutz während Krisen der Zeitpunkt der gerichtlichen Kontrolle wichtig ist.<sup>94</sup> Das Urteil der Grossen Kammer des EGMR relativiert das im Urteil vom 15. März 2022 statuierte Gebot, dass eine gerichtliche Kontrolle einer Ablehnung eines Versammlungsgesuchs jeweils vor dem geplanten Versammlungsdatum stattzufinden habe. Gleichwohl bleibt das Gebot im Grundsatz bestehen und gilt zumindest, wenn die innerstaatlichen Fristen für eine Genehmigung eingehalten werden und das Versammlungsdatum von grosser Bedeutung für die Veranstalter ist. Das Urteil der Grossen Kammer des EGMR zeigt, dass angesichts des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit eine Beschleunigung der gerichtlichen Kontrolle insbesondere während Krisen geboten ist, auch wenn diese erst nach einem geplanten Versammlungsdatum erfolgt. Auf jeden Fall ist eine zeitlich stark versetzte gerichtliche Kontrolle mit Art. 29a BV und der Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK nicht vereinbar.<sup>95</sup>

---

<sup>87</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz* (Fn. 78), N. 91.

<sup>88</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz II* (Fn. 71).

<sup>89</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz II* (Fn. 71), N. 2a.

<sup>90</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz II* (Fn. 71), N. 2b.

<sup>91</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz II* (Fn. 71), N. 2b.

<sup>92</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz II* (Fn. 71), N. 2b.

<sup>93</sup> EGMR, *CGAS gg. die Schweiz II* (Fn. 71), N. 2b.

<sup>94</sup> Vgl. Kapitel 1.1.1. f.

<sup>95</sup> Vgl. EGMR, *Camenzind v. Switzerland*, Application no. 136/1996/755/954 vom 16. Dezember 1997 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58125>, abgerufen am 25. August 2023), N. 54 ff.; vgl. SPORI (Fn. 14), S. 150; vgl. SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 7.

[17] Eine zeitnahe gerichtliche Beurteilung während einer Krise wird durch mehrere Faktoren erschwert: Damit eine konkrete Normenkontrolle verlangt werden kann, muss erst eine anfechtbare Verfügung erlassen werden. Die Geltungsdauer der zugrundeliegenden Notverordnungen ist aufgrund der Krisensituation respektive entsprechender Bestimmungen zeitlich beschränkt.<sup>96</sup> Schliesslich bewirkt die dynamische Entwicklung während Krisen, dass häufige Anpassungen der Notverordnungen notwendig sind.<sup>97</sup> Erfolgt keine zeitnahe gerichtliche Kontrolle, sind Beschwerdeführende während einer Krise regelmässig mit einem fehlenden aktuellen Rechtsschutzinteresse konfrontiert. Die Grosse Kammer des EGMR beurteilte die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verzicht auf das aktuelle Rechtsschutzinteresse als ausreichend.<sup>98</sup> Wie bereits oben aufgezeigt, sind jedoch die Voraussetzungen für einen Verzicht auf das aktuelle Rechtsschutzinteresse nicht unbedingt «krisentauglich». Angesichts der grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Bedeutung der gerichtlichen Kontrolle während Krisen ist daher zu fordern und völkerrechtlich geboten, dass die bestehenden Verfahren beschleunigt werden und Gerichte grosszügig auf Beschwerden eintreten. Dadurch erhalten Betroffene die Möglichkeit einer Anerkennung von Unrechtmässigkeiten und die Rechtssicherheit profitiert längerfristig durch ein Lernen der Legislative und Exekutive.

### **1.3. Verordnungen gestützt auf spezialgesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung (Art. 7 EpG)**

[18] Während der Covid-19-Pandemie wurden unselbständige Verordnungen gestützt auf spezialgesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung wie beispielsweise Art. 7 EpG erlassen. Dabei sind die Auswirkungen von Art. 190 BV auf unselbständige Verordnungen nuanciert zu betrachten. Die Massgeblichkeit eines Bundesgesetzes gemäss Art. 190 BV spielt bei unselbständigen Verordnungen dann eine Rolle, wenn die Verordnung durch eine Verfassungswidrigkeit des ihr zugrundeliegenden Bundesgesetzes geprägt ist und diese wiedergibt respektive fortsetzt.<sup>99</sup> Die Immunsierung durch Art. 190 BV bewirkt sodann, dass diese Verordnungsbestimmungen zwar mittels akzessorischer Normenkontrolle überprüft werden können, jedoch unabhängig des Überprüfungsergebnisses angewendet werden müssen. Schreibt die gesetzliche Norm nicht zwingend eine verfassungswidrige Umsetzung vor, so hat sich der Verordnungsgeber an die verfassungsrechtlichen Grundsätze zu halten, und die Massgeblichkeit von Art. 190 BV greift bei einer gerichtlichen Kontrolle der Verordnung nicht.<sup>100</sup> Schliesslich ist der Vorbehalt des Völkerrechts zu beachten.<sup>101</sup> Dieses geht Bundesgesetzen und Verordnungen vor und ermöglicht dadurch eine Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür.<sup>102</sup> Selbst wenn die Massgeblichkeit von Art. 190 BV greift, vermittelt Art. 6 EMRK in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen

---

<sup>96</sup> Vgl. Art. 7d RVOG.

<sup>97</sup> Vgl. THURNHERR (Fn. 6), N. 9.

<sup>98</sup> Vgl. BGE 147 I 478 E. 2.2; THURNHERR (Fn. 6), N. 16 f.

<sup>99</sup> ARTHUR BRUNNER/MARCO ZOLLINGER, *Die richterliche Überprüfung von Rechtsverordnungen*, LeGes 2/2021, N. 6; ASTRID EPINEY, in: *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 190 N. 31; HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 122.

<sup>100</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 190 N. 32.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 190 BV.

<sup>102</sup> BGE 133 II 450 E. 2.2; vgl. Urteil des BGer 2C\_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 BV N. 51; Vgl. SGK BV-KLEY, Art. 29a N. 28.

oder kriminal- bzw. verwaltungsstrafrechtliche Anklagen einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung.<sup>103</sup>

[19] Für den Rechtsschutz ist die Einordnung von Art. 7 EpG in diese Kategorisierung von Bedeutung, da sich der Prüfungsmassstab von selbständigen und unselbständigen Verordnungen unterscheidet.<sup>104</sup> Die Einordnung ist jedoch keineswegs klar.<sup>105</sup> Gemäss der Botschaft zum EpG wiederholt Art. 7 EpG die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV.<sup>106</sup> Gleichzeitig wurden gestützt auf Art. 7 EpG sozial- oder wirtschaftspolitisch motivierte Massnahmen in Form von gesetzesderogierenden Verordnungen getroffen, die über das herkömmliche Verständnis der Kompetenz gemäss Art. 185 Abs. 3 BV hinausgingen.<sup>107</sup> Art. 7 EpG kann deshalb auch als Ermächtigungsnorm mit einer eigenständigen Bedeutung verstanden werden.<sup>108</sup> Mit Blick auf einen möglichst effektiven Rechtsschutz scheint auf den ersten Blick die deklaratorische Wiederholung von Art. 185 Abs. 3 BV vorteilhafter, denn eine potenzielle Massgeblichkeit von Art. 190 BV spielt bei selbständigen Verordnungen keine Rolle.<sup>109</sup> Bei genauerer Betrachtung greift eine potenzielle Massgeblichkeit von Art. 190 BV jedoch nur, wenn die Verfassungswidrigkeit bereits im Gesetz vorgegeben wird.<sup>110</sup> Dies ist bei Art. 7 EpG nicht der Fall, vielmehr überlässt die offene Formulierung dem Bundesrat einen grossen Spielraum, den er verfassungskonform auszugestalten hat.<sup>111</sup> Die Massgeblichkeit im Sinne von Art. 190 BV greift bei Verordnungen gestützt auf Art. 7 EpG nicht. Wird davon ausgegangen, dass gestützt auf Art. 7 EpG unselbständige Verordnungen erlassen werden, stellt sich die Frage, ob es sich um Vollziehungsverordnungen oder gesetzesvertretende Verordnungen handelt.<sup>112</sup> Aufgrund der unbestimmten und offenen Formulierung von Art. 7 EpG kann dieser die Voraussetzungen einer Delegationsnorm nicht erfüllen.<sup>113</sup> Weil in den Notverordnungen über den vorgegebenen gesetzlichen

---

<sup>103</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK; BSK BV-EPINEY, Art. 190 N. 31; MÄRKLI (Fn. 28), S. 63; RECHSTEINER (Fn. 42), S. 129; TRÜMPLE/UHLMANN (Fn. 36), N. 25.

<sup>104</sup> Vgl. FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020, S. 685 ff., S. 694.

<sup>105</sup> Vgl. z.B. RECHSTEINER (Fn. 42), S. 122 ff.; vgl. SUSANNE KUSTER, Navigieren auf Sicht, in: Jusletter 15. Februar 2021, N. 44 ff.; vgl. HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 120.

<sup>106</sup> Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) (BBl 2011-311), S. 365; m.w.H. WALDMANN (Fn. 27), S. 13 f.

