

Strafrecht und Krise in Zeiten der Pandemie: Vergehens- und Verbrechenstatbestände in bundesrätlichen Notverordnungen

Linda Bläsi, Basel

I. Einleitung

Am 25.02.2020 bestätigte das Bundesamt für Gesundheit den ersten Fall einer COVID-19-Infektion im Kanton Tessin.¹ Daraufhin entwickelten sich die Ereignisse sehr schnell. Aufgrund der rasant steigenden Infektionszahlen erklärte die Weltgesundheitsorganisation am 11.03.2020 die in China beginnende Epidemie zu einer weltweiten Pandemie.² In der Schweiz wurde infolgedessen die „ausserordentliche Lage“ ausgerufen und am 16.03.2020 der erste Lockdown verhängt.³ Um das dynamische Infektionsgeschehen unter Kontrolle zu bringen, erließ der Bundesrat diverse Regelungen, darunter die Verordnung 2 über Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (nachfolgend COVID-19-Verordnung 2), die auch eine Strafbestimmung, die teilweise als Vergehen ausgestaltet war, enthielt.⁴ Der Bundesrat beschloss am 27.05.2020 die Rückkehr zur besonderen Lage.⁵

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, welche Probleme mit der Statuierung von *Freiheitsstrafen*⁶ in Vergehens- und Verbrechenstatbestän-

-
- 1 Online abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-78233.html> (zuletzt abgerufen am: 30.08.2024).
 - 2 Online abrufbar unter <https://www.nzz.ch/wissenschaft/covid-19-who-erklaert-corona-epidemie-zur-pandemie-ld.1546030> (zuletzt abgerufen am: 30.08.2024).
 - 3 Online abrufbar unter <https://www.swissinfo.ch/ger/alle-news-in-kuerze/lockdown--vor-einem-jahr-hat-der-bundesrat-die-schweiz-abgeriegelt/46451438> (zuletzt abgerufen am: 30.08.2024).
 - 4 SR 818.101.24; *Niggli*, Corona-Maßnahmen und Verfassung, Anwaltsrevue 2021, 426, 426.
 - 5 Online abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-79268.html> (zuletzt abgerufen am: 30.08.2024).
 - 6 Dieser Beitrag widmet sich ausschließlich der Zulässigkeit von Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Notverordnungen. Getrennt zu beantworten wäre die Frage, inwiefern Geldstrafen und Bußen zulässig sind. Dabei wäre insbesondere zu thematisieren, dass sowohl Geldstrafen als auch Bußen als Strafen zu qualifizieren sind und gem. Art. 36 StGB bzw. Art. 106 Abs. 2 StGB bei Nichtbezahlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe

den in bundesrätlichen Notverordnungen einhergehen. Ihm liegt damit die in der Lehre vorherrschend vertretene Auffassung zugrunde, dass es sich bei der während der außerordentlichen Lage in Kraft befindenen COVID-19-Verordnung 2 um eine bundesrätliche Notverordnung im Sinne von Art. 185 Abs. 3 BV handelte.⁷

-
- umgewandelt werden können. Vgl. zu dieser Problematik auch *Hurtado Pozo/Illánez*, in: Moreillon et al. (Hrsg.), *Commentaire romand, Code pénal I*, 2. Aufl. (2021), Art. 1 N 22; *Wohlers*, Strafrechtlicher Zwang in der „ausserordentlichen Lage“, in: Pärli/Weber-Fritsch (Hrsg.), *Symposium #iuscoronae, Rechtswissenschaft in der Corona-Krise*, Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der Juristischen Fakultät Basel, 2021, S. 59, Rn. 24 f.
- 7 Botschaft v. 03.12.2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2011, S. 311, 365: „Diese Bestimmung ist deklaratorischer Natur. Sie wiederholt auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates gemäss Artikel 185 Absatz 3 BV, in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz Polizeinotverordnungsrecht zu erlassen.“; *Bernard*, La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie, ZSR Sondernummer – Pandemie und Recht 2020, 55, 58 f.; *Binder* et al., Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2, Jusletter v. 06.04.2020, Rn. 6; *Brunner* et al., Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, AJP 2020, 685, 693 f.; *Burrichter/Vischer*, Der Vergehenstatbestand nach Art. 10f Abs. 1 der COVID-19-Verordnung 2, forumpoenale 2020, 300, 302 f.; *Ege/Eschle*, Das Strafrecht in der Krise, Eine Untersuchung der Strafbestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2 und welche Lehren daraus zu ziehen sind, sui-generis 2020, 279, Rn. 10 f.; *Geiser* et al., Klärung arbeitsrechtlicher Fragen in Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter v. 23.03.2020, Rn. 11; *Gerber*, Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes, Jusletter v. 14.04.2020, Rn. 5; *Graf*, in: *Graf* (Hrsg.), *StGB Annotierter Kommentar*, 2020, Art. 1 N 5; *Kuster*, Navigieren auf Sicht, Grundsatzentscheide hinter den Kulissen zu den Notverordnungen des Bundesrates in der Covid-19-Krise, Jusletter v. 15.02.2021, Rn. 48 f.; *Poledna* et al., Entschädigung von Gesundheitseinrichtungen zu Zeiten der Epidemie und Pandemie, Eine Skizze bestehender und möglicher Entschädigungsgrundlagen mit Blick auf die Corona-Pandemie, ZSR Sondernummer – Pandemie und Recht 2020, 103, 106; *Saxer/Brunner*, in: *Ehrenzeller* et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. (2023), Art. 185 N 125, 131; *Trümpler/Uhlmann*, Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: *Helbling Lichtenhahn Verlag* (Hrsg.), *COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2020, S. 567, § 19 Rn. 6, 8 ff.; *Waldmann*, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: *Uhlmann/Höfler* (Hrsg.), *Notrecht in der Corona-Krise*, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, 2021, S. 3, 13 f.; kritisch: *Biaggini*, „Notrecht“ in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrates zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 2020, 239, 265; a.A.: *Kley*, „Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.“ – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 2020, 268, 273; *Roos/Fingerhut*, *COVID-19: Straf- und strafprozessrechtliche Implikationen*, in: *Helbling Lichtenhahn Verlag* (Hrsg.), CO-

