

Der Schweizer Föderalismus in Zeiten der Pandemie: Wie krisenfest ist die vertikale Gewaltenteilung?

Eva Maria Belser/Simon Mazidi

1 Einleitung

Wie in anderen Staaten hat die Covid-19-Pandemie in der Schweiz nicht nur das Gesundheitssystem, sondern auch das Staatssystem an seine Belastungsgrenzen gebracht. Das, was die Schweiz ausmacht – die ausgeprägten Volksrechte im Rahmen der direkten Demokratie und die weitgehenden Autonomie- und Mitwirkungsrechte der Kantone im Rahmen des Föderalismus – erschienen in der Krise unvermittelt als Schönwettermerkmale des Landes, auf die zur Not verzichtet werden kann, ja muss.¹ Horizontale und vertikale Zentralisierung in der Hand des Bundesrats schien das Gebot der Stunde zu sein. Die direkte Demokratie galt auf einmal als zu langsam und der Föderalismus als zu kompliziert, um die Pandemie rasch und wirksam zu bekämpfen. Wenn überhaupt noch vom Föderalismus die Rede war, dann vor allem, um den Flickenteppich der Regelungen zu beklagen und mehr Einheitlichkeit bei der Pandemiebekämpfung einzufordern.²

Während die vertikale Gewaltenteilung zu Beginn der Krise zunächst in den gesetzlich vorgesehenen Krisenmodus versetzt worden war, schien sie später gar nicht mehr zu funktionieren. Die Besonderheiten der Schweiz schienen dem Land zur Last zu werden. Dabei war von Anfang deutlich, dass die Pandemie die verschiedenen Kantone unterschiedlich und zu unterschiedlichen Zeiten traf und nur maßgeschneiderte Maßnahmen verhältnismässig sein konnten. Ebenso war stets klar, dass rasche und wirksame Reaktionen auf die gesundheitlichen, wirtschaftlichen und sozialen Herausforderungen nur mit den Kantonen geplant, entschieden und vollzogen werden konnten, nicht zuletzt, weil die Kantone und ihre Verwaltungen über die erforderlichen Ressourcen, das fachliche Wissen und die praktischen Erfahrung verfügen, die für Tempo und Effizienz unerlässlich sind.

Der folgende Beitrag befasst sich mit dem Schweizer Föderalismus in Zeiten der Pandemie und setzt sich mit der Krisenfestigkeit der vertikalen Gewaltenteilung schweizerischer Machart auseinander. Er kommt zum Schluss, dass der Föderalismus auch in der Krise weit besser war als sein Ruf, dass es aber tatsächlich zu verschiedenen Unklarheiten und manchen Reibungsverlusten zwischen Bund und Kantonen gekommen ist, die es aufzuarbeiten gilt, um die Autonomie- und Mitwirkungsrechte der Kantone und die Zusammenarbeit im Allgemeinen in Zukunft krisenresilienter auszugestalten. Im Folgenden sol-

1 Siehe dazu auch die Überlegungen bei *Palermo, Francesco* 2020: Is there a space for federalism in times of emergency?, in: Verfassungsblog vom 13.05.2020. <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/> (archiviert: <https://perma.cc/NJ9X-XF66>, 05.07.2021).

2 Siehe mit weiteren Hinweisen *Waldmann, Bernhard* 2020: Der Föderalismus in der Corona-Pandemie, in: Newsletter IFF 4/2020, Rz. 3. https://www.unifr.ch/federalism/de/assets/public/files/Newsletter/IFF/3_Waldmann_Covid-19_und_Foederalismus-final.pdf (archiviert: <https://perma.cc/V529-5W6L>, 05.07.2021).

len zuerst die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen für den epidemiologischen Krisenfall in Erinnerung gerufen werden (2), bevor zwei Phasen der Krise – jene der starken Zentralisierung zu Beginn der Pandemie (3) und jene der unklaren Zuständigkeiten (4) – näher untersucht werden. Am Schluss folgen einige Vorschläge zur Verbesserung der föderalen Gewaltenteilung und -zusammenarbeit in Krisensituationen (5).

2 Die Verteilung der Zuständigkeiten im Normal- und im Krisenfall

Die Schweizer Kantone sind für alle Aufgaben zuständig, die die Bundesverfassung nicht dem Bund zuweist.³ Nach dem Grundsatz der Subsidiarität übernimmt der Bund nur Aufgaben, „welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen“⁴. Im Rahmen der verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben, namentlich der Staatsziele und der grund- und menschenrechtlichen Handlungspflichten, bestimmen die Kantone selbst, welche Aufgaben sie erfüllen.⁵ Sie sind namentlich für das Gesundheits- und Bildungswesen verantwortlich, aber auch für weite Bereiche der inneren Sicherheit, der Sozialhilfe, der Planung und der Regelung des Wirtschaftslebens. Wo die Kantone nicht zuständig sind, wirken sie an der Willensbildung des Bundes mit, nicht nur im Rahmen ihrer Vertretung im Ständerat, sondern auch durch zahlreiche andere Mechanismen. Sie sind in aller Regel auch für den Vollzug des Bundesrechts verantwortlich und genießen dabei meist eine erhebliche Gestaltungsfreiheit, die ihnen erlaubt, kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen.⁶

Im internationalen Vergleich sind sowohl die Autonomierechte als auch ihre Mitwirkungsrechte weitgehend.⁷ Die Kantone setzen entweder selbst Recht oder setzen Bundesrecht um, das sie mitgestaltet haben. Auch im fiskalischen Bereich ist ihre Autonomie erheblich. Aufgrund der Grundsätze der fiskalischen Äquivalenz tragen die Kantone die Kosten staatlicher Leistungen grundsätzlich selbst, was sowohl im originären Zuständigkeitsbereich der Kantone als auch im abgeleiteten Zuständigkeitsbereich gilt, in welchem die Kantone Völker- und Bundesrecht vollziehen.⁸

Im Krisenfall verändern sich allerdings die kantonalen Zuständigkeiten, die für den Normalfall gelten. Diese Dynamik der Zuständigkeiten steht durchaus im Einklang mit dem föderalen Grundsatz der Subsidiarität. Welche Aufgaben die Kräfte der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung bedürfen, kann anders eingeschätzt werden, wenn große Gefahren drohen oder dringlicher Regelungsbedarf besteht. Auch die Mitwirkungsrechte der Kantone verringern sich unter Umständen im Krisenfall.

3 Art. 3 und Art. 42 BV.

4 Art. 43a BV.

5 Art. 43 BV.

6 Art. 46 BV.

7 Siehe dazu *Watts, Ronald L.* 2008: Comparing Federal Systems, 3. Auflage, Montreal et al., S. 176 f.

8 Art. 43a, Art. 45 und Art. 46 BV. Siehe zum Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz *Biaggini, Giovanni* 2015: Kommentar zu Art. 43a BV, in: *Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid* (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, Basel, S. 846–857 (Rz. 26 ff).

Die notrechtlichen Bestimmungen der Bundesverfassung ermächtigen die Bundesversammlung und insbesondere den Bundesrat im Falle schwerer Bedrohungslagen denn auch, im Bereich der kantonalen Zuständigkeiten gesetzgeberisch tätig zu sein oder Anordnungen zu treffen, die weder die normalen Autonomie- noch Mitwirkungsrechte achten (2.1). Dieses *allgemeine notrechtliche Regime* wird durch ein *besonderes, epidemiologisches* ergänzt, das in der Verfassung vorgesehen und durch das eidgenössische Epidemien-gesetz verwirklicht wird (2.2). Aufgrund dieser Ausgangslage gelten in der Schweiz seit dem Ausbruch der Covid-19 Pandemie zwei parallele Notrechtsregime: Die sogenannten *Primärmaßnahmen*, die unmittelbar der Bekämpfung des Coronavirus und dem Schutz des Gesundheitssystem dienen, stützen sich direkt auf das Epidemien-gesetz. Die *Sekundärmaßnahmen*, die darauf zielen, wirtschaftlichen und sozialen Folgeprobleme der Pandemie und der Primärmaßnahmen abzufedern, finden dagegen keine Grundlage im Epidemien-gesetz. Sie beruhen unmittelbar auf dem verfassungsrechtlichen Notrecht oder auf spezialgesetzlichen Delegationsnormen.⁹

2.1 Das allgemeine Notrechtsregime

Die Bundesverfassung verwendet weder den Begriff Staatsnotstand noch die Begriffe Notstand oder Notrecht.¹⁰ Sie ermächtigt aber sowohl die Bundesversammlung als auch den Bundesrat, im Falle schwerer Bedrohungen Maßnahmen zur Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit zu treffen. In der Praxis sind vor allem die parlamentarischen Dringlichkeitsgesetze (2.1.1) und die bundesrätlichen Notverordnungen von Bedeutung (2.1.2).