<sup>107</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 48), S. 262.

<sup>108</sup> BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 104), S. 693 f.

<sup>109</sup> Vgl. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 104), S. 694.

<sup>110</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 18; vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 BV N. 51; MÄRKLI (Fn. 28), S. 63.

<sup>111</sup> Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 190 N. 32.

<sup>112</sup> Vollziehungsverordnungen haben die Anwendung des Gesetzes sicherzustellen (ANDREAS GLARNER/ROMEDI GANZONI/SEBASTIAN HEPP, Erweiterter Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im DLT-Bereich, AJP 2023, S. 1091 ff, S. 1095). Sie dürfen das betroffene Gesetz weder ändern noch aufheben und der Bürgerin oder dem Bürger keine neuen, nicht bereits im Gesetz enthaltenen Pflichten auferlegen (M.w.H. Urteil des BGer 2C\_369/2021 vom 22. September 2021 E. 5.3.1; HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 125; TOBIAS JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: ZBl 112/2011, S. 629 ff., S. 643.). Grundsätzlich ist der Erlass von Vollzugsverordnungen bereits auf Grundlage der Verfassung möglich ohne eine ausdrückliche Ermächtigung auf Gesetzesstufe (Art. 182 Abs. 2 BV; GLARNER/GANZONI/HEPP, S. 1095.). Liegt eine gesetzesvertretende Verordnung basierend auf einer Delegationsnorm vor, hat die Verordnung sich an die Zielsetzung und Systematik des Gesetzes zu halten (WALDMANN (Fn. 27), S. 11). Inhaltlich kann sie jedoch das Gesetz ergänzen, wenn dieses nicht vollständig ist. Für den Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen müssen insbesondere die Delegationsgrundsätze eingehalten, namentlich unter anderem die Grundzüge der delegierten Regelung im formellen Gesetz umschrieben werden (PIERRE TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, St. Gallen 2023, Art. 164 N. 38 (zit. SGK BV-AUTOR/IN); WALDMANN (Fn. 27), S. 13; THURNHERR (Fn. 6), N. 28; vgl. HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 122).

<sup>113</sup> Vgl. WALDMANN (Fn. 27), S. 13 f.

Rahmen hinausgehende Rechte und Pflichten eingeführt wurden, fällt auch die Kategorisierung als Vollziehungsverordnung ausser Betracht.<sup>114</sup> Gemäss WALDMANN bietet sich jedoch das Verständnis von Art. 7 EpG als deklaratorische Verweismorm auf die übrigen im Epidemiengesetz vorgesehenen Kompetenzen an.<sup>115</sup> Verordnungen gestützt auf Art. 7 EpG sind demnach bei einer akzessorischen gerichtlichen Kontrolle auf ihre Verfassungsmässigkeit und die Einhaltung des Regelungsgegenstands sowie des Regelungszwecks der dem Epidemiengesetz zu entnehmenden Kompetenzen hin zu überprüfen.<sup>116</sup>

[20] Abgesehen von der unklaren Einordnung in un/selbständige Verordnungen sahen verschiedene Bestimmungen ausdrücklich die sofortige Vollstreckbarkeit von Anordnungen vor.<sup>117</sup> Dies hatte zur Folge, dass keine anfechtbare (Feststellungs-)Verfügung verlangt werden konnte, sondern erst ein entsprechender Realakt abgewartet werden musste, um anschliessend eine ex-post Kontrolle zu verlangen.<sup>118</sup> Wie dieser Beitrag aufzeigt, ist fragwürdig, ob dies mit der Rechtsweggarantie und der Rechtsprechung des EGMR konform ist.<sup>119</sup> Anders verhält es sich bei kantonalen Notverordnungen, wie im nachstehenden Kapitel dargestellt wird.

#### 1.4. Kantonale Notverordnungen

[21] Kantonale Notverordnungen können im Unterschied zu bundesrätlichen Notverordnungen mittels abstrakter Normenkontrolle überprüft werden.<sup>120</sup> Wird festgestellt, dass eine kantonale Verordnungsbestimmung gesetzes-, verfassungs- oder völkerrechtswidrig ist, kann sie vom Gericht aufgehoben werden.<sup>121</sup> Die Kantone können hierfür eine innerkantonale Vorinstanz vorsehen. Tun sie dies nicht, ist eine direkte Anfechtung vor Bundesgericht möglich.<sup>122</sup> Die Beschwerdelegitimation für eine abstrakte Normenkontrolle verlangt kein besonderes Berührtsein, sondern es reicht ein virtuelles, sowie ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhe-

---

<sup>114</sup> Vgl. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 104), S. 692.

<sup>115</sup> WALDMANN (Fn. 27), S. 13 f.

<sup>116</sup> Vgl. WALDMANN (Fn. 27), S. 11 f.

<sup>117</sup> Bspw. Art. 8 Abs. 3 Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (SR 818.101.24; COVID-19-Verordnung 2); HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 113 und 148.

<sup>118</sup> HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 148 und 157.

<sup>119</sup> Vgl. Kapitel 2 und 1.2.1. f.

<sup>120</sup> Art. 82 lit. b und Art. 87 Abs. 1 BGG; EVA MARIA BELSER/SANDRA EGLI, Menschenrechte als Grenze von Mehrheitsentscheiden, in: SKMR, Menschenrechte in der Schweiz stärken, Neue Ideen für Politik und Praxis, Abschlusspublikation, 2022, S. 19 ff., online verfügbar unter: <https://skmr.ch/publikationen-dokumentationen/abschlusspublikation/menschenrechte-als-grenze-von-mehrheitsentscheiden#fnref:18> (abgerufen am 9. August 2023), S. 35; BRUNNER/ZOLLINGER (Fn. 99), N. 7; THURNHERR (Fn. 6), N. 7 und 26; MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Handlungsformen in der Covid-19-Pandemie, Sicherheit & Recht 2/2021, S. 56 ff., S. 61 f.; In den Kantonen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ebenfalls in Form von Allgemeinverfügungen erlassen (Bspw. COVID-19: Allgemeinverfügung über zusätzliche Massnahmen im Kanton Luzern zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 15. Juli 2020 ([https://newsletter.lu.ch/files/SK/Mitteilungen%202020/07\\_Juli/20200714\\_COVID-19%20Allgemeinverfuegung%20.pdf](https://newsletter.lu.ch/files/SK/Mitteilungen%202020/07_Juli/20200714_COVID-19%20Allgemeinverfuegung%20.pdf), abgerufen am 23. Oktober 2023); THURNHERR (Fn. 6), N. 8). Deren Anfechtbarkeit wird enger gezogen als bei Erlassen und hängt davon ab, inwiefern die Adressaten von der Allgemeinverfügung betroffen sind (MATHIAS KAUFMANN/ANDREAS STÖCKLI, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2023, S. 144.; THURNHERR (Fn. 6), N. 8). Eine virtuelle Betroffenheit genügt dafür tendenziell noch nicht (KAUFMANN/STÖCKLI, S. 144).

<sup>121</sup> BRUNNER/ZOLLINGER (Fn. 99), N. 7.

<sup>122</sup> Art. 87 Abs. 1 BGG; BRUNNER/ZOLLINGER (Fn. 99), N. 9 f.

bung der angefochtenen Verordnung aus.<sup>123</sup> Virtueller berührt ist jede Person, die von der angefochtenen Regelung früher oder später einmal mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit unmittelbar betroffen ist.<sup>124</sup> Gleichwohl muss auch bei einer abstrakten Normenkontrolle das Rechtsschutzinteresse grundsätzlich aktuell sein.<sup>125</sup> De lege lata erweist sich der Rechtsschutz damit ausgeprägter, wenn die Kantone gestützt auf Notrechtsklauseln in Kantonsverfassungen handeln, als wenn der Bund Notverordnungen erlässt.<sup>126</sup> Oftmals ist jedoch aus verschiedenen Gründen ein Handeln durch die Kantone nicht möglich, sei es, weil die Krise einen Bereich betrifft, in dem die Kantone über keine Kompetenzen verfügen oder die Schutzgüter der Notrechtsklauseln in den Kantonsverfassungen nicht die in Frage stehenden Schutzgüter mitumfassen.<sup>127</sup> Der letztere Fall wird folgend anhand des Beispiels der Zürcher Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen aufgezeigt.

#### 1.4.1. Gerichtliche Kontrolle von kantonalen Sekundärmassnahmen

[22] Mit Beschluss vom 22. April 2020 erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich, gestützt auf § 72 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich<sup>128</sup> (KV ZH), eine Verordnung über die Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen zur Verminderung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie.<sup>129</sup> Mit dieser Verordnung wurde die Gemeinde Oberglatt zusätzlich (finanziell) verpflichtet, auf Gesuch von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen hin 80 % des Schadens zu ersetzen, der durch entgangene Elternbeiträge im Zeitraum zwischen dem 16. März und 10. Mai 2020 entstanden war.<sup>130</sup> Dagegen führte die Gemeinde Oberglatt am 4. Mai 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der Verordnung.<sup>131</sup> Im Wesentlichen kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass vorliegend keine schwerwiegende Störung oder unmittelbare Gefährdung polizeilicher Schutzgüter vorlag und der Erlass einer Notverordnung einzig mit möglicherweise drohenden wirtschaftlichen bzw. sozialen Folgen begründet wurde.<sup>132</sup> Letz-

---

<sup>123</sup> Vgl. BGE 147 I 478 E. 2.2; Urteil des BGer 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 1.2.; BRUNNER/ZOLLINGER (Fn. 99), N. 10; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 69), N. 1740.