Die nachfolgende Untersuchung beschäftigt sich in einem ersten Schritt mit den für die vorliegende Abhandlung notwendigen Grundlagen (II.) und geht im Anschluss zur Frage über, ob Vergehens- und Verbrechenstatbestände in Notverordnungen als zulässig zu erachten sind (III.). Abschließend werden mit Blick auf die im Zusammenhang mit bündesrätlichen Notverordnungen allgemein geltenden Voraussetzungen sowie das Bestimmtheitsgebot ausgewählte Fragen und Probleme aufgeworfen (IV.).

II. Grundlagen

1. Bundesrätliche Notverordnungen

Die schweizerische Bundesverfassung (nachfolgend BV) sieht in Art. 184 Abs. 3 vor, dass der Bundesrat dazu befugt ist, Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, wenn dies zur Wahrung der Interessen des Landes erforderlich ist.⁸ Des Weiteren kann Art. 185 Abs. 3 BV entnommen werden, dass die Regierung unmittelbar auf diesen Artikel gestützt dazu befugt ist, Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, um eingetretene oder unmittelbar drohende schwere Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äußeren Sicherheit zu begegnen. Auf diese Grundlagen erlassene Verordnungen der Regierung werden bündesrätliche Notverordnungen genannt.⁹ Sie sind gemäß ausdrücklichem Wortlaut der beiden Bestimmungen jeweils auf eine bestimmte Dauer zu befristen.

VID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, S. 875, § 26 N 51; *Verde*, Das Legalitätsprinzip und die Strafnorm Art. 10f Abs. 1 Covid-19-Verordnung 2, Jusletter v. 10.05.2021, Rn. 16, 19; *Zünd/Errass*, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, ZSR Sondernummer – Pandemie und Recht 2020, 69, 88 f.

8 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.

Der *Bundesrat* ist die Regierung der Schweiz und die oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes. Der Bundesrat besteht aus sieben Politiker*innen verschiedener Parteien.

9 Statt vieler *Künzli*, in: Waldmann et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 185 N 26 ff.; *Rechsteiner*, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, 2016, S. 12 f.; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 60 f.; *Trümpler*, Notrecht – Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts *de lege lata* und *de lege ferenda*, 2012, S. 110; *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 4; kritisch zur Verwendung des Terminus „Notrechts“ bei intrakonstitutionellem Notrecht: *Biaggini*, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl. (2017), Art. 185 N 9; *Brunner et al.* (Fn. 7), 688.

Für den Erlass von bundesrätlichen Notverordnungen ist es gemäß Lehre und Rechtsprechung erforderlich, dass ein relevantes Schutzgut betroffen ist, sachliche als auch zeitliche Dringlichkeit bestehen und die ergriffenen Maßnahmen durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.¹⁰ In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, dass zwischen *extrakonstitutionellem* und *intrakonstitutionellem* Notrecht unterschieden wird.¹¹ Von *extrakonstitutionellem* Notrecht wird gesprochen, wenn eine qualifizierte außerordentliche Lage (Staatsnotstand) vorliegt, was beispielsweise dann der Fall ist, wenn der Bestand der Schweiz als Staat oder das Überleben der Bevölkerung bedroht ist und die Regierung, gestützt auf eine Vollmacht der Bundesversammlung, mittels Notverordnungen umfassend tätig wird und dabei auch von der Bundesverfassung abweichen kann.¹² Von dieser Kompetenz wurde während des Ersten und Zweiten Weltkriegs Gebrauch gemacht.¹³ Dagegen werden bundesrätliche Notverordnungen gestützt auf Art. 184 Abs. 3 bzw. 185 Abs. 3 BV dem *intrakonstitutionellen* Notrecht zugeordnet, da diese ihre Grundlage in der Verfassung selbst haben und den Boden der Verfassung nicht verlassen dürfen.¹⁴ Dies bedeutet, dass die Bundesverfassung und insbesondere die Grundrechte bei den Maßnahmen des *intrakonstitutionellen* Notrechts grundsätzlich Geltung beanspruchen.¹⁵

-
- 10 BGE 123 IV 29, E. 3.a; BGE 122 IV 258, E. 2.a; statt vieler: OFK Kommentar-BV/*Biagianni* (Fn. 9), Art. 185 N 10 ff.; *Brunner et al.* (Fn. 7), 689; *Gonin*, in: *Martenet/Dubey* (Hrsg.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, 2021, Art. 185 N 62 ff.; CR-CP/*Hurtado Pozo/Illánez* (Fn. 6), Art. 1 N 21; *Jeanneret*, *Légalité, contravention et nouveau droit: des surprises?*, RPS 2004, 21, 24 f.; *Lienhard/Zielniewicz*, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBI 2012, III, 121 ff.; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 94 ff.
- 11 *Bernard*, *Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sicherheit & Recht* 2020, 130, 135 ff.; *Flückiger*, *Le droit expérimental, Sicherheit & Recht* 2020, 142, 146; CR-CF/*Gonin* (Fn. 10), Art. 185 N 11; BSK-BV/*Künzli* (Fn. 9), Art. 185 N 40; *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 116; kritisch zur Verwendung des Terminus „Notrechts“ bei *intrakonstitutionellem* Notrecht: *Brunner et al.* (Fn. 7), 688.
- 12 *Bernard* (Fn. 11), 136 f.; *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 116 f.; *Rechsteiner*, *Notrecht und mehr, ex ante 1/2019*, 38, 43 f.; *Tschannen*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl. (2021), Rn. 456 f.
- 13 *Bernard* (Fn. 11), 136 f.; *Brunner et al.* (Fn. 7), 688; *Kley*, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4. Aufl. (2020), S. 305 ff., 333 ff.; *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 116 f.
- 14 *Bernard* (Fn. 11), 136 f.; *Brunner et al.* (Fn. 7), 688 sowie 695 ff. zur Problematik von Massnahmen contra legem und contra constitutionem; *Flückiger* (Fn. 11), 146; BSK-BV/*Künzli* (Fn. 9), Art. 185 N 40; *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 116.
- 15 *Brunner et al.* (Fn. 7), 688; *Trümpler* (Fn. 9), S. 185 ff.