2.1.1 Gesetzgebung bei Dringlichkeit

Zu den verfassungsmäßigen Zuständigkeiten der Bundesversammlung gehört es, Maßnahmen zur Wahrung der äußeren oder inneren Sicherheit zu treffen, wenn außerordentliche Umstände dies erfordern.¹¹ Die Bestimmung hat sich allerdings als so bedeutungslos erwiesen, dass die Staatspolitischen Kommissionen beider Räte und der Nationalrat diese im Zuge der Nachführung der Bundesverfassung streichen wollten; nur der Ständerat hielt an ihr fest.¹² Damit die Bundesversammlung Notmaßnahmen ergreifen kann, muss eine erhebliche Störung der Ordnung eingetreten sein oder unmittelbar drohen. Gerade, wenn diese Voraussetzungen der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit gegeben

9 Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), BBl 2020 6563 ff, S. 6571.

10 Kritisch zum Sprachgebrauch Kley, Andreas 2020: „Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.“ – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl), Jg. 121, Nr. 5, S. 268–276 (268).

11 Art. 173 Abs. 1 lit. a–c BV.

12 Merker, Michael/Conradin, Philip 2015: Kommentar zu Art. 173 BV, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, Basel, S. 2557–2593 (Rz. 43).

sind, funktioniert ein auf Konsensfindung ausgerichtetes Zweikammerparlament allerdings zu wenig schnell, um – anstelle des mit gleichen Notkompetenzen ausgestatteten Bundesrats – zu handeln.¹³

Im Ergebnis ist deshalb das Gesetzgebungsverfahren bei Dringlichkeit wichtiger. Duldet ein Bundesgesetz keinen Aufschub, so kann es sofort in Kraft gesetzt werden, wenn die Mehrheit der Mitglieder beider Räte das Gesetz für dringlich erklärt und befristet. Beim dringlichen Gesetzgebungsverfahren handelt es sich im Wesentlichen um ein normales und damit nicht besonders schnelles Gesetzgebungsverfahren, das die Besonderheit aufweist, dass beide Räte nicht nur dem Gesetz, sondern auch seiner Dringlichkeit zustimmen müssen. Geschieht dies, so wird das fakultative Referendum (vorübergehend) umgangen. Statt nach Gutheißung des Bundesgesetzes wie üblich zuerst das Ablaufen der Referendumsfrist und allenfalls eine Volksabstimmung abwarten zu müssen, tritt das dringliche Gesetz sofort in Kraft.¹⁴

2.1.2 Bundesrätliche Notverordnungen

Wie die Bundesversammlung verfügt auch der Bundesrat über eine verfassungsmäßige Zuständigkeit, im Falle schwerer Störungen der öffentlichen Ordnung oder eingetretener oder unmittelbarer drohender Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Schweiz Maßnahmen zu ergreifen.¹⁵ Er kann Anordnungen für den Einzelfall oder befristete bundesrätliche Notverordnungen erlassen. Während die notrechtlichen Kompetenzen des Parlaments in den vergangenen Krisen weitgehend unberücksichtigt blieben, hat der Bundesrat in den letzten zwei Jahrzehnten wiederholt zu Notrecht gegriffen. Im Zuge der Finanzkrise hat er, indem er zur Rettung der Schweizer Großbank UBS ein umfassendes Finanzpaket geschnürt hatte, den Begriff der Notlage erheblich erweitert,¹⁶ was das Bundesgericht geschützt hat.¹⁷ Seither gelten auch schwere wirtschaftliche und soziale Krisen als Bedrohungen der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit, die Notrecht rechtfertigen können.¹⁸ Diese Erweiterung der Regierungsbefugnisse und die häufige Verlängerung befristeter Anordnungen haben das Parlament dazu bewogen, ein Bundesgesetz zur Sicherung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Handlungsfähigkeit in außerordentlichen Lagen zu verabschieden. Die Gesetzesreform, die 2011 in Kraft getreten ist, ver-

13 Siehe auch *Merker/Conradin* 2015 (Fn. 12), Rz. 42.

14 Art. 165 BV. Siehe zum Ganzen *Wytenbach, Judith* 2015: Kommentar zu Art. 165 BV, in: *Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid* (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, Basel, S. 2474–2484 (Rz. 8 ff).

15 Art. 185 Abs. 3 BV.

16 *Kley, Andreas* 2011: Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, Jg. 130, Nr. 2, 123–138 (133 ff).

17 BGE 137 II 431, E. 4.1 S. 446.

18 Kritisch dazu *Biaggini, Giovanni* 2020: „Notrecht“ in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)*, Jg. 121, Nr. 5, S. 239–267 (257), wonach Art. 185 Abs. 3 BV in der Coronavirus-Pandemie zu einer Wohlfahrtsstaats-Generalklausel mutiert sei. Siehe zum Ganzen auch *Saxer, Urs* 2014: Kommentar zu Art. 185 BV, in: *Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Valender, Klaus A.* (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich, S. 2956–2986 (Rz. 114).

pflichtet den Bundesrat, die parlamentarischen Kommissionen unverzüglich zu informieren, wenn er von Notrechtskompetenzen Gebrauch macht, und legt fest, dass Notverordnungen der Exekutive unwirksam werden, wenn diese der Bundesversammlung nicht innerhalb von sechs Monaten einen Gesetzesentwurf vorlegt.¹⁹ Auch wenn Bundesgericht und Bundesversammlung damit weitreichende Beiträge zur Klärung des bundesrätlichen Notrechts geleistet haben, so bleiben – wie die Covid-19-Krise gezeigt hat – verschiedene Fragen weiterhin umstritten. Während weitgehende Einigkeit darüber besteht, dass bundesrätliche Notverordnungen auch wichtige Fragen regeln und auch schwere Grundrechtseingriffe vorsehen können (was im Normalfall nur dem Gesetzgeber gestattet ist), gehen die Meinungen in Bezug auf die Frage auseinander, ob Notverordnungen bestehende Bundesgesetze (oder gar die Bundesverfassung) derogieren dürfen.²⁰

2.2 Das epidemiologische Stufensystem der Zuständigkeiten

Der Gesundheitsschutz liegt grundsätzlich im Kompetenz- und Aufgabenbereich der Kantone. Die Bundesverfassung räumt dem Bund allerdings eine fragmentarische Gesetzgebungskompetenz ein, wenn es um die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren geht.²¹ Der Begriff der Bekämpfung ist dabei weit zu verstehen und umfasst sowohl die gesundheitspolizeiliche Abwehr von Krankheiten als auch präventive oder gesundheitsfördernde Maßnahmen.²² Gestützt auf seine fragmentarische verfassungsrechtliche Kompetenz hat der Bund im Jahr 1970 das Epidemien-gesetz (EpG) erlassen.²³ Nach den Erfahrungen, die 2003 im Zusammenhang mit der Lungenkrankheit SARS und 2009 mit der pandemisch zirkulierenden Grippe H1N1 gemacht wurden, wurde das Gesetz 2013 vollständig revidiert. Das revidierte Gesetz, das aufgrund gesetzlicher Grundlagen für die Einführung von Impfbefugnissen ein fakultatives Referendum zu bestehen hatte, sollte vor allem klarere Regeln für epidemiologische Notlagen vorsehen.²⁴ Kernstück der Totalrevision bildete denn auch eine bessere Krisenbewältigung durch die Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten zwischen Bund und Kantonen.²⁵ Zu diesem Zweck führt das Gesetz ein dreistufiges Modell ein und

19 Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG.

20 Brunner, Florian/Wilhelm, Martin/Uhlmann, Felix 2020: Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Nr. 6, S. 685–701 (696 f); Saxer 2014 (Fn. 18), Rz. 101–104; Stöckli, Andreas 2020: Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, in: Sondernummer der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Jg. 139, S. 9–54 (24 f).