<sup>124</sup> M.w.H. BRUNNER/ZOLLINGER (Fn. 99), N. 10.

<sup>125</sup> Urteil des BGer 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 1.2.

<sup>126</sup> Vgl. SGK BV-SAXER/BRUNNER (Fn. 57), Art. 185 N. 162; TRÜMLER/UHLMANN (Fn. 36), N. 24; vgl. Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129).

<sup>127</sup> Bspw. § 72 Abs. 1 KV ZH (vgl. Kapitel 1.4.1; m.w.H. zu den kantonalen Notrechtsklauseln BERNHARD WALDMANN, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, ZfR Band/Nr. 12, 2021, S. 1 ff., S. 27 ff.; bspw. die Anwendung von Notrecht durch den Bundesrat für die Gewährung eines Kreditrahmens für die Axpo, welche gemäss Art. 91 Abs. 1 i.V.m. Art. 167 BV zu den Bundeskompetenzen gehört, vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 6. September 2022, Energie: Bundesrat aktiviert Rettungsschirm und gewährt Axpo einen Kreditrahmen (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90234.html>, abgerufen am 10. August 2023); vgl. SGK BV-SAXER/BRUNNER (Fn. 57), Art. 185 N. 63 ff.; Vgl. TRÜMLER/UHLMANN (Fn. 36), N. 31 f.

<sup>128</sup> § 72 Abs. 1 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV ZH; SR 101).

<sup>129</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020 (nachfolgend: Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004); Verordnung über die Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen zur Verminderung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie vom 22. April 2020 (Ordnungsnummer 818.17).

<sup>130</sup> § 1 Abs. 1 und § 2 VO Ausfallentschädigung ZH; Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129) E. 1.2 und 3.

<sup>131</sup> Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129).

<sup>132</sup> Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129) E. 4.2.



tere reichen jedoch gemäss dem Verwaltungsgericht nicht aus, um ein Gebrauch der Notverordnungs-kompetenz des Regierungsrats des Kantons Zürich zu rechtfertigen.<sup>133</sup> Im Ergebnis hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde gut und hob die betroffene Verordnung auf.<sup>134</sup>

#### 1.4.2. Funktionierender kantonaler Rechtsschutz

[23] Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Mai 2020 macht deutlich, dass die Normgehalte von kantonalen polizeilichen Generalklauseln und von Art. 185 Abs. 3 BV divergieren. Das Verwaltungsgericht führte aus, dass die Notverordnungs-kompetenz des Regierungsrats auf den Schutz der klassischen polizeilichen Schutzgüter beschränkt sei.<sup>135</sup> Dieser umfasse etwa Leib und Leben, Eigentum oder Freiheit, jedoch nicht wirtschaftliche und soziale Interessen.<sup>136</sup> Insbesondere folgt das Verwaltungsgericht damit dem Willen des historischen Verfassungsgebers und der grammatikalischen Auslegung.<sup>137</sup> Dahingegen bedeutete die Rekapitalisierung der UBS eine Praxisänderung für den Begriff des polizeilichen Schutzgutes von Art. 185 Abs. 3 BV, wobei der endgültige Umfang wohl noch nicht abschliessend geklärt ist.<sup>138</sup> Die Diskussion, welche Schutzgüter von der Notverordnungs-kompetenz erfasst sein sollen, findet demnach sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene statt. Offen ist, welche Auswirkungen der momentane Stand der Diskussion – unter anderem restriktive kantonale und gleichzeitig weite nationale Notverordnungs-kompetenzen – insbesondere während einer Krise zeitigt. Eine mögliche Folge könnte sein, dass die Kantone auf eine Ergänzung der gesetzlichen Notstandsklauseln, beispielweise mit finanziellen Unterstützungsleistungen, angewiesen sind, um entsprechende Massnahmen anordnen zu können. Dass sich der Begriff des polizeilichen Schutzgutes im kantonalen und Bundesrecht unterscheidet, war zumindest nicht im Vorhinein absehbar.<sup>139</sup> Das Beispiel zeigt jedoch auch, dass der Rechtsschutz in den Kantonen und die Korrektur von Regierungsentscheidungen durch Gerichte funktioniert.

#### 1.5. Zwischenfazit

[24] Die exemplarischen Fälle illustrieren die deutlichen Rechtsschutzlücken während der Covid-19-Pandemie. Angesichts der weitreichenden Eingriffe in Grundrechte stellt sich die Frage,

---

<sup>133</sup> Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129) E. 4.3.

<sup>134</sup> Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129) E. 5.

<sup>135</sup> Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129) E. 4.2.

<sup>136</sup> Urteil des VGer ZH, AN.2020.00004 (Fn. 129) E. 4.2.

<sup>137</sup> STEPHANIE BERNET, Verwaltungsgericht Zürich, 4. Abteilung/4. Kammer, Urteil AN.2020.0004 vom 28. Mai 2020, Gemeinde Oberglatt gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, Regierungsratsbeschluss vom 22. April 2020 zum Neuerlass einer Verordnung über die Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen zur Verminderung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie, AJP 2020, S. 1057 ff., S. 1060.

<sup>138</sup> SGK BV-SAXER/BRUNNER (Fn. 57), Art. 185 N. 105 f.; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 104), S. 694 f.; vgl. BERNET (Fn. 137), S. 1059 f.; vgl. CAROLINE LEHNER, Notverordnungsrecht, Die Kompetenzen des schweizerischen Bundesrats, des spanischen Ministerrats und des französischen Staatspräsidenten, Diss. Bern, 2016, S. 110 f.; vgl. ANDREAS LIENHARD/AGATA ZIELNIEWICZ, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 113/2012, S. 111 ff., S. 112 ff.

<sup>139</sup> Vgl. TRÜMLER/UHLMANN (Fn. 36), N. 32 f.; vgl. FELIX UHLMANN, Kurzgutachten zuhanden Kantonsrat Zürich betreffend Kompetenzen des Kantonsrates unter dem Notverordnungsrecht (Coronavirus) und weitere Fragen vom 19. März 2020, N. 21 ff. (<https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:cf4f83e9-4ef0-4e15-a1d6-ba6427184478/WP%20Kurzgutachten%20vom%2019.%20M%C3%A4rz%202020.pdf>, abgerufen am 23. August 2023).

wie die gerichtliche Überprüfung der Massnahmen gestärkt werden könnte, um Notverordnungen vor einer potenziellen Grundrechtsverletzung auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen zu können. Anhand der Rechtsprechungsbeispiele werden die Herausforderungen mit Blick auf den Zugang zu Gerichten sowie den effektiven Rechtsschutz während der Krisenbewältigung dargestellt: Die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen von Massnahmen erschweren die Vorhersehbarkeit und damit den Zugang zur gerichtlichen Kontrolle. Die Kontrolle selbst erfolgte wiederum zu spät, teilweise sogar erst, als die massgebenden Rechtsgrundlagen nicht mehr in Kraft standen und es den beschwerdeführenden Personen an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse fehlte.<sup>140</sup> Dadurch wurde unter anderem die Ausübung von Freiheitsrechten verunmöglicht.<sup>141</sup> Eine gerichtliche Beurteilung von Massnahmen könnte gerade in einer Krisensituation die Rechtsunsicherheit, die bereits aufgrund der Dynamik der Entwicklungen besteht, mindern. Das Eintreten trotz fehlenden aktuellen Rechtsschutzinteresses wurde dabei vom Bundesgericht unterschiedlich begründet.<sup>142</sup> Ein Argument im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie lautete dahingehend, dass die Verordnungen rasch geändert werden, dadurch eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung kaum je möglich ist und eine erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht, wenn jeweils konkrete Anwendungsfälle abgewartet werden müssen.<sup>143</sup> Dies spricht für ein grosszügiges Eintreten auf Beschwerden und erscheint insbesondere während einer Krise geboten. Das Beispiel der COVID-Verordnung Kultur veranschaulicht die zentrale Rolle der gerichtlichen Überprüfung für ein rechtsstaatliches Lernen aus der Krisenbewältigung: Der von der Exekutive vorgesehene Ausschluss des Rechtsschutzes in der Verordnung verletzte die Verfassung.<sup>144</sup> Durch die gerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit erfüllte die Justiz ihre Aufgabe, grundrechtliche Ansprüche sicherzustellen.<sup>145</sup> Diese Feststellung war aber nur durch die nachträgliche Beschränkung der Rechtsgrundlage auf Art. 185 Abs. 3 BV möglich. Das beleuchtet die Fragilität der Rechtsschutzmöglichkeiten *de lege lata*. Grundsätzlich erschwerte die Heterogenität der Massnahmen resp. ihrer Rechtsgrundlagen die Bestimmung eines Anfechtungsobjektes.<sup>146</sup> Das wird ebenfalls anhand der Unterscheidung von Primär- und Sekundärmassnahmen bzw. ihrer unterschiedlichen Rechtsgrundlagen verdeutlicht.<sup>147</sup> Inhaltlich wird der Rechtsschutz schliesslich substantiell eingeschränkt, wenn in Verordnungen ein unmittelbarer Vollzug der Massnahme durch Realakt vorgesehen ist. Eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der zugrundeliegenden Verordnungen ist in diesem Fall immer auf eine *ex-post* Kontrolle begrenzt.<sup>148</sup> Mit Blick auf die weitreichenden Eingriffe in Grundrechte durch diese Massnahmen stellt sich die Frage, ob diese Überprüfung nicht vorverlegt werden müsste. Dadurch könnte die Notverordnung vor einer potenziellen Grundrechtsverletzung auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden.