2. Zum Grundsatz „*nulla poena sine lege*“

Art. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (nachfolgend StGB) ist das Legalitätsprinzip zu entnehmen.¹⁶ Gemäß dessen Wortlaut darf eine Strafe oder Maßnahme nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip kennt vier Ausprägungen: nämlich das Verbot des strafbegründenden Gewohnheitsrechts, das Bestimmtheitsgebot, das Rückwirkungsverbot sowie das Analogieverbot.¹⁷ Das Legalitätsprinzip findet eine entsprechende Grundlage ebenfalls im Völkerrecht in Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention (nachfolgend EMRK)¹⁸ und genießt laut Art. 5 Abs. 1, 9 und 164 Abs. 1 BV Verfassungsrang. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip gehört gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK zu den notstandfesten Garantien. Dies bedeutet, dass von diesem Prinzip auch in Notstandssituationen nicht abgewichen werden darf.¹⁹

Art. 1 StGB schweigt sich darüber aus, auf welcher Stufe eine Strafnorm verankert sein muss. Nach einhelliger Auffassung in der Lehre ist ein Gesetz im formellen Sinn mindestens dann erforderlich, wenn Freiheitsstrafen angedroht werden.²⁰ Das Bundesgericht folgt dieser Auffassung seit einem Leitentscheid aus dem Jahr 1986, in dem es festhielt: „Jede Strafe, welche

16 SR 311.0.

17 Ann.Komm.-StGB/Graf (Fn. 7), Art. 1 N 1; *Trechsel/Fateh-Moghadam*, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl. (2021), Art. 1 N 1; vgl. dazu auch Popp/Berkemeier, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl. (2018), Art. 1 N 24 ff.

18 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

19 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 7. Aufl. (2021), § 24 Rn. 145; *Harrendorf et al.*, in: Meyer-Ladewig et al. (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 5. Aufl. (2023), Art. 7 N 13; *Stöckli*, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer – Pandemie und Recht 2020, 9, 25 f.; *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 8 ff.; vgl. dazu auch: Art. 4 Abs. 2 iV.m. Art. 14 UNO-Pakt II.

20 *Donatsch et al.*, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl. (2022), S. 32; *Graven*, L’infraction pénale punissable, 2. Aufl. (1995), S. 25; *Killias et al.*, *Précis de droit pénal général*, 4. Aufl. (2016), Rn. 805; *Payer*, L’Ordonnance 2 COVID-19 ne constitue pas une base légale suffisante pour prononcer une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire, 06.07.2021, online abrufbar unter <https://www.crimen.ch/14/> (zuletzt abgerufen am: 30.08.2024), III. Ziff. 2; BSK-StGB/Popp/Berkemeier (Fn. 17), Art. 1 N 28; *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Straftat, 4. Aufl. (2011), § 4 Rn. 7; PK-StGB/Trechsel/Fateh-Moghadam (Fn. 17), Art. 1 N 13; *Wohlers*, in: *Wohlers et al.* (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl. (2020), Art. 1 N 3.

einen Freiheitsentzug mit sich bringt, bedarf als schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit einer klaren Grundlage in einem formellen Gesetz.²¹ Somit ist klar, dass Vergehens- und Verbrechenstatbestände, die gemäß gesetzlicher Definition in Art. 10 Abs. 2 und 3 StGB mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren (Verbrechen) bzw. mit Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren bedroht sind (Vergehen), einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn bedürfen und somit durch das Parlament im dafür vorgesehenen Verfahren erlassen werden müssen.

Nach dem eben Ausgeführten stellt sich die Frage, ob im Rahmen von bundesrätlichen Notverordnungen, die sich grundsätzlich an die Verfassung und das Völkerrecht zu halten haben, vom Erfordernis des Gesetzes im formellen Sinn abgewichen werden darf und bundesrätliche Notverordnungen auch Strafbestimmungen mit Freiheitsentzug enthalten dürfen.

III. Zur Zulässigkeit von Verbrechens- und Vergehenstatbeständen in bundesrätlichen Notverordnungen

1. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre

a) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Aufgrund der Konflikte in der ehemaligen jugoslawischen Republik erließ der Bundesrat im Jahre 1991 gestützt auf alt Artikel (aArt.) 102 Ziff. 8 BV eine selbstständige Verordnung.²² Diese bundesrätliche Notverordnung enthielt in Art. 11, welcher den Titel „Vergehen“ trug, eine Strafbestimmung, wonach es jugoslawischen Staatsangehörigen unter anderem untersagt war, eine Schusswaffe zu erwerben, in der Öffentlichkeit eine Schusswaffe zu tragen oder mit sich zu führen. Ein allfälliger Verstoß wurde mit Gefängnis oder einer Buße bis zu 100.000 Franken bestraft.²³

Die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen strafrechtlichen Vergehensbestimmung in einer bundesrätlichen Notverordnung lies das Bundes-

21 BGE 112 Ia 107, E. 3b; Praxis unter anderem bestätigt in BGE 118 Ia 305, E. 7a; BGE 124 IV 23, E. 1; BGer, Urteil v. 09.12.2022, 6B_22/2022, E. 6.2.3. Das *Bundesgericht* ist die oberste rechtsprechende Behörde der Schweiz. Ein Verfassungsgericht existiert nicht.