21 Art. 118 Abs. 2 lit. b EpG. Siehe dazu auch Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG), BBl 2011 311 ff, S. 327.

22 Statt vieler Bergamin, Florian/Mazidi, Simon 2020: Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien: Erste Einschätzungen unter besonderer Berücksichtigung der COVID-19-Verordnungen, in: Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020, Rz. 9. https://www.unifr.ch/federalism/de/assets/public/files/Newsletter/IFF/Bergamin.Mazidi_Kompetenzabgrenzung%20zwischen%20Bund%20und%20Kantonen_COVID-19.pdf (archiviert: <https://perma.cc/8MFE-KG35>, 05.07.2021).

23 Siehe für eine historische Kontextualisierung des EpG: Bernard, Frédéric 2020: La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie, in: Sondernummer der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Jg. 139, S. 55–67 (56 f).

24 Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 329 f.

25 Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 330.

klärt die jeweiligen Zuständigkeiten sowohl für die normale (2.2.1), als auch die besondere (2.2.2) und die außerordentliche Lage (2.2.3). Der Vollzug der Maßnahmen obliegt in allen drei Lagen den Kantonen, soweit das Gesetz dem Bund nicht ausdrücklich Vollzugszuständigkeiten zuweist.²⁶ Die Kantone unterstehen der Oberaufsicht des Bundes; dieser koordiniert die Vollzugsmaßnahmen und kann bei Bedarf einen einheitlichen Vollzug vorschreiben.²⁷

2.2.1 Die normale Lage

In der normalen Lage, die der Bewältigung des epidemiologischen Alltags dient,²⁸ beschränkt sich die Verantwortung des Bundes darauf, in Absprache mit den Kantonen Ziele und Strategien festzulegen und die Oberaufsicht sicherzustellen. Die eigentlichen Maßnahmen zur Prävention, Überwachung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten werden in dieser Lage von den Kantonen getroffen und vollzogen.²⁹ Nur in vereinzelt Bereichen, die im Wesentlichen die auswärtigen Beziehungen betreffen, ist ein Bundesvollzug vorgesehen.

2.2.2 Die besondere Lage

Eine besondere Lage liegt einerseits vor, wenn die ordentlichen Vollzugsorgane nicht mehr in der Lage sind, rechtzeitig geeignete Maßnahmen zu ergreifen und zusätzlich entweder eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr besteht, eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit vorliegt oder schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche drohen. Von einer besonderen Lage ist andererseits auszugehen, wenn die Weltgesundheitsorganisation (WHO) eine gesundheitliche Notlage festgestellt hat und diese in der Schweiz die öffentliche Gesundheit gefährdet.³⁰

In der besonderen Lage kann der Bundesrat – nach Anhörung der Kantone – Maßnahmen ergreifen, für die normalerweise die Kantone zuständig wären. Das Epidemiegesetz listet diese besonderen Zuständigkeiten abschließend auf: Der Bundesrat kann erstens Maßnahmen gegenüber einzelnen Personen oder gegenüber der Bevölkerung erlassen, zweitens Ärztinnen, Ärzte und weitere Gesundheitsfachpersonen verpflichten, bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten mitzuwirken, und drittens Impfungen für gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierten Personen und Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären.³¹

26 Art. 75 EpG; Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 418 f.

27 Art. 77 EpG; Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 419 f.

28 Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 363.

29 Bergamin/Mazidi 2020 (Fn. 22), Rz. 15 f; Stöckli 2020 (Fn. 20), S. 18 f.

30 Art. 6 Abs. 1 lit. a–b EpG.

31 Art. 6 Abs. 2 lit. a–d EpG.

Die abschließende Aufzählung der epidemiologischen Notkompetenzen des Bundesrats darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass seine Handlungsmöglichkeiten in der besonderen Lage sehr weit reichen. Gestützt auf seine Zuständigkeit, Maßnahmen gegenüber einzelnen Personen oder gegenüber der Bevölkerung anzuordnen, kann er weitreichende Einschränkungen des öffentlichen Lebens vorsehen,³² Veranstaltungen beschränken oder verbieten, Schulen schließen, Betriebsvorschriften für öffentliche Institutionen und private Unternehmen erlassen, den Zugang zu Gebäuden und Gebieten regulieren³³ – und damit Regeln vorsehen, die tief in Bereiche eingreifen, die normalerweise im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegen.³⁴ Um diesen Kompetenzverlust zu kompensieren und sicherzustellen, dass die Kantonsregierungen, welche die epidemiologische Situation in den einzelnen Regionen am besten kennen, ihre Kenntnisse und Erfahrungen einbringen können, ist in der besonderen Lage die Anhörung der Kantone vorgeschrieben.³⁵

2.2.3 Die außerordentliche Lage

Reichen die Möglichkeiten der besonderen Lage nicht aus, um eine Epidemie wirksam zu bekämpfen, so kann der Bundesrat die außerordentliche Lage erklären und – laut Epidemiengesetz ohne Anhörung der Kantone – die notwendigen Maßnahmen für das ganze Land oder einzelne Landesteile anordnen.³⁶ Die außerordentliche Lage setzt eine unvorhersehbare, unmittelbare und schwere Bedrohung der öffentlichen Gesundheit voraus, welche die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit des Landes gefährdet. Im Unterschied zur besonderen Lage zeichnet sich diese Gesetzesbestimmung zur außerordentlichen Lage durch ihre Unbestimmtheit aus. Das Gesetz legt weder fest, unter welchen Voraussetzungen von einer außerordentlichen Lage auszugehen ist, noch äußert es sich zu den Vorkehrungen, die der Bundesrat in dieser Situation treffen kann – vielmehr überlässt es das Gesetz der Regierung, selbst einzuschätzen, ob die Lage „außerordentlich“ ist und, falls sie dies bejaht, „die notwendigen Maßnahmen“ zu ergreifen.

Das Verhältnis dieser Bestimmung zur Bundesverfassung ist nicht restlos geklärt. Im Ergebnis wiederholt das Epidemiengesetz aber die allgemeinen notrechtlichen Kompetenzen, die sich bereits aus der Bundesverfassung ergeben; das Gesetz ist deshalb, wenn es um die außerordentliche Lage geht, lediglich deklaratorischer Natur und stellt keine eigenständige kompetenzbegründende Ermächtigung dar.³⁷ Ob sich daraus ergibt, dass

32 Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 30–40 EpG.

33 Art. 40 Abs. 2 EpG. Weitere Maßnahmen die nach dem EpG im Zuständigkeitsbereich des Bundes liegen betreffen Maßnahmen im internationalen Personenverkehr (Art. 41 ff EpG), Maßnahmen zur Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln (Art. 44 EpG) sowie Vorschriften über den Warenverkehr (Art. 45 EpG) und zum Leichentransport (Art. 46 EpG).

34 Siehe zum Ganzen auch *Waldmann* 2020 (Fn. 2), Rz. 7.

35 *Bergamin/Mazidi* 2020 (Fn. 22), Rz. 17–20; *Kley* 2020 (Fn. 10), S. 272; *Stöckli* 2020 (Fn. 20), S. 19. Ursprünglich sah der Entwurf des Bundesrats noch vor, dass die Maßnahmen in der besonderen Lage vom Bundesrat in Absprache mit den Kantonen beschlossen werden. Siehe dazu Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 364; *Waldmann* 2020 (Fn. 2), Rz. 17 Fn. 50.