---

<sup>140</sup> WILHELM/UHLMANN (Fn. 120), S. 61.

<sup>141</sup> BIAGGINI (Fn. 8), S. 83.

<sup>142</sup> Bspw. «Das ist hier der Fall», Urteil BGer 2C\_115/2021 vom 21. Februar 2022 E.1.3.3.; deutlich ausführlicher beispielsweise in Urteil BGer 2C\_228/2021 vom 23. November 2021 E. 1.3.

<sup>143</sup> Vgl. Urteil BGer 2C-8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 2.3.2.; Urteil BGer 2C\_308/2021 vom 3. September 2021 E. 1.4.; Urteil BGer 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 E. 1.3.2.

<sup>144</sup> Vgl. Kapitel 1.1.1.

<sup>145</sup> Vgl. Kapitel 2.

<sup>146</sup> Vgl. THURNHERR (Fn. 6), N. 12.

<sup>147</sup> Vgl. Kapitel 2.

<sup>148</sup> HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 148; THURNHERR (Fn. 6), N. 11 f.

[25] Diese Rechtsschutzlücken blieben nicht unbemerkt und unter dem Eindruck der Pandemie machten Politik und Lehre verschiedene Vorschläge für den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit. Bis zum jetzigen Zeitpunkt wurde jedoch keiner dieser Vorschläge ernsthaft weiterverfolgt, wodurch die aufgezeigten Rechtsschutzlücken bestehen bleiben. Im folgenden Kapitel werden die Vorschläge von Lehre und Politik thematisiert und eine aus grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Sicht gebotene Ausgestaltung des Rechtsschutzes während Krisen vorgeschlagen.

## 2. Diskussionen über den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Nachgang zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie

[26] Die Vorschläge für einen Ausbau des Rechtsschutzes, insbesondere seit dem Frühjahr 2020, verlangen alle – mit unterschiedlicher Ausgestaltung –, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgebaut wird. Nachstehend werden die Vorschläge aufgegriffen und mit Blick auf die Erfahrungen während der Covid-19-Pandemie getestet. Der krisenspezifische Ausbau zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes erfordert dabei insbesondere, dass die bestehenden Verfahren durch eine Beschleunigung tatsächlich genutzt und die notrechtlichen Instrumente einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden können wie z.B. mittels abstrakter Normenkontrolle.

### 2.1. Parlamentarische Initiativen zur Einführung einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen

[27] Mit Parlamentarischen Initiativen wurde die Möglichkeit einer Anfechtung von Notverordnungen des Bundesrats im Zusammenhang mit den Erfahrungen der Covid-19-Pandemie vorgeschlagen.<sup>149</sup> Eine entsprechende Beschwerde sollte keine aufschiebende Wirkung haben, um die Entscheidungsfähigkeit im Krisenfall beizubehalten.<sup>150</sup> Die Parlamentarische Initiative «*Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen*» vom 6. Mai 2020 verlangte die Schaffung der rechtlichen Grundlagen für eine zeitnahe abstrakte gerichtliche Normenkontrolle von Notverordnungen des Bundesrates und des Parlaments.<sup>151</sup> Der Rechtsschutz sollte demnach spezifisch auf Notverordnungen – und nicht auf eine allgemeine Verfassungsgerichtsbarkeit – zugeschnitten werden.<sup>152</sup> Der Initiative wurde keine Folge geleistet, unter anderem wegen der zeitgleichen Prüfung der Parlamentarischen Initiativen «*Handlungsfähigkeit des Parlamentes in Krisensituationen verbessern*»<sup>153</sup> und «*Nutzung der Notrechtskompetenzen und Kontrolle des bundesrätlichen Notrechts in Krisenzei-*

---

<sup>149</sup> BELSER/EGLI (Fn. 120), S. 27; vgl. auch die parlamentarische Initiative 21.404, Für eine gerichtliche Kontrolle der auf Notrecht gestützten Akte des Bundesrates vom 1. März 2021, die jedoch am 15. Oktober 2021 zurückgezogen wurde (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210404>, abgerufen am 24. August 2023).

<sup>150</sup> BELSER/EGLI (Fn. 120), S. 27.

<sup>151</sup> Parlamentarische Initiative 20.430, Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen vom 6. Mai 2020, eingereicht von der Grünen Fraktion (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200430>, abgerufen am 23. August 2023).

<sup>152</sup> Parlamentarische Initiative 20.430 (Fn. 151).

<sup>153</sup> Parlamentarische Initiative 20.437, Handlungsfähigkeit des Parlamentes in Krisensituationen verbessern vom 29. Mai 2020 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200437>, abgerufen am 23. August 2023).

ten»<sup>154, 155</sup> Die in diesem Zusammenhang diskutierten Umsetzungsvorschläge der abstrakten gerichtlichen Überprüfung von Notrecht fanden jedoch weder in den Subkommissionen noch in den beratenden Kommissionen Zustimmung.<sup>156</sup> Wie die Untersuchung der Kommissionsdebatte nachstehend aufzeigt, wurden viele Überlegungen zur Ausgestaltung einer solchen abstrakten Normenkontrolle angestellt. Trotzdem wurden die verschiedenen Vorschläge – wie aufgezeigt werden wird – vor allem aufgrund einer angeblichen Konkurrenzsituation zwischen Bundesgericht und Parlament abgelehnt. Ein solches Ergebnis befriedigt weder aus grundrechtlicher noch aus rechtsstaatlicher Sicht. Es wäre rechtspolitisch wünschenswert, wenn die Debatte erneut aufgenommen und mit weiteren Ausgestaltungselementen, die einer Krisensituation Rechnung tragen, ergänzt würde.

### 2.1.1. Anfechtungsobjekt und Beschwerdeinstanz einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen

[28] Zunächst stellte sich in der Kommission die Frage nach dem Anfechtungsobjekt einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen.<sup>157</sup> Gemäss der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N) war zu klären, ob auch die Ausnahmen in Bezug auf Verfügungen im Bereich der inneren und äusseren Angelegenheiten weiterhin gelten sollten.<sup>158</sup> In diesem Zusammenhang wurden sodann Bedenken geäussert, dass es zu Widersprüchen führen könnte, wenn Verordnungen in besagtem Bereich einer abstrakten Normenkontrolle unterlägen, Verfügungen jedoch nicht.<sup>159</sup> Zudem sei davon auszugehen, dass die Gerichte dem Bundesrat diesbezüglich einen erheblichen Ermessensspielraum einräumten, insbesondere im Falle politischer Entscheide.<sup>160</sup>

[29] Meines Erachtens wird mit den in der Kommission vorgebrachten Argumenten Verschiedenes vermischt. Grundsätzlich unterstehen aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV politische Fragen keiner gerichtlichen Überprüfung und sind nicht vom Anwendungsbereich von Art. 29a BV erfasst.<sup>161</sup> In allen anderen Fällen greift das Gericht erst ein, wenn der (politische) Gestaltungsspielraum durch den Gesetz- oder Ordnungsgeber verletzt wird. Der Ausschluss sog. «actes de gouvernement» ist ebenso beim Bedenken der SPK-N zu beachten, ob es zu Widersprüchen führen würde, wenn Verfügungen aufgrund des prozessrechtlichen Ausschlusses ungleich Verordnungen keiner abstrakten Normenkontrolle unterliegen würden.<sup>162</sup> Unklar ist, inwiefern Verfü-

---

<sup>154</sup> Parlamentarische Initiative 20.438, Nutzung der Notrechtskompetenzen und Kontrolle des bundesrätlichen Notrechts in Krisen vom 29. Mai 2020 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20200438>, abgerufen am 23. August 2023).

<sup>155</sup> Bericht SPK-N vom 19. Januar 2023 zur Parlamentarische Initiative 20.430, S. 3 ([https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2020/Kommissionsbericht\\_SPK-N\\_20.430\\_2023-01-19.pdf](https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2020/Kommissionsbericht_SPK-N_20.430_2023-01-19.pdf), abgerufen am 23. August 2023).

<sup>156</sup> Bericht SPK-N (Fn. 155), S. 3; Medienmitteilung SPK-N vom 28. Januar 2022, Bundesversammlung soll gerüstet sein für weitere Krisen (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20200438>, abgerufen am 23. August 2023).

<sup>157</sup> Vgl. THURNHERR (Fn. 6), N. 36.