22 BGE 123 IV 29, E. 1; BGE 122 IV 258, E. 1.

23 Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige v. 18.12.1991, SR 514.545.

gericht in seinem amtlich publizierten Entscheid BGE 122 IV 258 noch offen.²⁴ In einem späteren Leitentscheid hatte das Bundesgericht dann aber diese Frage zu klären, da ein jugoslawischer Staatsangehöriger in der Öffentlichkeit eine Schusswaffe auf andere Landsleute gerichtet hatte und daraufhin zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 30 Tagen verurteilt worden war.²⁵

In einem ersten Schritt hielt das Bundesgericht fest, dass der Bundesrat unter gewissen Voraussetzungen gestützt auf aArt. 102 Ziff. 8–10 BV befugt ist, Verordnungen zu erlassen. Die darin enthaltenen Anordnungen müssen – wie bereits unter II.l. ausgeführt – notwendig, zeitlich dringlich, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Darüber hinaus dürfen sie nicht im Widerspruch zu Erlassen der Bundesversammlung stehen und sie müssen die Grundsätze der Rechtsgleichheit sowie von Treu und Glauben etc. respektieren.²⁶

Das Gericht erwog, dass angesichts der Ereignisse im ehemaligen Jugoslawien ernsthaft zu befürchten gewesen sei, dass es auch in der Schweiz zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen jugoslawischen Staatsange-

-
- 24 BGE 122 IV 258, E. 2. Der Kassationshof des Bundesgerichts hat diese Frage in seinem unveröffentlichten Urteil v. 09.05.1996, 6 S.106/1996, ebenfalls offengelassen. Auszugsweise abgedruckt in plädoyer 4/96, 64, 66. Vgl. dazu auch *Gächter*, Selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates und Gesetzesvorbehalt für Freiheitsstrafen, Anmerkung zu BGE 123 IV 29 ff., in: Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, 1999, S. 231, 232 f.
- 25 BGE 123 IV 29, vgl. zu dieser Thematik bereits BGE 64 I 365, E. 5: „Dass Strafbestimmungen zum Inhalt einer bundesrätlichen Verordnung gemacht werden können, ist anerkannt [...]. Wenn die Erzwingung eines Verbotes in anderer Weise nicht möglich ist, muss dessen Übertretung bestraft werden können. Es würde sonst zu seiner Rechtsnatur in Widerspruch treten und zu einer bloss unverbindlichen Einladung erniedrigt werden. Ohne Strafandrohungen konnte auch der Bundesrat das Verbot, die Feindseligkeiten in Spanien zu unterstützen, nicht durchsetzen. Dagegen ist zu prüfen, ob durch Verordnung auch kriminelle Straftatbestände aufgestellt werden dürfen. Die Frage stellt sich für eine Verordnung, die gestützt auf einen Bundesbeschluss ergangen ist, der den Bundesrat zum Erlass krimineller Strafandrohungen ermächtigt und für eine Notverordnung auf Grund ausserordentlicher Vollmachten nicht in gleicher Weise, wie für eine selbständige Verordnung des Bundesrates. Eine gesetzliche Ermächtigung bindet das Bundesgericht. Im Falle der Ausübung des staatlichen Notrechtes galt bisher der Bundesrat ebenfalls als ermächtigt, der Verfassung und den Gesetzen zu derogieren, woraus sich seine Befugnis zum Erlass krimineller Strafandrohungen ergab. Für die übrigen Fälle ist die Lösung eine verschiedene, je nachdem der Erlass des Bundesrates für die Dauer berechnet ist, oder sich als vorübergehende Massnahme darstellt: [...].“
- 26 Zum Ganzen BGE 123 IV 29, E. 3a.

hörigen kommen könnte. Zur Verminderung dieser Gefahr sei ein generelles Verbot des Tragens und Mitführen von Schusswaffen in der Öffentlichkeit durch jugoslawische Staatsangehörige, das nur eine sehr geringfügige Beschränkung von Freiheitsrechten darstelle, gerechtfertigt gewesen. Weil, so das Bundesgericht weiter, im Zeitpunkt der inkriminierten Handlung ungewiss war, in welche Richtung sich die Konflikte im ehemaligen Jugoslawien entwickeln und welche Folgen sie auch in der Schweiz zeitigen würden, sei es angemessen gewesen, ausnahmslos allen jugoslawischen Staatsangehörigen das Tragen und Mitführen von Schusswaffen zu verbieten.²⁷ Ferner sei dieses generelle Verbot auch geeignet gewesen, den Verkauf sowie den Erwerb von Schusswaffen unter jugoslawischen Staatsangehörigen zu verhindern und damit indirekt die Häufigkeit von Handwechseln und somit das Risiko, dass Schusswaffen in die Hände von jugoslawischen Staatsangehörigen gelangen, welche sie in das Konfliktgebiet ausführen könnten, zu verhindern.²⁸

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen für jugoslawische Staatsangehörige zur Zeit der inkriminierenden Handlung den Anforderungen an eine polizeiliche Notverordnung genüge.²⁹

In einem zweiten Schritt hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob der Bundesrat befugt ist, in solchen Verordnungen Vergehenstatbestände zu erlassen.³⁰ Einleitend bestätigt das Bundesgericht zunächst seine Praxis, wonach Strafen, die einen Freiheitsentzug androhen, einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit darstellen und deshalb einer klaren Grundlage in einem formellen Gesetz bedürfen, während für andere Strafen eine Verordnung genügt.³¹ Des Weiteren hält das Bundesgericht fest, dass die Frage, ob der Bundesrat unmittelbar gestützt auf aArt. 102 Ziff. 8–10 BV auch Gefängnis androhen kann, bislang ungeklärt sei.³² Das Bundesgericht gelangt diesbezüglich zur Auffassung, dass der Bundesrat in Verordnungen, die an die Stelle von formellen Gesetzen treten, diejenigen Strafen androhen kann, „welche dem Unwert angemessen sind, das in der Missachtung