36 Art. 7 EpG.

37 Siehe dazu Botschaft EpG 2011 (Fn. 21), S. 365 f; *Bergamin/Mazidi* 2020 (Fn. 22), Rz. 21; *Brunner/Wilhelm/Uhlmann* 2020 (Fn. 20), S. 698; *Trümpler, Ralph/Uhlmann, Felix* 2020: Problemstellungen

für die außerordentlichen epidemiologischen Maßnahmen analog die Schranken gelten, die durch das Bundesgesetz zur Sicherung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Handlungsfähigkeit in außerordentlichen Lagen eingeführt worden sind, ist umstritten.³⁸

Dass das Epidemiengesetz in der außerordentlichen Lage keine Pflicht des Bundesrats vorsieht, die Kantone vor der Anordnung der Maßnahmen anzuhören, bedeutet nicht, dass eine solche unterbleiben darf. Die außerordentliche epidemiologische Lage setzt die Mitwirkungsrechte der Kantone, die sich aus der Bundesverfassung und aus Bundesgesetzen ergeben, nicht außer Kraft. Wann immer die schwere Gefahr für Ordnung und Sicherheit ein solches Vorgehen nicht ausschließt, bleibt der Bundesrat deshalb verpflichtet, die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorgaben zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen, wenn ihre Interessen betroffen sind.³⁹ Im Übrigen sind die Streitfragen, die das allgemeine Notrecht betreffen, auch für die außerordentliche epidemiologische Lage relevant: Auch hier ist nicht abschließend geklärt, wie weit die Zuständigkeiten des Bundesrats reichen und ob sie ihm erlauben, bestehende Bundesgesetze zu verletzen oder sogar von der Bundesverfassung abzuweichen.

3 Die Phase der Zentralisierung zu Beginn der Pandemie

Bevor am 25. Februar 2020 der erste bestätigte Covid-19-Fall im Kanton Tessin nachgewiesen wurden, hatten die ersten Kantone bereits den Notstand ausgerufen, Krisenstäbe einbestellt und Quarantäneunterkünfte vorbereitet.⁴⁰ Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) stufte das neue Coronavirus zu diesem Zeitpunkt noch als „moderates Risiko“ für die Schweizer Bevölkerung ein und empfahl häufiges Händewaschen.⁴¹ Schon am 28. Februar 2020 jedoch rief der Bundesrat die *besondere Lage* nach Epidemiengesetz

und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: *Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.): Covid-19. Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Basel, S. 567–596 (Rz. 6); *Stöckli* 2020 (Fn. 20), S. 22; *Waldmann* 2020 (Fn. 2), Rz. 9.

38 Gestützt auf den Gegenstand (Art. 1) und den Zweck (Art. 2) des EpG wird auch vorgebracht, dass es sich bei Art. 7 EpG um eine spezialgesetzliche und kompetenzbegründende Ermächtigungsgrundlage handelt, wodurch beim Erlass entsprechender Maßnahmen weder eine zeitliche Befristung besteht, noch einen Einbezug des Parlaments im Rahmen der Überführung ins ordentliche Recht erforderlich ist. Ferner würden auch die Informations- und Konsultationspflichten der Kantone wegfallen. Siehe dezidiert zu dieser Sichtweise *Biaggini* 2020 (Fn. 18), S. 264 f; *Kley* 2020 (Fn. 10), S. 272 f; *Wyss, Damien* 2020: Sicherheit und Notrecht. Ein Überblick über die Anwendung des Epidemiengesetzes und das konstitutionelle Notrecht des Bundesrats in der COVID-19-Krise und im Allgemeinen, in: *Justiz* vom 25.05.2020, Rz. 9; *Zünd, Andreas/Erass, Christoph* 2020: Pandemie – Justiz – Menschenrechte, in: *Sondernummer der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, Jg. 139, S. 69–91 (88 f).

39 Art. 45 Abs. 2 BV. Siehe dazu auch *Waldmann* 2020 (Fn. 2), Rz. 17.

40 Die Kantone Glarus und Uri setzten spezielle Task-Forces ein, der Kanton Bern richtete Quarantäne-Wohnungen ein und der Kanton Tessin erließ ein Verbot für Karnevalveranstaltungen und ordnete an, dass die geplanten Eishockey-Spiele ohne Zuschauer ausgetragen werden müssen. Siehe dazu auch *Belser, Eva Maria* 2021a: Einheit und Vielfalt in Zeiten der Pandemie – ein föderalistischer Rückblick auf ein besonderes Jahr, in: *Newsletter IFF* 1/2021, S. 2. https://www.unifr.ch/federalism/de/assets/public/files/Newsletter/IFF/3_Einheit%20und%20Vielfalt%20in%20Zeiten%20der%20Pandemie.pdf (archiviert: <https://perma.cc/X8TP-C8TL>, 05.07.2021), S. 2; *Bernard* 2020 (Fn. 23), S. 60 f.

41 BAG, Medienmitteilung vom 25.02.2020. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/m Medienmitteilungen.msg-id-78233.html> (archiviert: <https://perma.cc/2LV4-E2UX>, 05.07.2021).

aus und erließ die ersten Maßnahmen. Kurz darauf erklärte er die *außerordentliche Lage* und ergriff Maßnahmen, die zu einer für den schweizerischen Bundesstaat einmaligen Zentralisierung der Macht in der Hand der Bundesregierung führte (3.1). Die Maßnahmen des Bundes degradierten die Kantone vorübergehend zu bloßen Vollzugsorganen mit sehr geringen eigenen Handlungsmöglichkeiten (3.2).

3.1 Die umfassende Zentralisierung während der außerordentlichen Lage

Mit der ersten Maßnahme, die der Bundesrat in der besonderen Lage ergriff, verbot er öffentliche und private Veranstaltungen mit mehr als 1.000 Personen.⁴² Die Kantone waren nicht nur für den Vollzug und die Kontrolle des Veranstaltungsverbots verantwortlich, sondern befugt, weitergehende Maßnahmen zu erlassen.⁴³ Angesichts steigender Fallzahlen verschärfte der Bundesrat am 13. März 2020 das Verbot und schloss landesweit die Schulen. Gleichzeitig entschied er, Meldepflichten im Bereich der Gesundheitsversorgung und Maßnahmen an der Grenze einzuführen und zehn Milliarden Franken für Kurzarbeitsentschädigung und wirtschaftliche Soforthilfen bereitzustellen – ein Betrag, der in der Folge mehrmals erhöht wurde.⁴⁴

Nur drei Tage später, am 16. März 2020, erklärte der Bundesrat die *außerordentliche Lage* nach Epidemien-gesetz. Gestützt darauf verschärfte er die Maßnahmen, verhängte ein allgemeines Veranstaltungsverbot und verfügte die Schließung aller Läden mit Ausnahme des Verkaufs von Lebensmitteln und Gütern des täglichen Bedarfs („Lockdown“).⁴⁵ Am 20. März 2020 untersagte der Bundesrat sämtliche Ansammlungen von mehr als fünf Personen und revidierte in der Folge fast täglich die verschiedenen Notrechtsverordnungen, die einerseits Primär- und andererseits Sekundärmaßnahmen vorsahen.⁴⁶

42 Verordnung vom 28.02.2020 über Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19, AS 2020 573).

43 Die Kantone reagieren unterschiedlich: Einige ließen nur noch Veranstaltungen bis zu 150 oder 200 Personen zu, andere Kantone verpflichteten die Veranstalter dazu, die Veranstaltungen anzumelden und eine Risikoabwägung durchzuführen. Eine weitere Gruppe von Kantonen wiederum nahm eine abwartende Haltung ein und beschloss keine weiterführenden Maßnahmen. Siehe dazu ausführlich *Belser, Eva Maria* 2021b: Managing the Coronavirus Pandemic in Switzerland: How Federalism went into Emergency Mode and Struggled to Get Out of It, in: *Steytler, Nico (Hrsg.): Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, London (im Erscheinen).

44 Verordnung 2 vom 13.03.2020 (COVID-19-Verordnung 2, AS 2020 773). Abgesehen von der Einführung von Schengen-Grenzkontrollen, die der Bundesrat auf seine verfassungsmäßige Notrechtskompetenz stützte, beruhten alle anderen zu diesem Zeitpunkt beschlossenen Massnahmen auf Art. 6 Abs. 2 EpG. Siehe dazu auch Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6568.

45 Nur Apotheken, Tankstellen und Bahnhöfe, Banken, Postämter, Hotels, öffentliche Verwaltungen und soziale Einrichtungen, Lebensmittelgeschäfte, Imbissbuden, Kantinen und Lebensmittel-Lieferdienste blieben geöffnet. Gleichzeitig wurde eine weitere Reihe von Maßnahmen beschlossen. Siehe dazu Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.03.2020. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html> (archiviert: <https://perma.cc/8BKQ-A6VK>, 05.07.2021); Änderungen vom 16.03.2020 zur COVID-19-Verordnung 2 (AS 2020 783).