<sup>158</sup> Vgl. Art. 83 lit. a BGG; Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG; Art. 7e RVOG; vgl. Prot. SPK-N vom 28. Mai 2021, S. 25; Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22.

<sup>159</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 28. Mai 2021, S. 25.

<sup>160</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22.

<sup>161</sup> Vgl. Kapitel 1. f.

<sup>162</sup> Vgl. Art. 83 lit. a BGG; Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG.

gungen in äusseren Angelegenheiten zu Widersprüchen mit Grundrechtseinschränkungen durch Notverordnungen im Innern führen könnten. Schliesslich wäre es aus meiner Sicht angebracht, dass grundsätzlich die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle sowohl für Notverordnungen des Bundesrats als auch der Bundesversammlung besteht. Andernfalls wird impliziert, dass die demokratische Legitimation ausschlaggebend ist, ob eine abstrakte Normenkontrolle stattfinden sollte. Dies stimmt jedoch bereits mit Blick auf die bestehende abstrakte Normenkontrolle kantonaler Erlasse nicht: Diese sind von hoher demokratischer Legitimation und trotzdem einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Viel eher sollte der (überwiegend) politische Charakter einer Entscheidung ausschlaggebend bei der Beurteilung sein, ob eine gerichtliche Kontrolle einer Notverordnung möglich und angezeigt ist. Nichts anderes leitet sich aus den bestehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben gemäss Art. 189 Abs. 4 BV ab, die «actes de gouvernement» von einer gerichtlichen Kontrolle ausschliessen.

[30] Als mögliche Beschwerdeinstanz für eine abstrakte Normenkontrolle wurden in der Debatte der SPK-N das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht vorgeschlagen.<sup>163</sup> Abgewogen wurde in der Diskussion einerseits zwischen einer Verlangsamung des Verfahrens durch eine Lösung mit zwei Beschwerdeinstanzen, die sich wegen der zeitlichen Dringlichkeit und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit während einer Krise nachteilig auswirken könnte.<sup>164</sup> Andererseits käme vor Bundesverwaltungsgericht das VwVG zur Anwendung, womit einer Beschwerde aufschiebende Wirkung zukäme.<sup>165</sup>

[31] In Anbetracht der zeitlichen Dringlichkeit einer Entscheidung, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und schliesslich der Vertrautheit mit der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Erlasse ist meines Erachtens das Bundesgericht vorzuziehen.<sup>166</sup> Dass keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde vorgesehen ist, könnte im BGG angepasst werden. Auf die zentrale Bedeutung der aufschiebenden Wirkung bei der Ausgestaltung eines effektiven Rechtsschutzes wird im folgenden Abschnitt eingegangen.

### 2.1.2. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde

[32] Die SPK-N äusserte sich in Bezug auf die aufschiebende Wirkung skeptisch. Diese hätte einschneidende Folgen, wenn durch sie die Anwendung der infragestehenden Bestimmung verhindert würde. Die Folgen wären insbesondere während einer Krise spürbar, deren Bewältigung rasche Handlungs- und Reaktionsfähigkeit unter zeitlichem Druck erfordere.<sup>167</sup> Als Kompromiss wurde von der SPK-N vorgeschlagen, dass die aufschiebende Wirkung jeweils auf Gesuch hin oder von Amtes wegen von der Instruktionsrichterin oder vom Instruktionsrichter erteilt würde.<sup>168</sup> Dagegen wurde vorgebracht, dass trotz einer gefestigten Rechtsprechung zur Interessenabwägung die Möglichkeit bestehe, dass sich eine sehr zurückhaltende Praxis einstellen könnte. De facto hätte die Erteilung der aufschiebenden Wirkung die Aufhebung einer Notrechtsbestim-

---

<sup>163</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22.

<sup>164</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 28. Mai 2021, S. 25; THURNHERR (Fn. 6), N. 34.

<sup>165</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 1 VwVG; Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22.

<sup>166</sup> THURNHERR (Fn. 6), N. 34.

<sup>167</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22; MÄRKLI (Fn. 28), S. 66.

<sup>168</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22.

mung zur Folge.<sup>169</sup> Schliesslich würde sich die Instruktionsrichterin oder der Instruktionsrichter mit dieser Entscheidung als Einzelperson über die Bundesversammlung oder den Bundesrat stellen.<sup>170</sup>

[33] Mittels aufschiebender Wirkung könnten potenziell verfassungswidrige Bestimmungen in Notrechterlassen aufgehoben werden, bevor sie überhaupt eine Wirkung entfalten würden und die gerichtliche Kontrolle somit einen präventiven Schutz vor Grundrechtsverletzungen sicherstellen.<sup>171</sup> Je nach Art der Krise ist eine Rückabwicklung der bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung getätigten Massnahmen schwierig bis unmöglich, weshalb die aufschiebende Wirkung bei der abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen besonders relevant ist.<sup>172</sup> Dies war beispielsweise während der Covid-19-Pandemie der Fall, als Angehörige sterbende Verwandte nicht besuchen durften.<sup>173</sup> Eine automatische aufschiebende Wirkung von Beschwerden während Krisen könnte derweil eine lähmende Wirkung haben und der Zielsetzung des Notrechts entgegenstehen. Wird die aufschiebende Wirkung hingegen auf Gesuch hin erteilt, wäre aus meiner Sicht anstelle einer Einzelrichterin oder eines Einzelrichters ein Richtergrremium geeignet, diesen Entscheid zu treffen. Dadurch könnte eine restriktive Praxis der Gewährung der aufschiebenden Wirkung vermieden werden, da sich nicht eine Einzelperson gegen den Bundesrat stellen müsste. Zusätzlich müsste das Richtergrremium rasch, womöglich mittels einer Art Eilverfahren, über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde entscheiden.<sup>174</sup> Dem Erhalt der Handlungs- und Reaktionsfähigkeit während einer Krise könnte eine massgeschneiderte und punktuell gewährte aufschiebende Wirkung Rechnung tragen, so dass diese nicht eine generell-abstrakte Wirkung für alle Adressaten der Verordnung entfaltet.<sup>175</sup> Dadurch wäre ebenfalls die Berücksichtigung unterschiedlicher Situationen und Bedürfnisse möglich. Ebenfalls sollte das Gericht nicht nur hinsichtlich des Wirkungskreises der aufschiebenden Wirkung unterscheiden, sondern auch gestalterisch tätig werden und geeignete Ersatzmassnahmen (vorsorgliche Massnahmen) treffen können.<sup>176</sup> Illustriert wird die Notwendigkeit dieser Flexibilität der aufschiebenden Wirkung durch Erfahrungen während der Covid-19-Pandemie. So sind oftmals viele unterschiedliche Konstellationen zu beachten, wie beispielsweise bei Schulschliessungen die Anliegen von Kindern mit besonderen

---

<sup>169</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 14. Oktober 2021, S. 24 f.; vgl. diesbezüglich die Praxis des Bundesgerichts, die aufschiebende Wirkung tendenziell deutlich seltener zu erteilen als die betreffenden kantonalen Instanzen, RALPH DAVID DOLESCHAL, Die abstrakte Normenkontrolle in den Kantonen, ZStÖR Band/Nr. 259, Zürich 2019, S. 710 ff., S. 716.

<sup>170</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 14. Oktober 2021, S. 24.

<sup>171</sup> Vgl. KAUFMANN/STÖCKLI (Fn. 120), S. 177 f.; Betreffend die präventive Wirkung einer abstrakten Normenkontrolle im Zusammenhang mit der Verbesserung des Rechtsetzungsverfahrens: vgl. Prot. SPK-N vom 28. Mai 2021, S. 27; BIAGGINI (Fn. 8), S. 83 f.

<sup>172</sup> Vgl. Garantien des Bundes gegenüber der SNB und der UBS im Zusammenhang mit der CS-Krise (Medienmitteilung vom 29. März 2023, Bundesrat verabschiedet Sonderbotschaft zu Verpflichtungskrediten für die Schweizerische Nationalbank und die UBS [<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-94030.html>], abgerufen am 25. Oktober 2023).

<sup>173</sup> Vgl. SRF «Rendez-vous» vom 15. Mai 2020, «Seelsorge bei Covid-Patienten, Wie nah sein, wenn der Besuch verboten ist?» (<https://www.srf.ch/news/schweiz/seelsorge-bei-covid-patienten-wie-nah-sein-wenn-der-besuch-verboden-ist>), abgerufen am 5. Oktober 2023); SRF vom 6. März 2020, Corona-Schutz im Pflegeheim, «Alles ist abgeriegelt wie im Hochsicherheitsgefängnis» (<https://www.srf.ch/news/schweiz/corona-schutz-im-pflegeheim-alles-ist-abgeriegelt-wie-im-hochsicherheitsgefengnis>), abgerufen am 21. November 2023).

<sup>174</sup> Vgl. Kapitel 2.2.

<sup>175</sup> A.A. zumindest betreffend Allgemeinverfügungen, BENJAMIN MÄRKLI, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Diss. Zürich 2022, N. 383; Zur aufschiebenden Wirkung de lege lata bei Erlasanfechtung siehe MÄRKLI, S. 198 N. 384.