27 Zum Ganzen BGE 123 IV 29, E. 3b.

28 Zum Ganzen BGE 123 IV 29, E. 3b.

29 Zum Ganzen BGE 123 IV 29, E. 3b.

30 BGE 123 IV 29, E. 4.

31 BGE 123 IV 29, E. 4a mit Verweis auf BGE 112 Ia 107, E. 3b und BGE 118 Ia 305, E. 7a.

32 BGE 123 IV 29, E. 4b und c ebenfalls unter Verweis auf BGE 112 Ia 107, E. 3b und BGE 118 Ia 305, E. 7a.

der von ihm erlassenen Anordnungen und Verbote liegt, nötigenfalls also auch Gefängnisstrafen“³³

Mit Blick auf den konkreten Fall hält das Bundesgericht fest, dass das Verbot des Tragens und Mitführens von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige in erster Linie dem Schutz der inneren Sicherheit der Eidgenossenschaft diene, indem auf diese Weise die Gefahr von gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen jugoslawischen Staatsangehörigen in der Schweiz vermindert werde. In Anbetracht der zu schützenden Rechtsgüter, welche durch das verbotene Mitführen und Tragen von Schusswaffen in der Öffentlichkeit gefährdet würden, sei die Androhung einer Gefängnisstrafe angemessen. Im Übrigen könne dieses Verbot gerade gegenüber zu Gewalttätigkeiten bereiten Personen durch die Androhung von Buße oder Haft allein nicht durchgesetzt werden.³⁴ Ferner müsse namentlich bei Androhung einer Gefängnisstrafe in einer verfassungsunmittelbaren Verordnung des Bundesrates möglichst rasch eine Grundlage in einem formellen Gesetz geschaffen werden.³⁵

b) Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts

An der eben dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geben verschiedene Dinge Anlass zur Kritik. *Erstens* bestätigt das Bundesgericht seine Praxis, wonach eine Freiheitsstrafe aufgrund ihrer Eingriffsintensität einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedürfe, kommt dann aber ohne weiterführende Begründung zum Schluss, dass dies für Gefängnisstrafen in bundesrätlichen Notverordnungen nicht gelten soll.

Zweitens geht aus dem bundesgerichtlichen Urteil nicht unmissverständlich hervor, was unter dem Kriterium der Angemessenheit einer Strafe angesichts des Unwerts der Missachtung der entsprechenden Anordnung zu verstehen bzw. zu prüfen ist. Die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts sind wohl dahin gehend zu verstehen, dass die angedrohte Strafe – wie die Maßnahme an sich – eine Grundrechtseinschränkung

33 BGE 123 IV 29, E. 4c.

34 Zum Ganzen BGE 123 IV 29, E. 4c.

35 BGE 123 IV 29, E. 4d.

darstellt, die mit Ausnahme der genügenden gesetzlichen Grundlage den Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 2–4 BV zu entsprechen hat.³⁶

Drittens sucht man in den bundesgerichtlichen Erwägungen vergebens nach einer Begründung, weshalb sich das Verbot des Tragens und Mitführen einer Schusswaffe gerade gegenüber zu Gewalttätigkeiten bereiten Personen durch die Androhung von Buße oder Haft allein nicht hätte durchsetzen lassen.

Und *abschließend* ist es zweifelhaft, ob das Kriterium des Bundesgerichts, wonach es bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Verordnungen auf den Umstand ankommen soll, dass möglichst rasch eine Grundlage in einem formellen Gesetz geschaffen wird, verfängt (dazu nachfolgend III.2.d).

c) Lehrmeinungen

Bereits vor der Pandemie gab es in der Lehre – wie beispielsweise nachfolgend *Kolly* – Stimmen, die sich zur Zulässigkeit von Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Notverordnungen geäußert haben.³⁷ Die Diskussion ist im Zuge der Pandemie neu entfacht und nebst der herrschenden Lehre, die Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Notverordnungen nach wie vor für zulässig hält (vgl. statt vieler nachfolgend *Burrichter/Vischer* und *Trümpler*).

³⁶ Vgl. dazu auch *Ege/Eschle* (Fn. 7), Rn. 8; *Gächter* (Fn. 24), S. 241; *Trümpler* (Fn. 9), S. 175; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 130; *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 11.

³⁷ *Gächter* (Fn. 24), 235 ff., 241 f.; *Hangartner*, Bemerkungen zu BGE 123 IV 29 ff., AJP 1997, 610, 611; *Jenny*, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 1998, 606, 606 ff.; *Kolly*, Selbständige Verordnungen als Grundlage für Freiheitsstrafen, SJZ 1993, 352, 353 f.; *Trechsel et al.*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Aufl. (2017), S. 52.