46 Siehe zu den spezialgesetzlichen Grundlagen Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6570 f.

Zu diesem Zeitpunkt der Krise erreichte die Machtkonzentration in den Händen des Bundesrats ein noch nie dagewesenes Ausmaß. Sowohl die indirekte als auch die direkte Demokratie waren ausgesetzt: Die Bundesversammlung hatte ihre Session abgebrochen,⁴⁷ kantonale Parlamente durften aufgrund des Versammlungsverbots nicht tagen, Gemeindeversammlungen erst recht nicht, Volksabstimmungen wurden verschoben und Unterschriftensammlungen sowie Demonstrationen waren verboten. Auch der Föderalismus war bis zur Unkenntlichkeit verändert: Die Kantone verloren ihre Entscheidungsbefugnisse und wurden – wenn überhaupt – nur noch informell konsultiert. Nur wenige der zahlreichen Notverordnungen, etwa jene zum Grenzverkehr und zum Einsatz der Armee, betrafen Zuständigkeitsbereiche des Bundes. Die meisten Maßnahmen, wie jene über Gesundheit, Bildung, Wirtschaft und Kultur, griffen in Bereiche ein, die normalerweise von den Kantonen autonom geregelt wurden. Im Ergebnis reduzierten die Maßnahmen des Bundes die Kantone zu bloßen Vollzugsorganen, die nicht mehr selbst entscheiden durften, wie ihre Spitäler, Schulen und anderen Einrichtungen betrieben wurden.

3.2 Die umstrittenen Restkompetenzen der Kantone

Da es sich bei den allgemeinen notrechtlichen und den epidemiologischen Befugnissen des Bundesrats um konkurrierende Kompetenzen mit nachträglich derogatorischer Wirkung handelt, erloschen die Zuständigkeiten der Kantone auch während der besonderen und außerordentlichen Lage nicht.⁴⁸ Aus verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Sicht war deshalb grundsätzlich unbestritten, dass die Kantone eigene Maßnahmen ergreifen konnten, solange und soweit der Bundesrat seine Zuständigkeiten nicht genutzt hatte. In der Praxis kam diese Kompetenzordnung jedoch kaum zur Geltung – und wurde sogar in Frage gestellt. Dass verschiedene Zuständigkeitsfragen umstritten waren, führte auch zu unterschiedlichen Signalen an die Bevölkerung (und an die Kantone und Gemeinden), die im Unklaren darüber war, ob die bundesrätlichen Notverordnungen einheitliche Regelungen oder lediglich ein gesamteidgenössisches Minimum vorgaben.⁴⁹

Zu Beginn der außerordentlichen Lage hatten verschiedene, von der Pandemie besonders betroffene Kantone weitergehende Maßnahmen erlassen oder erlassen wollen. Ihnen wurde jedoch aus Bern – oft vom BAG – beschieden, dass die eidgenössischen Regeln abschließend seien und den Kantonen keinen Handlungsspielraum beließen.⁵⁰ Dies führte zu einer föderalen Auseinandersetzung, als der Kanton Tessin, dessen Gesundheitssystem

47 Verwaltungsdelegation, Medienmitteilung vom 15. März 2020. <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-vd-2020-03-15.aspx> (29.04.2021). Siehe dazu auch Caroni, Andrea/Schmid, Stefan G. 2020: Notstand im Bundeshaus, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Nr. 6, S. 710–721 (711); Glaser, Anderas/Gfeller, Katja 2020: Das Ringen des Parlaments um mehr Macht. Rückschlag infolge der Corona-Pandemie?, in: Jusletter vom 05.10.2020, Rz. 41.

48 So ausdrücklich auch Art. 1a COVID-19-Verordnung 2: „Soweit diese Verordnung nichts anders bestimmt, behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten.“

49 Siehe zum Ganzen Belser, Eva Maria/Stöckli, Andreas/Waldmann, Bernhard: Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus, in: Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020, S. 4. https://www.unifr.ch/federalism/fr/assets/public/files/Newsletter/IFF/Newsletter_COVID-19_Beitrags_Belser_Stoeckli_Waldmann.pdf (archiviert: <https://perma.cc/G6QT-SHHP>, 05.07.2021).

50 Bergamin/Mazidi 2020 (Fn. 22), Rz. 42 ff; Bernard 2020 (Fn. 23), S. 63.

an der Belastungsgrenze war, entschied, Baustellen und Industriebetriebe zu schließen (und dadurch auch die grenzüberschreitenden Pendlerströme einzudämmen). Der Bund erklärte zunächst, dass diese Regelung (obwohl epidemiologisch motiviert) unzulässig sei. Er machte geltend, unterschiedliche Regelungen würden Unternehmen, die in verschiedenen Kantonen tätig seien, unverhältnismäßig belasten und befürchtete wohl auch, dass der Kanton Tessin aufgrund weitergehender Schließungen mehr Unterstützungsgelder aus den eidgenössischen Hilfsprogrammen (insbesondere Kurzarbeitsentschädigungen) beanspruchen würde. Erst als der Kanton Tessin sich weigerte, den Weisungen aus Bern Folge zu leisten und auf der Berücksichtigung besonderer regionaler Betroffenheit beharrte, richtete der Bund nach Gesprächen mit der kantonalen Regierung ein sogenanntes Krisenfenster ein, das Kantonen unter restriktiven und auf den Kanton Tessin zugeschnittenen Bedingungen weitergehende Maßnahmen (von der Art, wie sie der Kanton bereits in Kraft gesetzt hatte) gestattete („Lex Ticino“).⁵¹

Eigentlich hätte in der außerordentlichen Lage – wie stets bei konkurrierenden Kompetenzen von Bund und Kantonen – für jede einzelne primäre und sekundäre Maßnahme der notrechtlichen Verordnungen (namentlich der für die außerordentliche Lage prägenden Covid-19-Verordnung 2) durch Auslegung ermittelt werden müssen, ob die Regelung abschließend ist oder weitergehende kantonale Maßnahmen zulässt.⁵² Tatsächlich stellte sich der Bund aber auf den Standpunkt, dass die epidemiologischen Maßnahmen des Bundes schweizweit einheitlich zu gelten haben und Kantone einzig im Bereich der wirtschaftlichen Abfederung zusätzliche Vorkehrungen treffen konnten. Vereinzelt ging der Bund sogar dazu über, auch den Vollzug zu regeln. Dabei zeigten sich deutlich die Folgen unvermittelter Kompetenzverschiebungen: Dem Bund, der in diesen Bereichen, wenn überhaupt, nur um vereinzelte (meist planerische und strategische) Kompetenzen verfügt, fehlte es schlicht an der Erfahrung, um den Vollzug kompetent anzuleiten. Schon bald pochten die Kantone deshalb auf die Erweiterung ihrer Kompetenzen und auf die Rückkehr zur besonderen Lage.

4 Die Phase der unklaren Zuständigkeiten

Da die Zahlen der Neuinfektionen, der Hospitalisierungen und der Todesfälle ab Anfang April 2020 rückläufig waren und die Spitäler wieder über ausreichende Kapazitäten verfügten, beschloss der Bundesrat am 16. April 2020 eine schrittweise Lockerung der Maßnahmen.⁵³ Am 19. Juni 2020 erfolgte schließlich die Rückkehr zur besonderen Lage. Die für die außerordentliche Lage bestimmende Covid-19-Verordnung 2 wurde in der Folge

51 *Bergamin/Mazidi* 2020 (Fn. 22), Rz. 38 ff und Rz. 48 ff. Siehe auch *Höfler, Stefan* 2020: Notrecht als Krisenkommunikation?, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP), Nr. 6, S. 702–709 (706).

52 *Bergamin/Mazidi* 2020 (Fn. 22), Rz. 58 f; *Waldmann* 2020 (Fn. 2), Rz. 11.