<sup>176</sup> Im Sinne von Art. 56 VwVG; Vgl. KAUFMANN/STÖCKLI (Fn. 120), S. 125.

Bedürfnissen. Zusammengefasst ist eine aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Notverordnungen zentral für einen effektiven Rechtsschutz, jedoch ist diese gemäss den Besonderheiten der Krisensituation auszugestalten.

### 2.1.3. Und noch einmal: die Beschleunigung des Verfahrens

[34] Als praktische Probleme einer gerichtlichen Überprüfung wurden in der Kommissionsdebatte angeführt, dass die gerichtliche Kontrolle oftmals mehrere Monate dauere und dadurch das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, nicht erreicht werden könne.<sup>177</sup> Zu diesem Zeitpunkt dürfte jeweils bereits eine Botschaft zur Überführung der Notverordnungen in ordentliches Recht vorliegen.<sup>178</sup> In diesem Zusammenhang wurden von der SPK-N verschiedene Vorschläge zur Beschleunigung der gerichtlichen Kontrolle gemacht: eine Verkürzung der Beschwerdefrist, die Beschränkung auf einen Schriftenwechsel – mit Ausnahme jener Fälle, in denen das rechtliche Gehör einen zweiten Schriftenwechsel verlangt –, das Weglassen des Fristenstillstands und eine Ordnungsfrist für die Behandlung durch das Gericht.<sup>179</sup> Gegen letztere wurde argumentiert, dass eine Ordnungsfrist unausgegrenzte Entscheide bewirken könnte und – da ihre Verletzung keine Sanktion nach sich zieht – ohne die erhoffte Wirkung bleiben würde.<sup>180</sup>

[35] Wie noch zum Vorschlag eines Eilverfahrens an das Bundesgericht ausgeführt werden wird, verlangt die Rechtsweggarantie, dass eine gerichtliche Kontrolle zeitnah zu erfolgen hat.<sup>181</sup> Die Vorschläge zur Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens würden einen wertvollen Beitrag dazu leisten, da die Verfahren dadurch zeitlich verkürzt werden könnten. Die verschiedenen begrüssenswerten Vorschläge der Kommission vermochten jedoch nicht ihre Bedenken zu kompensieren, dass es zu einer Konkurrenzsituation zwischen Bundesgericht und Parlament kommen könnte.

### 2.1.4. Die von der Kommission befürchtete Konkurrenz zwischen Parlament und Bundesgericht

[36] Die SPK-N argumentierte, dass eine abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen zu Unsicherheiten führen und das Vertrauen in die Behörde, die während einer Krise innert kür-

---

<sup>177</sup> Bericht SPK-N (Fn. 182), S. 53.

<sup>178</sup> Bericht SPK-N (Fn. 182), S. 53; Dass eine gerichtliche Kontrolle von Notrecht auch nach den in dieser Hinsicht erfolglosen parlamentarischen Initiativen noch aktuell ist, zeigt die Standesinitiative eines überparteilichen Komitees im Kanton Zürich (BEATRICE WALDER, Notrecht: Petition für eine gerichtliche Kontrolle, Plädoyer 3/2023 [<https://www.plaedoyer.ch/artikel/artikeldetail/notrecht-petition-fuer-eine-gerichtliche-kontrolle>], abgerufen am 23. August 2023); Amtsblatt des Kantons Zürich, Kantonale Volksinitiative zur Einreichung einer Standesinitiative «Gerichtliche Kontrolle von Notrecht stärken [Notrechtsinitiative]» [Vorprüfung] [<https://amtsblatt.zh.ch/#!/search/publications/detail/53561537-b943-4c5f-993d-043deefbb038>], abgerufen am 22. August 2023)). Diese verlangt einen besseren Rechtsschutz bei Notverordnungen des Bundesrats (Amtsblatt des Kantons Zürich). Die Standesinitiative kam jedoch nicht zustande und wurde stattdessen als Petition am 4. Mai 2023 zuhanden der Bundesversammlung eingereicht (WALDER, Petition Verein Notrechtsinitiative 23.2018, Gerichtliche Kontrolle von Notrecht stärken [<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20232018>], abgerufen am 22. August 2023)). Die Behandlung durch die Staatspolitischen Kommissionen beider Räte steht zurzeit noch aus.

<sup>179</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 22 f.; THURNHERR (Fn. 6), N. 35.

<sup>180</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 2. Juli 2021, S. 23 f.

<sup>181</sup> Vgl. Kapitel 1 und 2.2.

zester Zeit schwierige Entscheide treffen muss, schwächen würde.<sup>182</sup> Die Kontrolle der bundesrätlichen Notverordnungen würde bereits mittels Überführung ins Gesetzesrecht durch das Parlament sichergestellt.<sup>183</sup> Eine (gleichzeitige) Beurteilung durch das Bundesgericht hingegen provoziere eine Konkurrenzsituation zwischen Parlament und Bundesgericht.<sup>184</sup> Befürchtet wurde ausserdem, dass das Bundesgericht durch einen Entscheid vor der parlamentarischen Gesetzesberatung die Entscheidungsfreiheit des Parlaments einschränken respektive eine gerichtliche Beurteilung der parlamentarischen Gesetzgebung stattfinden könnte, wenn der Entscheid des Bundesgerichts zeitlich nach den Gesetzesberatungen erginge. Die unterschiedlichen Beurteilungen bundesrätlicher Notverordnungen durch das Bundesgericht und die Bundesversammlung könnten schliesslich die Klarheit einer Krisenbewältigung gefährden.<sup>185</sup>

[37] Die Argumentation betreffend eine Konkurrenzsituation zwischen Gericht und Parlament überzeugen insbesondere in Bezug auf die abstrakte Normenkontrolle nicht. Eine Konkurrenzsituation zwischen Gericht und Parlament ist im Wesentlichen auf den Anwendungsfall von Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG beschränkt. Gemäss Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG unterbreitet der Bundesrat der Bundesversammlung spätestens nach sechs Monaten seit Inkrafttreten einer Verordnung gestützt auf Art. 185 Abs. 2 BV entweder einen Entwurf einer gesetzlichen Grundlage (Ziff. 1) oder einer Verordnung der Bundesversammlung gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV, die eine Verordnung des Bundesrats ersetzt (Ziff. 2). Ohne abstrakte Normenkontrolle ist hingegen auch kein Rechtsschutz in Bezug auf bundesrätliche Notverordnungen vorhanden, die weniger lang als sechs Monate gelten, weil die Voraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV nicht mehr gegeben sind.<sup>186</sup> Auch in diesem Fall ist jedoch ein effektiver Rechtsschutz notwendig, da mit diesen Notverordnungen ebenso signifikante Eingriffe in Grundrechte möglich sind.<sup>187</sup> Des Weiteren würde eine abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen tendenziell früher erfolgen als eine konkrete Normenkontrolle bis anhin, da eine Beschwerdefrist mit Erlass der Verordnung zu laufen beginnen würde.<sup>188</sup> Schliesslich würde die abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen die Parlamentsdebatte meines Erachtens durch einen «Dialog der Gewalten» bereichern und das Parlament könnte sich auf eine weitere juristische Beurteilung stützen.<sup>189</sup> Ein verbesserter Austausch zwischen den Staatsgewalten könnte zudem als vertrauensfördernd wahrgenommen werden, da eine gegenseitige Kontrolle der Gewalten stattfindet (checks and balances).

[38] Abschliessend wird auf die während der Kommissionsdebatte geäusserte Befürchtung eingegangen, dass der grosse Ermessensspielraum, welcher das Bundesgericht der Exekutive zugesteht, dazu führen könnte, dass das Gericht kaum je eine Verordnung als verfassungswidrig qualifizieren würde.<sup>190</sup>

---

<sup>182</sup> Bericht SPK-N (Fn. 36), S. 52; Medienmitteilung SPK-N vom 28. Januar 2022 (Fn. 156).

<sup>183</sup> Bericht SPK-N (Fn. 182), S. 52.

<sup>184</sup> Bericht SPK-N (Fn. 182), S. 52 f.

<sup>185</sup> Bericht SPK-N (Fn. 182), S. 53.

<sup>186</sup> Vgl. Art. 185 Abs. 3 BV; zu den Voraussetzungen BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 26 ff.

<sup>187</sup> THURNHERR (Fn. 6), N. 3.

<sup>188</sup> Vgl. Art. 190 BV; Art. 100 BGG.

<sup>189</sup> Vgl. THURNHERR (Fn. 6), N. 29.

<sup>190</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 28. Mai 2021, S. 25.