*pler/Uhlmann),³⁸ sind nun in der Lehre auch kritische Meinungen – nachfolgend *Niggli* und *Wohlers* – zu finden.³⁹*

aa) *Kolly*

Kolly führt aus, dass die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen eine selbstständige Verordnung als Grundlage für eine Freiheitsstrafe genügt, ausschließlich aus dem nationalen Recht zu beantworten sei. Zwar garantiere Art. 7 Abs. 1 EMRK den Grundsatz „ohne Strafe kein Gesetz“, aber eine Verordnung der Exekutive, ja, sogar ungeschriebenes Recht genüge als gesetzliche Grundlage im Sinne dieser Konventionsbestimmung.⁴⁰ Im Lichte der Bundesverfassung sei es gemäß aArt. 102 Ziff. 8 und 10 BV die Aufgabe des Bundesrates, sowohl die Interessen der Eidgenossenschaft nach außen hin zu wahren als auch für die innere Sicherheit der Schweiz sowie die Handhabung von Ruhe und Ordnung zu sorgen. Diese Aufträge müsse der Bundesrat wahrnehmen. Unter Umständen könnten diese Verordnungen nur unter Androhung von Freiheitsstrafen durchgesetzt werden. Ferner nehme der Erlass von Strafbestimmungen in einem formellen Gesetz, sofern sie rasch greifen müssen, aufgrund der langsamten Abläufe in einer halbdirekten Demokratie zu viel Zeit in Anspruch. Die Bundesverfassung könne aber dem Bundesrat nicht Kompetenzen übertragen und ihm dann verunmöglichen, sie wahrzunehmen. Deshalb kommt *Kolly* zum Schluss, dass der aus der Bundesverfassung

38 *Burrichter/Vischer* (Fn. 7), 302 f.; *Donatsch et al.* (Fn. 20), S. 32; *Dupuis et al.*, in: *Dupuis et al.* (Hrsg.), *Petit commentaire, Code pénal*, 2. Aufl. (2017), Art. 1 N 11; *Ege/Eschle* (Fn. 7), Rn. 7 ff.; *CR-CF/Gonin* (Fn. 10), Art. 185 N 183 f.; *Ann.Komm.-StGB/Graf* (Fn. 7), Art. 1 N 4 f.; *Jeanneret* (Fn. 10), 24 f.; *Märkli*, *Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, Sicherheit und Recht* 2020, 59, 63; *Märkli/Gut*, *Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung*, *AJP* 2022, 722, 735; *Payer* (Fn. 20), III. Ziff. 2; *Stöckli* (Fn. 19), 25 f.; *Stratenwerth* (Fn. 20), § 4 Rn. 7; *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 8 ff.

39 *Niggli*, *Gastkommentar „Bundesrat darf keine Strafen erlassen“*, *NZZ* v. 16.04.2020, S. 7; mit weiteren Ausführungen *Niggli* (Fn. 4), 428 ff.; *Wohlers* (Fn. 6), Rn. 23 f.; *Wohlers et al.*, *Strafrecht in Zeiten der Pandemie, Der Einsatz strafrechtlichen Zwangs zur Bekämpfung normwidrigen Verhaltens in „ausserordentlichen“ Lagen*, 2021, S. 89 f.; ebenfalls eher kritisch: *CR-CP/Hurtado Pozo/Illánez* (Fn. 6), Art. 1 N 21; *PK-StGB/Trechsel/Fateh-Moghadam* (Fn. 17), Art. 1 N 13.

40 *Kolly* (Fn. 37), 353 f. mit weiteren Hinweisen.

abgeleitete Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ nicht bedeute, dass der Bundesrat in Notverordnungen keine Freiheitsstrafen vorsehen dürfe.⁴¹

bb) Burrichter/Vischer

Burrichter/Vischer gehen davon aus, dass der Bundesrat befugt gewesen sei, in der COVID-19-Verordnung 2 gewisse Verstöße gegen Maßnahmen der Verordnung mit einem Vergehenstatbestand zu sanktionieren. Sie begründen dies mit dem Umstand, dass die Verfassung dem Bundesrat in Krisensituationen die Befugnis einräume, *praeter legem* (außerhalb des Gesetzes) oder gar *contra legem* (gegen den Wortlaut des Gesetzes) zu legiferieren.⁴² Darüber hinaus verweisen sie zur Untermauerung ihrer Auffassung auf die oben ausgeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung.⁴³ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von Freiheitsstrafen in Notverordnungen findet – wie bei vielen anderen Autor*innen⁴⁴ – nicht statt.

cc) Trümpler/Uhlmann

Trümpler/Uhlmann halten hinsichtlich der Zulässigkeit von Vergehenstatbeständen fest, dass solche auf den ersten Blick unumgänglich scheinen, um polizeiliche Maßnahmen gegebenenfalls durchzusetzen. Unter Umständen sei die strafrechtliche Sanktionierung entscheidend, um das Ziel des Notrechtshandelnden zu erreichen. Es nütze nichts, Vorschriften aufzustellen, wenn ein Regelungsverstoß nicht geahndet werden könne. Ferner sei es dem Wesen von Art. 185 Abs. 3 BV immanent, dass das Legalitätsprinzip derogiert werde.⁴⁵

Hinsichtlich des Spannungsverhältnisses zwischen Strafnormen in Notverordnungen und dem Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ als notstandsfernte Garantie nach Art. 7 EMRK halten *Trümpler/Uhlmann* folgendes fest: „[...] offensichtlich beißen sich die mit intrakonstitutionellem Notrecht erlassenen Strafbestimmungen mit dem Grundsatz Keine Strafe ohne Ge-

41 Zum Ganzen *Kolly* (Fn. 37), 353 f.

42 Zum Ganzen *Burrichter/Vischer* (Fn. 7), 303.

43 *Burrichter/Vischer* (Fn. 7), 303.

44 Statt vieler: *Ege/Eschle* (Fn. 7), Rn. 7 ff.; *Ann.Komm.-StGB/Graf* (Fn. 7), Art. 1 N 4 f.; *Jeanneret* (Fn. 10), 24; *Stratenwerth* (Fn. 20), § 4 Rn. 7.