53 Siehe zu den Lockerungen Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.04.2020. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78818.html> (archiviert: <https://perma.cc/8QSP-YSVH>, 05.07.2021); Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6569.

zwar formell aufgehoben,⁵⁴ die weiterhin geltenden Maßnahmen gegenüber der Bevölkerung aber in eine Covid-19-Verordnung besondere Lage überführt.⁵⁵ Die sekundären Maßnahmen waren neu in einer Covid-19-Verordnung 3 enthalten, die sich auf die allgemeinen Notrechtskompetenzen des Bundesrats nach Bundesverfassung stützte.⁵⁶ Damit stellte sich der Bundesrat auf den Standpunkt, dass die Lage gleichzeitig epidemiologisch (nur noch) besonders sei und trotzdem noch eine schwere Bedrohung der inneren Sicherheit darstellte, die bundesrätliches Notrecht rechtfertigte. Soweit allgemeines Notrecht zur Anwendung kam, galt unbestrittenermaßen die Pflicht, innerhalb von sechs Monaten die Überführung in normales Gesetzesrecht einzuleiten (4.1). Während dieser Vorgang lief, schlitterte die Schweiz gegen Ende des Sommers 2020 in die zweite Welle. In dieser Zeit, die stets als epidemiologisch *besondere* und – im Gegensatz zum Frühjahr – nicht mehr als außerordentlicher Lage eingestuft wurde, sah sich die Schweiz unvermittelt mit einem negativen Kompetenzkonflikt konfrontiert, die den schweizerischen Bundesstaat vorübergehend an seine Leistungsgrenze brachte (4.2).

4.1 Überführung der Maßnahmen in das ordentliche Verfahren

Während des epidemiologisch entspannten Sommers wuchs die Kritik am Vorgehen des Bundesrats.⁵⁷ Waren unter dem ersten Schock der Pandemie die meisten Akteure bereit, sich der Führung des Bundes und dem Leiter der Abteilung übertragbare Krankheiten des BAG („Mister Corona“) anzuvertrauen, so machte sich bald der Wunsch bemerkbar, die rechtsstaatliche und föderale Gewaltenteilung wiederherzustellen. Die Bundesversammlung, die ihre Session zu Beginn der Pandemie abgebrochen und das Zepter dem Bundesrat überlassen hatte, führte im Mai 2020 eine außerordentliche Session durch und war damit wieder handlungsfähig.⁵⁸ Rechtlich griff zudem die zeitliche Befristung, die mit dem Bundesgesetz zur Sicherung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Handlungsfähigkeit in außerordentlichen Lagen im Jahr 2011 eingeführt wurde.⁵⁹ Der Bundesrat hatte danach nur sechs Monate Zeit, um die allgemeinen notrechtlichen Maßnahmen in Gesetzesrecht zu überführen.⁶⁰ Er legte der Bundesversammlung denn auch ein Covid-19-Gesetz vor, das im September 2020 von beiden Räten gutgeheißen, für dringlich erklärt und sofort in Kraft gesetzt wurde.⁶¹ Das dringliche Bundesgesetz war vorschriftsgemäß befristet (auf den 31. Dezember 2021).⁶² Trotzdem kam das nachträgliche Referendum zustande. In der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 wurde das Covid-19-Gesetz mit 60,21 Prozent

54 Gemäß Art. 12 Covid-19-Verordnung 2 galt diese höchstens für die Dauer von sechs Monaten, wodurch sie spätestens am 13. September 2020 außer Kraft trat.

55 Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6569.

56 Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6573 f.

57 M.w.H. Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6571 f.

58 Kritisch dazu *Glaser/Gfeller* 2020 (Fn. 47), Rz. 40 ff.

59 Art. 7d Abs. 2 lit. a Ziff. 1 RVOG.

60 Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6573.

61 Art. 165 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 141 Abs. 1 lit. b BV.

62 Siehe zur Befristung Art. 21 Abs. 2 Covid-19-Gesetz.

angenommen. Seit der Verabschiedung des Gesetzes ist es bereits zu einer Revision gekommen, um eine gesetzliche Grundlage für das Covid-19-Zertifikat vorzusehen.⁶³ Auch gegen diese Gesetzesnovelle ist bereits das Referendum ergriffen worden; das Ergebnis dieser Abstimmung steht zurzeit noch aus.

Das Gesetz betrifft weniger die epidemiologischen Primärmaßnahmen, die der Bundesrat weiterhin gestützt auf das Epidemien Gesetz schaffen und aufrechterhalten kann, als vielmehr die wirtschaftlichen und sozialen Sekundärmaßnahmen, für die sich der Bundesrat ursprünglich direkt auf die Bundesverfassung berief und sich nun auf die Delegationsnormen des Covid-19-Gesetzes stützt. Das Gesetz klärt aber auch die Mitwirkungsrechte der Kantone und sieht vor, dass die Kantonsregierungen bei der Erarbeitung von Maßnahmen, die ihre Zuständigkeit betreffen, einbezogen werden.⁶⁴ Einzig bei zeitlicher Dringlichkeit soll wie bis anhin der Austausch zwischen dem Bundesrat und Bundesverwaltung und den Kantonen über die betroffenen Fachkonferenzen erfolgen. Bei Gesundheitsfragen wäre somit die Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) primäre Ansprechpartnerin,⁶⁵ bei wirtschaftlichen Maßnahmen die Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und -direktoren (FDK).

4.2 *Der Anstieg der Infektionszahlen und negative Kompetenzkonflikte*

Während das Covid-19-Gesetz die notrechtlichen Kompetenzen des Bundes im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Abfederungsmaßnahmen auf eine gesetzliche Grundlage stellte, galt und gilt für die Primärmaßnahmen weiterhin das Epidemien Gesetz. Mit der Rückkehr zur besonderen Lage zeigten sich aber Unklarheiten in Bezug auf die Zuständigkeiten, die dazu führten, dass der Föderalismus nicht mehr als Teil der Lösung, sondern als Grund für Schwierigkeiten bei der Bekämpfung der Pandemie erachtet wurde und in Verruf geriet. Nach dem Ende der außerordentlichen Lage wies der Bundesrat immer wieder darauf hin, dass es nun nicht mehr am Bund sei, einschränkende Maßnahmen vorzusehen. Mit der Rückkehr in die besondere Lage, so machte er geltend, sei „die Verantwortung für die Bekämpfung der Covid-19-Epidemie wieder in die Verantwortung der Kantone“ übergegangen.⁶⁶ Angesichts der Tatsache, dass das Epidemien Gesetz für die besondere Lage konkurrierende Zuständigkeiten vorsieht und den Bundesrat befugt, Maßnahmen gegenüber der Bevölkerung zu ergreifen, war dies jedoch eine irrije Annahme.⁶⁷

63 Das neue Referendum zielt auf die Änderungen ab, die mit der Fassung vom 19. März 2021 eingeführt worden sind (AS 2021 153).

64 Art. 1 Abs. 3 Covid-19-Gesetz. Die ausdrückliche Verankerung einer formalisierten Mitwirkung war die zentrale Forderung der Kantone im Rahmen der Vernehmlassung. Der Vorentwurf des Covid-19-Gesetzes sah lediglich ein Anhörungsrecht für die Kantone vor. Deshalb forderten praktisch alle Kantone, dass der Bundesrat sie in sämtlichen Regelungsbereichen der Gesetzesvorlage stärker einbeziehen sollte. Siehe dazu Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6578.

65 Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6590.

66 Botschaft Covid-19-Gesetz 2020 (Fn. 9), S. 6569.

67 Vgl. dazu Belser 2021a (Fn. 40), S. 3; Waldmann 2020 (Fn. 2), Rz. 8.

An dieser hielt der Bundesrat jedoch auch dann noch fest, als die bestätigten Infektionsfälle im Herbst 2020 stark anstiegen.⁶⁸ Während der Bundesrat die Kantone in dieser Zeit immer nachdrücklicher und drohender dazu aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, beriefen sich diese auf die Kleinräumigkeit der Schweiz und die hohe interkantonale Mobilität und forderten den Bund zum Handeln auf. Erst im Oktober 2020 ergriffen die ersten Kantone zögerlich Maßnahmen und erklärten das Tragen von Gesichtsmasken in Geschäften für obligatorisch oder erließen Einschränkungen für den Betrieb von Restaurants, Bars und Clubs.⁶⁹ Die Koordination dieser Maßnahmen erwies sich als schwierig.⁷⁰ Erstens ist die Abstimmung zwischen 26 föderalen Einheiten grundsätzlich mit hohen Anforderungen verbunden, zweitens waren und sind nicht alle Kantone gleich(zeitig) von hohen Fallzahlen betroffen und drittens stellte auch die kollegialen Regierungssysteme eine Herausforderung dar. Zwar konnten sich die kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren teilweise auf harmonisierte Maßnahmen einigen, doch konnten sich diese in den kantonalen Regierungen nicht immer durchsetzen. Die Koordination wurde wahrscheinlich auch dadurch erschwert, dass sich viele Akteure ohnehin eidgenössische Maßnahmen wünschten und solche angesichts steigender Fallzahlen als unmittelbar bevorstehend einschätzten.