[39] Das Bundesgericht auferlegt sich bei der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Verordnungen eine gewisse Zurückhaltung.<sup>191</sup> Diese wird unter anderem mit einer föderalistischen Rücksichtnahme auf den kantonalen Gesetzgeber begründet.<sup>192</sup> Bei der abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen des Bundesrats oder der Bundesversammlung ist eine solche jedoch nicht gefragt. Vielmehr bieten sich folgende zwei Kriterien für die Festlegung der Kognition an: Erstens der Auslegungsspielraum, welcher der rechtsanwendenden Behörde durch die angefochtene Norm belassen wird.<sup>193</sup> Die gerichtliche Überprüfung von Massnahmen bei offenen Formulierungen der Rechtsgrundlagen von Notverordnungen hat umso strenger zu erfolgen.<sup>194</sup> Zweitens ist der (naturwissenschaftliche) Informations- und Wissensstand zu beachten.<sup>195</sup> Wenn dem Gericht während einer Krise nicht die nötigen Ressourcen zur Überprüfung des Wissensstands zur Verfügung stehen, ist in dieser Hinsicht eine gewisse Zurückhaltung bei der Prüfungsdichte angezeigt.<sup>196</sup> Somit scheint die oben geäußerte Befürchtung einer zu grossen Zurückhaltung aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nicht gerechtfertigt. Der Auslegungsspielraum der rechtsanwendenden Behörde und der Wissensstand während einer Krise sind die zu beachtenden Kognitionsriterien bei der abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen des Bundesrats und der Bundesversammlung.

[40] Zusammengefasst zeigt die Analyse der Ausgestaltung einer abstrakten Normenkontrolle, dass die von den Kommissionen vorgetragenen Kritikpunkte betreffend eine abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen nicht gerechtfertigt sind. Es ist mit Blick auf den bestehenden mangelhaften Rechtsschutz während Krisen zu bedauern, dass bis anhin noch kein Vorschlag für einen Ausbau des Rechtsschutzes weiterverfolgt wurde.

## 2.2. Vorschlag eines Eilverfahrens an das Bundesgericht

[41] Eine Beschleunigung der gerichtlichen Kontrolle zu erreichen, versucht ein Vorschlag, der sich mit der Einrichtung eines Eilverfahrens an das Bundesgericht bei der Anwendung von Art. 185 Abs. 3 BV befasst.<sup>197</sup> Gegen ein solches Eilverfahren wird angeführt, dass die sich stellenden Fragen in der Regel politisch sehr aufgeladen sein dürften. Dementsprechend sei unklar, ob das Bundesgericht tatsächlich besser als der Bundesrat geeignet sei, eine Abwägung der betroffenen Grundrechte vorzunehmen.<sup>198</sup> Ebenfalls stelle sich grundsätzlich die Frage, weshalb zeitlich beschränkte Verordnungen des Bundesrats gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV einer strengen

---

<sup>191</sup> Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 69), N. 1535; TOBIAS JAAG, Rechtmässigkeit kantonaler Covid-19 Massnahmen, Sicherheit & Recht 3/2021, S. 142 ff., S. 144; KASPAR PLÜSS, Kognition im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, ZBl 2014, S. 420 ff., S. 420; vgl. THURNHERR (Fn. 6), N. 32.

<sup>192</sup> Vgl. PLÜSS (Fn. 191), S. 422.

<sup>193</sup> PLÜSS (Fn. 191), S. 424.

<sup>194</sup> BGE 147 I 450 E. 3.2.1; BIAGGINI (Fn. 8), S. 79; SEILER (Fn. 75), S. 498.

<sup>195</sup> THURNHERR (Fn. 6), N. 32; vgl. relativierend ZÜND/ERRASS (Fn. 11), S. 85.

<sup>196</sup> Vgl. Kapitel 1; vgl. Urteil des BGer 2C\_106/2022 vom 2. November 2022 E. 1.4.1.; THURNHERR (Fn. 6), N. 32.

<sup>197</sup> Vgl. JULIETTE FRÉSARD, Das Notrecht des Bundesrates bei der Bekämpfung von Epidemien, Jusletter vom 23. August 2021, Rz. 29 ff. mit Verweis auf das französische Verfahren des «procédure-en-référé»; vgl. Interview mit PAUL RICHLI / ANDREAS STÖCKLI, Streitgespräch: «Es ist umstritten, ob Notrecht zulässig war», Plädoyer 3/20, S. 10.

<sup>198</sup> RICHLI (Fn. 197), S. 10.

ren gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollten als Bundesgesetze.<sup>199</sup> Für ein solches Eilverfahren wird vorgebracht, dass das Bundesgericht – gerade vor dem Hintergrund des in letzter Zeit oft beanspruchten Art. 185 Abs. 3 BV – kaum die Gelegenheit gehabt habe, sich zum Anwendungsbereich und zu den Schranken dieses Artikels zu äussern.<sup>200</sup> Bis anhin wurde dieser Vorschlag soweit ersichtlich noch nicht weiter konkretisiert oder von der Politik aufgenommen.

[42] Der Vorschlag des Eilverfahrens müsste noch weiter ausgestaltet werden. Er spricht mit der zeitlichen Komponente einen wichtigen Aspekt bei der Verbesserung des Rechtsschutzes an.<sup>201</sup> Die Rechtsprechungsbeispiele haben illustriert, dass die gerichtliche Kontrolle oft zu spät erfolgt und ein wirksamer Rechtsschutz während der Covid-19-Pandemie nicht gewährleistet werden konnte. Das Argument, dass die Fragen politischer Natur seien und deshalb die Eignung des (Bundes-)Gerichts zur Beurteilung fraglich, vermag nicht zu überzeugen. Denn sog. «actes de gouvernement»<sup>202</sup> werden bereits durch Art. 189 Abs. 4 BV von einer gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen. Abgesehen von dieser (unechten) Ausnahme der Rechtsweggarantie ist hingegen die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen, die in beträchtlicher Weise Grundrechte einschränken, geboten.<sup>203</sup> Es ist eine der zentralen Aufgaben des Bundesgerichts, Verhältnismässigkeitsprüfungen vorzunehmen. Dies ist insbesondere während Krisen gefragt. Ein solches Eilverfahren könnte durch die entsprechende Anpassung der gesetzlichen Grundlagen, namentlich des BGG, ohne Verfassungsänderung eingerichtet werden. Schliesslich kann meines Erachtens das Argument der kurzen Geltungsdauer von Notverordnungen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung einer Massnahme zur Anwendung gelangen. Für einen lückenhaften Rechtsschutz bei Massnahmen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV dient es jedoch nicht. Grundsätzlich ist die Beschleunigung der gerichtlichen Kontrolle als zentrales Element bei der Verbesserung des Rechtsschutzes während Krisen zu erachten. Dies hat auch der oben aufgeführte Fall vor dem EGMR gezeigt. Dass der EGMR zunächst auf die Beschwerde der CGAS eintrat, ohne dass der innerstaatliche Instanzenzug ausgeschöpft wurde, ist ein Hinweis für die Schwäche des bestehenden Rechtsschutzes in der Schweiz. Ein beschleunigtes Verfahren ist demzufolge auch im Sinne der Subsidiarität des EGMR sinnvoll und notwendig.<sup>204</sup>

### 2.3. Vorschlag einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit

[43] Ein weiterer, anders gearteter Vorschlag wurde während der Covid-19-Pandemie im Jahr 2021 im Parlament mit zwei gleichlautenden Motionen vorgebracht, welche die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen verlangten.<sup>205</sup> Unter anderem wurden die Motionen mit dem fehlenden individuellen Rechtsschutz betreffend Massnahmen während der

---

<sup>199</sup> Interview mit einer Person in der Bundesverwaltung vom 25. Juli 2023; vgl. Art. 190 BV und Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG.

<sup>200</sup> STÖCKLI (Fn. 197), S. 10.

<sup>201</sup> Vgl. Kapitel 2.1.1.

<sup>202</sup> Vgl. oben Kapitel 1.

<sup>203</sup> Vgl. Kapitel 2.

<sup>204</sup> Vgl. Art. 1 Protokoll Nr. 15 über die Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101.095).

<sup>205</sup> Vgl. Motion Zopfi Mathias 21.3690 und Motion Engler Stefan 21.3689 beide vom 10. Juni 2021, gleichlautend «Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit».

Covid-19-Pandemie begründet.<sup>206</sup> Die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) nahm am 8. April 2022 zu den Motionen Stellung und beantragte mit 6 zu 6 Stimmen bei 1 Enthaltung und mit Stichentscheid des Präsidenten, diese anzunehmen.<sup>207</sup> Die SPK-S erwog, dass sich die Ausgangslage seit der Einführung des Ausschlusses der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen verändert habe.<sup>208</sup> Insbesondere durch die Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen auf den Bund sei der Anteil an Gesetzen auf kantonaler Ebene, die einer Kontrolle der Verfassungsmässigkeit unterlägen, gesunken.<sup>209</sup> Sodann benötigten Bundesgesetze gerade nicht die Zustimmung von Volk und Ständen und es werde auch nicht in jedem Fall ein Referendum ergriffen.<sup>210</sup> Durch Beibehaltung des Systems werde faktisch vor allem die Bundesversammlung gestärkt und nicht das Volk.<sup>211</sup> Trotz des Antrags der SPK-S wurden die Motionen vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlen und schliesslich durch den Ständerat mit eindeutiger Mehrheit verworfen.<sup>212</sup> Es ist aufgrund der politischen Ausgangslage kaum zu erwarten, dass sich diese Haltung in naher Zukunft verändern wird.<sup>213</sup> In diesem Zusammenhang wird nicht ganz zu Unrecht vorgebracht, dass mittlerweile drei Abstimmungen im Kontext der Massnahmen während der Covid-19-Pandemie stattgefunden haben.<sup>214</sup> Diese ermöglichten zumindest nachträglich die demokratische Legitimierung des Vorgehens des Bundesrats und Parlaments, nicht jedoch die verfassungsrechtliche.<sup>215</sup>

[44] Der Vorschlag einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen wurde unter anderem mit dem mangelnden Rechtsschutz betreffend Massnahmen während der Covid-19-Pandemie begründet. Während Krisen wäre die vorgeschlagene Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit gesetzlichen Notrechtsklauseln und bei unselbständigen Verordnungen zum Zuge gekommen. Gegenüber selbständigen Verordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV, die insbesondere während der Covid-19-Pandemie eine massgebliche Rolle spielten, hätte eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch keinen Einfluss gehabt. Diese Verordnungen wären erst durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen erfasst worden, wenn gemäss Art. 7d Abs. 2 lit. c RVOG eine gesetzliche Grundlage der Bundesversamm-

---

<sup>206</sup> Vgl. Motion Zopfi Mathias 21.3690.