45 Zum Ganzen *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 10.

setz, weil bei Ersteren von einer zulässigen und unumgänglichen Derogation des Legalitätsprinzips ausgegangen werden muss und bei Letzterem gerade umgekehrt eine Abweichung vom Legalitätsprinzip nicht möglich erscheint.⁴⁶ Diesen Widerspruch wollen sie dahin gehend auflösen, dass sie strafrechtliche Bestimmungen in bundesrätlichen Notverordnungen mit genügendem Konnex zu notrechtlichen Maßnahmen in jenen Fällen für zulässig erachten, in welchen die rechtsstaatlichen Erfordernisse sowohl beim Erlass der notrechtlichen Maßnahme als auch bei der ihr zugehörigen notrechtlichen Sanktion eingehalten wurden und darüber hinaus die von Art. 7 EMRK vorausgesetzten qualitativen Erfordernisse der Zugänglichkeit und der Vorhersehbarkeit der Sanktion beachtet bleiben.⁴⁷ Diese Auffassung begründen sie im Wesentlichen einerseits mit dem Argument, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend EGMR) in der Vergangenheit für eine Differenzierung beim Gesetzesbegriff offen gewesen sei, und andererseits mit dem Umstand, dass die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel vom EGMR – auf jeden Fall außerhalb des strafrechtlichen Kontexts – grundsätzlich akzeptiert und überprüft werde.⁴⁸

dd) Niggli

Niggli vertritt die Auffassung, dass der Bundesrat gestützt auf Art. 183 Abs. 3 BV nicht befugt sei, Strafen zu erlassen, mit der Begründung, dass eine Strafe keine Maßnahme sei und deshalb nichts durchsetze. Dies übernehme die Polizei. Eine Strafe erhebe einen Vorwurf, nämlich den, gegen eine bedeutsame Wertvorstellung verstoßen zu haben. Sie sei eine Reaktion auf diese Verletzung und komme deshalb immer erst danach. Folglich diene die Strafe nicht der Gefahrenabwehr – dies übernehme die Polizei –, sondern der Bekräftigung von Wertvorstellungen. Für Letzteres sei aber weder die Regierung noch die Verwaltung zuständig, sondern der Souverän.⁴⁹

46 *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 11.

47 *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 11; vgl. dazu auch *Stöckli* (Fn. 19), 25 f.

48 Zum Ganzen *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 11 unter Verweis auf *Demko*, Keine Strafe ohne Gesetz – Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2004, 19, 20 ff., und *Stöckli* (Fn. 19), 25 f.

49 Zum Ganzen *Niggli* (Fn. 39), 7; mit weiteren Ausführungen *Niggli* (Fn. 4), 428 ff.

ee) Wohlers

Wohlers äußert sich gegenüber der in der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung, wonach strafrechtliche Bestimmungen in bundesrätlichen Notverordnungen zulässig seien, kritisch. Er vertritt die Meinung, dass es sich bei der Aussage, wonach es der Androhung von Freiheitsstrafen bedürfe, um in bundesrätlichen Notverordnungen statuierte Verhaltensnormen durchzusetzen, um eine bloße Behauptung handle.⁵⁰ Ferner führt er an, in außerordentlichen Lagen – also bei Vorliegen eines Polizeinotstands – sei genau jene Situation gegeben, in der die Gefahr bestehe, dass der Bundesrat im Bestreben, der Bedrohungssituation Herr zu werden, über dieses Ziel hinausschieße und Zuwiderhandlungen mit strafrechtlichen Sanktionen belege, die bei besonnener Betrachtung als verfehlt oder überzogen qualifiziert werden müssten.⁵¹ Zu überlegen sei, ob es nicht gerade in Krisensituationen geboten wäre, dass der Gesetzgeber seiner ureigenen Aufgabe nachgehe, nämlich zu entscheiden, welche Verhaltensweisen als strafwürdig einzustufen sind und welche nicht. Stelle man sich auf den Standpunkt, dass die Legislative in derartigen Situationen überfordert sei, hinreichend schnell zu regieren, müsse diese Situation gemäß der Auffassung von Wohlers nicht zwangsläufig dahin gehend gelöst werden, dass stattdessen die Exekutive zu reagieren habe. Vielleicht sei es angebrachter, zum Schluss zu kommen, dass diesen Notstandssituationen mit den Mitteln des Strafrechts nicht in angemessener Weise begegnet werden könne.⁵²

d) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Androhung von Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Verordnungen im Wesentlichen unter Anführung von vier Argumenten bzw. Voraussetzungen für zulässig halten: *Erstens* sollen Freiheitsstrafen, die üblicherweise eines Gesetzes im formellen Sinne bedürfen, aufgrund der Aufhebung des Gesetzmäßigkeitsprinzips in Art. 184 Abs. 3 bzw. Art. 185 Abs. 3 BV zulässig sein. *Zweitens* seien Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Verordnungen gegebenenfalls nötig, um Maßnahmen in

50 Wohlers (Fn. 6), Rn. 23; vgl. dazu auch Wohlers *et al.* (Fn. 39), S. 89 f.

51 Wohlers (Fn. 6), Rn. 24 f.; vgl. dazu auch Wohlers *et al.* (Fn. 39), S. 89 f.

52 Zum Ganzen Wohlers (Fn. 6), Rn. 24 f.; vgl. dazu auch Wohlers *et al.* (Fn. 39), S. 89 f.

einer Krisensituation durchzusetzen. *Drittens* soll das Konventionsrecht der Anordnung von Strafbestimmungen in Notverordnungen nicht entgegenstehen, sofern die vom EGMR im Rahmen von Art. 7 EMRK entwickelten Mindeststandards – wie die Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit – erfüllt sind. *Viertens* wird die Androhung von Freiheitsstrafen auch deshalb als zulässig erachtet, weil die Verordnungen zu befristen sind.⁵³