Im Ergebnis war die Schweiz in einem negativen Kompetenzkonflikt gefangen: Sowohl Bund und Kantone hätten handeln können, doch hofften beide Seiten, die jeweils andere würde das Zepter ergreifen. Dies war zum einen mit der Tatsache verbunden, dass die Rechtsordnung – über den allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität hinaus – die Verantwortlichkeiten weder dem einen noch dem anderen Akteur klar zuwies. Zum anderen spielte aber auch die fiskalische Äquivalenz eine wichtige, wenn auch im öffentlichen Diskurs kaum beachtete Rolle. Gilt nämlich nicht nur der Grundsatz „wer zahlt, befiehlt“, sondern auch die umgekehrte Regel „wer befiehlt, zahlt“, so erscheint es den Beteiligten unter Umständen als einfacher und günstiger, die Befehle anderer abzuwarten.⁷¹ Es ist deshalb kein Zufall, dass Bund und Kantone in dieser Phase vor allem Maskentragpflichten erließen (die keine Entschädigungsforderungen auslösen) und davor zurückschrecken, kulturelle oder sportliche Anlässe zu verbieten oder Schließungen anzuordnen.

Aufgrund des zögerlichen Geschehens während des Herbstes prägte der Autor, Regisseur und Komiker Patrick Karpiczenko in der NZZ am Sonntag unter der Rubrik „Neue Wörter braucht das Land“ das Verb „föderalen“. Föderalen bedeute, „in heiklen Situati-

68 Lag in Woche vom 21. September die Gesamtzahl der Fälle bei 2.204 und die Inzidenzrate bei 25,8 pro 100.000 Einwohner, stiegen die Zahlen nach der ersten Oktoberwoche drastisch an. Ihren Höhepunkt fanden sie in der Woche vom 26. Oktober als es insgesamt 55.276 bestätigte Fälle und eine Inzidenzrate von 642,3 pro 100.000 Einwohner gab.

69 Siehe zu den kantonalen Regelungen, die bis Mitte November 2020 erlassen wurden, die Übersicht bei Höchner, Claudia 2020: Kantonale Regelungen zu Covid-19 in der Übersicht, in: Newsletter IFF 4/2020. https://www.unifr.ch/federalism/de/assets/public/files/Newsletter/IFF/4_%C3%9Cbersicht%20Kantonale%20Massnahmen%20COVID19.pdf (archiviert: <https://perma.cc/WM35-2UFH>, 05.07.2021).

70 Siehe dazu Hegele, Yvonne/Schnabel, Johanna 2021: Federalism and the management of the COVID-19 crisis: centralisation, decentralisation and (non-)coordination, in: West European Politics, Jg. 44, Nr. 5–6, S. 1053–1076 (1066).

71 Belser 2021a (Fn. 40), S. 3.

onen die Verantwortung, die Schuld auf die Kantone schieben“. Als Beispiel führt Karpiczenko an: „Der Bundesrat meinte, das liege im Zuständigkeitsbereich der Kantone. Kurz, er war die ganze Pressekonferenz lang nur am Föderalen.“⁷²

Nachdem der Bundesrat im Frühling noch darauf bestanden hatte, dass unterschiedliche Maßnahmen die Bekämpfung der Pandemie erschwerten und der mobilen Bevölkerung der Schweiz und ihren Unternehmen zum Ärgernis gereichten, schienen ihm kantonale, aber koordinierte Maßnahmen nun das Gebot der Stunde zu sein. In der medialen Öffentlichkeit stießen unterschiedliche Maßnahmen der Kantone jedoch auf wenig Gegenliebe. Tauchte der Begriff „Flickenteppich“ im Jahre 2019 noch rund 600 Mal in der Schweizer Mediendatenbank auf, so wurde er im Jahre 2020 über 4000 Mal verwendet – nie, um den Charme dieses aus einzelnen Teilen zu einem stabilen Ganzen verwobenen Teppichtyps zu loben, sondern stets um ihn als untaugliches Machwerk zu verunglimpfen.⁷³

Erst als die Infektionen rasant anstiegen, ergriff der Bundesrat im Oktober 2020 eine Reihe moderater Maßnahmen, die er bis November schrittweise verschärfte – stets mit einem vorwurfsvollen Blick auf die Kantone.⁷⁴ Die Westschweizer Kantone, die zu diesem Zeitpunkt besonders betroffen waren, entschieden sich schließlich für einen fünfwöchigen Teil-Lockdown. In der Folge richtete sich der Vorwurf der Untätigkeit vor allem gegen die Deutschschweizer Kantone, die auch angesichts steigender Fallzahlen untätig blieben. Die Schweiz hatte es damit nicht mehr nur mit einem negativen Kompetenzkonflikt, sondern zusätzlich mit einem epidemiologischen Röstigraben zu tun.⁷⁵ Im Dezember 2020 forderte der Bundesrat die Kantone mit ungewohntem Nachdruck zu strengeren Maßnahmen auf.⁷⁶ Diese jedoch machten entweder geltend, dass sie – wenn sie schon in der Verantwortung stehen – auch autonom entscheiden konnten oder wiesen darauf hin, dass Maßnahmen einzelner Kantone ohne Abstimmung mit den Nachbarkantonen wenig Erfolg versprachen und angesichts der Herausforderungen einer raschen Koordination ein gesamtschweizerisches Vorgehen angezeigt sei.⁷⁷

72 Karpiczenko, Patrick 2020: Neue Wörter braucht das Land, in: NZZ am Sonntag Magazin vom 15.11.2020, Nr. 46, S. 31.

73 Siehe dazu Belser, Eva Maria 2021c: Existierte die Schweiz während der Pandemie? Die Eigenheiten der Schweiz und ihre Eignung für den Krisenfall, in Rühli, Frank/Thier, Andreas (Hrsg.): Weissbuch Corona. Die Schweiz nach der Pandemie. Befunde – Erkenntnisse – Perspektiven, Basel (im Erscheinen).

74 Siehe zu den nationalen Massnahmen, auf die sich Bund und Kantone geeinigt haben, Bundesrat, Medienmitteilung vom 28.10.2020. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-80882.html> (archiviert: <https://perma.cc/Y2QS-ZJNJ>, 05.07.2021).

75 Siehe dazu Mathari, Annegret 2020: Westschweiz wehrt sich gegen Bundesrat, in: NZZ vom 10.12.2020, Jg. 241, Nr. 288, S. 9, wonach „[d]ie Westschweiz [...] laut Gerber [= Gesundheits- und Wirtschaftsdirektor des Kantons Jura] den Eindruck [hat], dass die Politik nicht konsequent agiert. Wenn der Föderalismus dem Bund mit Blick auf die Romandie passe, müsse man ihn anwenden, wenn aber die Mehrheit huste, interveniere der Bund“.

76 Bundesrat, Medienmitteilung vom 04.12.2020. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81477.html> (archiviert: <https://perma.cc/SETE-2M98>, 05.07.2021).

77 Rostetter, Andri/Forster, Christof 2020: Kantone ärgern sich über Bundesrat, in: NZZ vom 10.12.2020, Jg. 241, Nr. 288, S. 1; Schäfer, Fabian 2020: Eine „Corona-Bremse“ soll das Kompetenzgerangel beenden, in: NZZ vom 10.12.2020, Jg. 241, Nr. 288, S. 8.