<sup>207</sup> Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerats vom 8. April 2022 ([https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht\\_SPK-S\\_21.3689\\_2022-04-08.pdf](https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht_SPK-S_21.3689_2022-04-08.pdf), abgerufen am 31. Juli 2023).

<sup>208</sup> Bericht SPK-S (Fn. 207), S. 4.

<sup>209</sup> Bericht SPK-S (Fn. 207), S. 4.

<sup>210</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a BV; Bericht SPK-S (Fn. 207), S. 5.

<sup>211</sup> Bericht SPK-S (Fn. 207), S. 6.

<sup>212</sup> Motion Zopfi Mathias 21.3690 und Motion Engler Stefan 21.3689, Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit, AB 2022 S. 653 ff., S. 664.

<sup>213</sup> Vgl. ebenfalls zur Übersicht die bisherigen Vorstösse zur Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Motion Zopfi Mathias 21.3690, Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Stellungnahme des Bundesrates vom 8. September 2021 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?t=20213690>, abgerufen am 23. August 2023).

<sup>214</sup> Abstimmung vom 13. Juni 2021, nachdem das Referendum gegen das Covid-19-Gesetz ergriffen wurde, Abstimmung vom 28. November 2021, nachdem gegen die Änderungen vom 19. März 2021 das Referendum ergriffen wurde und Abstimmung vom 18. Juni 2023 über die Verlängerung des Covid-19-Gesetzes (vgl. Botschaft zur Änderung des Covid-19-Gesetzes [Verlängerung und Änderung ausgewählter Bestimmungen] vom 3. Juni 2022, S. 4 [BBl 2022 1549]; Volksabstimmung vom 18. Juni 2023, Covid-19-Gesetz [<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20230618/covid-19-gesetz.html>], abgerufen am 16. Oktober 2023)].

<sup>215</sup> AB 2022 S. 663.

lung in Kraft trat.<sup>216</sup> Auch nicht erfasst vom Vorschlag wären Notverordnungen des Parlaments gewesen, die gemäss Art. 7d Abs. 3 RVOG eine Geltungsdauer von drei Jahren haben. Zusammengefasst bietet dieser Vorschlag einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen nur eine teilweise Verbesserung des Rechtsschutzes während Krisen, da ein massgeblicher Teil des Notrechts gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV nicht davon erfasst worden wäre.

### 3. Fazit

[45] Während der Covid-19-Pandemie zeigten sich Lücken des bestehenden Rechtsschutzes, des Zugangs zur gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen und der Effektivität des Rechtsschutzes. Ob der Rechtsschutz während der Covid-19-Pandemie den Anforderungen von Art. 29a BV und Art. 13 EMRK genügte, ist fraglich. Ein pauschaler Ausschluss des gerichtlichen Rechtsschutzes in einer Notverordnung ist verfassungswidrig.<sup>217</sup> Im Zentrum der Kritik stehen die Dauer der gerichtlichen Kontrolle und die Komplexität des Zugangs zum Rechtsschutz aufgrund einer Vielzahl möglicher Rechtsgrundlagen für Massnahmen. Die Erfahrung der Covid-19-Pandemie hat verdeutlicht, dass ein Ausbau des Rechtsschutzes notwendig ist, damit er auch während Krisen effektiv ist. Mit dem Einsatz von Notrecht fand in vielerlei Hinsicht eine Zentralisierung statt, die mit der Einschränkung des Rechtsschutzes einherging. Einerseits wurde mit der Kompetenzverschiebung von den Kantonen hin zum Bund die gerichtliche Kontrolle ausgeschaltet. Andererseits verlangt die Verlagerung von der Legislative hin zur Exekutive eine rechtsstaatliche Kompensation, die ein effektiver Rechtsschutz während Krisen bieten würde.

[46] Die Kritik am bestehenden mangelhaften Rechtsschutz wird durch die Änderungsvorschläge von Lehre und Politik für den Ausbau des Rechtsschutzes im Nachgang zur Covid-19-Pandemie hervorgehoben. Besonders präsent ist die abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen. Die Analyse zeigt, dass diese insgesamt zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes führen würde, jedoch noch viele offene Fragen zu ihrer Ausgestaltung bestehen.<sup>218</sup> In diesem Beitrag wird für die Stärkung des Rechtsschutzes vorgeschlagen, dass das Feststellungsinteresse als Rechtsschutzinteresse bei der gerichtlichen Überprüfung von Notrecht genügt, selbst wenn ein aktuelles Beschwerdeinteresse fehlt. Zudem soll die aufschiebende Wirkung von Beschwerden auf Gesuch hin geprüft werden. Schliesslich ist die gerichtliche Kontrolle zu beschleunigen, damit der Rechtsschutz während einer Krise wirksam sein kann. Hierfür ist ein Eilverfahren im BGG zumindest bei konkreten Normenkontrollen von Notverordnungen zu statuieren. Selbst wenn für Notverordnungen des Bundesrats (und des Parlaments) die abstrakte Normenkontrolle eingeführt würde, wäre damit die Schwierigkeit des Rechtsschutzes bei der Vielzahl an Handlungsinstrumenten in einer Krise noch nicht gelöst.<sup>219</sup> Die Frage des Rechtsschutzes hängt von der gewählten Handlungsform der Verwaltung ab. Letztere ist jedoch regelmässig zufällig und uneinheitlich. Mit Blick auf die Rechtsweggarantie ist insbesondere fragwürdig, dass Realakte gestützt auf direkt vollstreckbare Verordnungen nur einer nachträglichen Kontrolle zugänglich sind.<sup>220</sup> Damit

---

<sup>216</sup> Vgl. Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (SR 818.102).

<sup>217</sup> Vgl. Kapitel 1.1.1.

<sup>218</sup> Vgl. Kapitel 2.1.1.

<sup>219</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>220</sup> Vgl. Kapitel 1; s.a. HÄNER/KNEISSLER (Fn. 49), N. 148 und 157.

der Zugang zur gerichtlichen Kontrolle während einer Krise tatsächlich gewährleistet werden kann, müssen daher erst die einzelnen Verordnungskompetenzen und deren Verhältnis zueinander geklärt werden.<sup>221</sup> Ansonsten könnte der Verordnungsgeber den Rechtsschutz durch die Bezeichnung der Kompetenzgrundlage determinieren.<sup>222</sup> Demnach sollte die Wahl der Rechtsgrundlage ebenfalls gesetzlich im BGG geregelt sein und überprüft werden können. Abgesehen vom Ausbau der gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen während Krisen gibt es den Ansatz einer ex-ante Kontrolle von Notverordnungen.<sup>223</sup> Eine ex-ante Überprüfung kann jedoch nicht die Frage des (fehlenden) Rechtsschutzes während Krisen lösen. Die beschriebenen Vorschläge widerspiegeln die Komplexität der Herausforderungen des Rechtsschutzes während einer Krise. Schliesslich sollten zusätzlich zum Ausbau der gerichtlichen Kontrolle von Massnahmen während Krisen ebenfalls der Prozess der Massnahmenergreifung, die Wahl der Handlungsinstrumente, die Ausgestaltung der Normen und das Verhältnis der verschiedenen Handlungsinstrumente untereinander mit Blick auf einen wirksamen Rechtsschutz untersucht werden. Bei anderen Krisen werden sich wieder ähnliche Fragen stellen. Deshalb ist es wichtig, die festgestellten Rechtsschutzlücken zu schliessen.

---

JOHANNA JEAN-PETIT-MATILE, MLaw, Doktorandin SNF (NFP 80 «Covid-19 in der Gesellschaft»).

Diese Forschung wurde ganz oder teilweise durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF) (209937) gefördert. Zur Umsetzung von Open Access wird eine Creative Commons Attribution CC BY Lizenz auf jedes Author's Accepted Manuscript angewendet, das aus dieser Einreichung hervorgeht. Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND 4.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

---

<sup>221</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>222</sup> THURNHERR (Fn. 6), N. 36.

<sup>223</sup> Vgl. Prot. SPK-N vom 19. Februar 2021, S. 10 f.