Schon vier Tage nach dem bundesrätlichen Appell an die Kantone erfolgte die Kehrtwende der Regierung. Ohne die Wirkung der Aufforderung zum Handeln abzuwarten, kündigte der Bundesrat am 8. Dezember 2020 einheitliche Maßnahmen an, die ab dem 11. Dezember in Kraft treten sollten.⁷⁸ Der föderalen Zusammenarbeit war auch dieses Vorgehen nicht förderlich: Noch während sich die Kantone nämlich mit dem Appell auseinandersetzten und ein koordiniertes Vorgehen planten, kündigte der Bundesrat eigene Maßnahmen an, die nicht mit den Kantonen abgesprochen worden waren.⁷⁹

5 Schluss

Nachdem im Januar 2021 die landesweiten Verschärfungen nicht nur um fünf Wochen verlängert, sondern auch ausgebaut wurden (was in Bezug auf die Schließung der Terrassen zu einem Konflikt zwischen Bundesrat und Berg- und Skikantonen führte),⁸⁰ folgten zwischen Frühling und Sommer 2021 verschiedene Öffnungsschritte.⁸¹ Mit der Abnahme der Fallzahlen und der Zunahme der Impfungen trat zu diesem Zeitpunkt auch im föderalen Verhältnis eine Entspannung ein. Alle fünf Öffnungsschritte wurden in Absprache mit den Kantonen beschlossen.⁸² Auch bei der Durchführung der Impfungen wurde – in Absprache zwischen Bund und Kantonen – ein dezentraler Ansatz gewählt, der nach einigen Startschwierigkeiten funktionierte. Eine neue epidemiologische – und föderale – Normalität schien Einzug zu halten.

Gleichzeitig wurden Stimmen laut, die eine umfassende Aufarbeitung der staatsorganisatorischen Aspekte der Krise forderten und verlangten, dass verfassungsrechtliche und gesetzliche Lehren gezogen werden. Die erste Phase der Pandemie, während der die Macht in den Händen des Bundesrats konzentriert war, steht dabei weniger aus Sicht der vertikalen als vielmehr der horizontalen Gewaltenteilung im Fokus. Müsste nicht die Bundesversammlung krisenresilienter sein und Vorkehrungen treffen, um als e-Parlament zu funktionieren? Sollten nicht wenigstens parlamentarische Kommissionen ein Wort zu sagen haben, wenn es um die Einstufung der epidemiologischen Lage als normal, besonders oder außerordentlich geht? Und müsste nicht das Bundesgericht befugt werden, bundesrätliche Notverordnungen im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle zu überprüfen?

78 Siehe zu den Maßnahmen Bundesrat, Medienmitteilung vom 08.12.2020. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81522.html> (archiviert: <https://perma.cc/S6K8-5XEH>, 05.07.2021).

79 Siehe dazu die Berichterstattung des Schweizer Radio und Fernsehen (SRF): Tagesschau vom 09.12.2020: „Überrascht und irritiert“: Bund stösst Kantone vor den Kopf. <https://www.srf.ch/news/schweiz/neuste-corona-regeln-ueberrascht-und-irritiert-bund-stoesst-kantone-vor-den-kopf> (archiviert: <https://perma.cc/6WPW-KRTQ>, 05.07.2021).

80 Bundesrat, Medienmitteilung vom 13.01.2021. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-81967.html> (<https://perma.cc/5XEF-DNUY>, 05.07.2021).

81 Die Öffnungsschritte erfolgten auf den 1. März, 1. April, 19 April, 31. Mai und 26. Juni 2021.

82 Die Begleitdokumente für die Kantone zu den Öffnungsschritten sind auf der Website des BAG ersichtlich. Siehe dazu <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes/konsultation-kantone.html> (05.07.2021).

Aber auch aus föderalistischer Sicht wirft die Phase der Zentralisierung einige Fragen auf. Dabei ist grundsätzlich unbestritten, dass schwere und unerwartete Krisen unter Umständen zu einer Zentralisierung der Macht führen (müssen), weil sie die Möglichkeiten der Kantone übersteigen oder rasch ein einheitliches Handeln gefordert ist. Sieht sich die Schweiz mit einer unerwarteten Krise konfrontiert, die sich in ihrer Tragweite kaum einschätzen lässt, die sich dynamisch entwickelt und internationale Koordination erfordert, so wird es auch in Zukunft nötig sein, rasch einschneidende Zentralisierungsmaßnahmen zu ergreifen. Dank dem Stufenmodell des Epidemiengesetzes ist es der Schweiz gut gelungen, den Föderalismus in den gesetzlich vorgesehenen Krisenmodus zu versetzen. Das föderale Unbehagen trat erst später ein.

Trotzdem stellen sich auch einige Fragen, die die außerordentliche Lage betreffen. Zu diesen gehört – wie bei der horizontalen Gewaltenteilung – die Frage, ob es richtig ist, dass der Bundesrat allein über die Stufen entscheidet und dadurch seine Macht selbst erweitert oder einschränkt. Ob die Lage normal, besonders oder außerordentlich ist, hängt im Wesentlichen von der Subsidiarität – und damit von den Handlungsmöglichkeiten von Bund und Kantonen – ab. Gerade die Handlungsmöglichkeiten und die Wirkungen einheitlicher oder unterschiedlicher Maßnahmen (auf die Epidemie, ihre wirtschaftlichen und sozialen Folgen, die Krisenkommunikation und die Öffentlichkeit) können Bund und Kantone gemeinsam am besten einschätzen. Es erscheint deshalb geboten, die Kantone zu konsultieren – oder sogar noch stärker in die Entscheidungsfindung einzubeziehen – wenn es um die Einstufung der epidemiologischen Lage geht. Für die außerordentliche Lage ist außerdem zu klären, welche verfassungsmäßigen Mitwirkungsrechte der Kantone auch in diesem Fall aufrechterhalten werden (und wie diese auch unter erschwerten Bedingungen ausgeübt werden können) sowie ob und unter welchen Umständen die Kantone weitergehende epidemiologische Maßnahmen ergreifen können.⁸³

Die meisten Kritiken und Verbesserungsvorschläge beziehen sich jedoch auf die besondere Lage,⁸⁴ in der sich die Schweiz im Sommer 2021 weiterhin befindet und die zu einer neuen Normalität zu werden droht. In der besonderen Lage wird besonders deutlich, dass nur ein enges Zusammenwirken von Bund und Kantonen und zwischen Kantonen erfolversprechend sein kann. Der Bund, der in der besonderen Lage zwar über weitgehende, aber abschließend aufgezählte Zuständigkeiten verfügt, muss in dieser Lage die Situation kontinuierlich zusammen mit den Kantonen einschätzen und mit diesen entscheiden, ob einheitliche, harmonisierte oder regional maßgeschneiderte Maßnahmen geboten und verhältnismäßig sind. Gerade weil die Pandemie auch die kleinen Kantone der Schweiz sehr unterschiedlich und zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedlich hart getroffen hat, erwiesen sich einheitliche Maßnahmen nur selten als verhältnismäßig. Sie orientieren sich notwendigerweise an einem epidemiologischen Mittelmaß, das – wie das vergangene Jahr gezeigt hat – den einen Kantonen regelmäßig zu wenig, den anderen zu weit geht. Der auch in der Krise gebotene Umgang mit Vielfalt erfordert aber eine besonders

83 Siehe zum Ganzen *Belser* 2021b (Fn. 43).

84 Siehe dazu beispielsweise das Votum des Regierungsrats der Kantons Graubünden und derzeitigen Präsidenten der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) *Rathgeb, Christian* 2021: Der Zwilling des Kantönleichts heisst Pioniergeist, in: *NZZ* am Sonntag vom 13.06.2021, Nr. 24, S. 17.

intensive und rasche Koordination. Für die Erfüllung dieser Aufgabe fehlt es dem schweizerischen Bundesstaat gegenwärtig aber an einem geeigneten Organ. Dass im eidgenössischen Krisenstab ein Vertreter der Kantone Einsitz hatte, war dem Meinungs- und Informationsaustausch zweifellos dienlich, erwies sich aber für die Koordination als unzureichend. Diese erfordert vielmehr ein paritätisch zusammengesetztes Organ, in dem Bund und Kantone die Lage gemeinsam einschätzen, in dem sie gemeinsam über das weitere Vorgehen befinden und über Zuständigkeiten und Finanzfragen entscheiden. Nur so können positive wie auch negative Kompetenzkonflikte in Zukunft vermieden und Fragen der wirtschaftlichen Eigenständigkeit bzw. Solidarität rasch und doch gemeinsam entschieden werden.