2. Kritische Auseinandersetzung mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung

a) Derogation des Gesetzmäßigkeitsprinzips

Art. 185 Abs. 3 BV sieht vor, dass die Regierung Verordnungen und Verfügungen erlassen darf, um schweren Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu begegnen. Welche Maßnahmen konkret ergriffen werden dürfen, sagt die Bestimmung nicht und auch die Materialien geben darüber keinen Aufschluss.⁵⁴ Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass Art. 185 Abs. 3 BV bei verschiedenen Bedrohungslagen zur Anwendung gelangen kann und deshalb die möglichen Inhalte der zu treffenden Maßnahmen nicht abschließend aufgezählt werden können.⁵⁵ Sie können sowohl belastender – wie z.B. Evakuierungsbefehle, Räumungsbefehle, Verbote, Beschlagnahmen etc. – als auch begünstigender Natur – z.B. Gewährung von Rettungspaketen – sein.⁵⁶

53 Dazu auch *Gächter* (Fn. 24), S. 244: „Sofern die ausserordentliche Situation also nicht ohnehin bereits vorüber ist, sollte die maximale Geltungsdauer bundesrätlicher Polizeinotverordnungen irgendwo zwischen wenigen Wochen und einigen Monaten liegen. Sie ist m.E. bedeutend näher bei der für den Erlass dringlicher Gesetzgebung benötigten Zeit anzusiedeln, da diese [...] der Bewältigung solcher Situationen dient. Die Dauer ist dabei kürzer zu bemessen, wenn die Verordnungen gewichtige Grundrechtsbeschränkungen mit sich bringen bzw. Freiheitsstrafen androhen. Sofern nicht sofort ersichtlich ist, dass die zu bewältigende Situation nur wenige Tage anhält, hat der Bundesrat in diesen Fällen sofort den Erlass eines (dringlichen) Gesetzes zu initiieren. Die Befristung einer solchen Verordnung hat sich an der (realistisch geschätzten) Dauer bis zum Entscheid des Parlaments zu orientieren.“; *Märkli* (Fn. 38), 65 f.

54 *Materialien* sind jene Dokumente, die zur Entstehung eines Erlasses Auskunft geben.

55 BSK-BV/*Künzli* (Fn. 9), Art. 185 N 8; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 129.

56 SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 129; vgl. dazu auch *Häfelin et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. (2020), Rn. 2644 f.

Die in den Notverordnungen ergriffenen Maßnahmen dienen also der Gefahrenabwehr. Art. 185 Abs. 3 BV wird als eine auf den Bundesrat zugeschnittene „*lex specialis*“ zur polizeilichen Generalklausel gesehen.⁵⁷ Kraft des zwingenden Charakters des Verwaltungsrechts kennt auch dieses Rechtsgebiet die zwangswise Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten.⁵⁸ Dem Verwaltungszwang werden sowohl *exekutorische* als auch *repressive* Zwangsmaßnahmen zugeordnet.⁵⁹ *Exekutorische* Zwangsmaßnahmen dienen dem Schutz des gesetzmäßigen Zustands vor drohenden Störungen oder streben dessen Wiederherstellung an, wenn die Störung bereits eingetreten ist. Sie dienen damit der unmittelbaren Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten.⁶⁰ Im Gegensatz dazu zielen die *repressive* Zwangsmaßnahmen darauf ab, die Betroffenen unter Druck zu setzen, sodass sie ihre Obliegenheiten künftig korrekt erfüllen.⁶¹ Unter die letzte Kategorie fallen unter anderem Verwaltungsstrafen,⁶² die ebenfalls Freiheitsstrafen vorsehen dürfen, wobei auch hier eine Grundlage im Gesetz im formellen Sinne gefordert wird.⁶³ Dass das Verwaltungsrecht gleicherweise repressive Sanktionen vorsieht, könnte auf den ersten Blick den Schluss nahelegen, dass der Bundesrat, wie von der herrschenden Meinung angenommen,⁶⁴ aufgrund der Derogation des Gesetzmäßigkeitsprinzips in Art. 185 Abs. 3 BV ausnahmsweise tatsächlich befugt ist, Freiheitsstrafen zu erlassen.

Wird aber danach gefragt, welche Maßnahmen im Rahmen der polizeilichen Generalklausel bzw. des Polizeirechts ergriffen werden können, kommen Zweifel an den obigen Ausführungen auf. Ganz grundsätzlich ist festzuhalten, dass es Kernaufgabe der Polizei ist, Maßnahmen zu treffen,

57 *Bernet*, Entscheidbesprechung VGer Zürich AN. 2020.0004: Ausfallschädigung zur Verminderung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie, AJP 2020, 1057, 1059; *BSK-BV/Künzli* (Fn. 9), Art. 185 N 31; *Lehner*, Notverordnungsrecht, Die Kompetenzen des schweizerischen Bundesrats, des spanischen Ministerrats und des französischen Staatspräsidenten, 2016, S. 17 f.; *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 119 f.; *Trümpler* (Fn. 9), S. 175 f.; *SGK-BV/Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 77.

58 *Häfelin et al.* (Fn. 56), Rn. 1440; *Tschannen et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. (2022), Rn. 882, 884.

59 *Häfelin et al.* (Fn. 56), Rn. 1442 ff.; *Tschannen et al.* (Fn. 58), Rn. 887 ff.

60 Zum Ganzen *Häfelin et al.* (Fn. 56), Rn. 1442 f.; *Tschannen et al.* (Fn. 58), Rn. 888.

61 Zum Ganzen *Häfelin et al.* (Fn. 56), Rn. 1444 ff.; *Tschannen et al.* (Fn. 58), Rn. 889.

62 *Häfelin et al.* (Fn. 56), Rn. 1444 ff.; *Tschannen et al.* (Fn. 58), Rn. 889.

63 *Häfelin et al.* (Fn. 56), Rn. 1492.

64 Statt vieler: *CR-CF/Gonin* (Fn. 10), Art. 185 N 183 f.; *Stöckli* (Fn. 19), 25; *Trümpler/Uhlmann* (Fn. 7), § 19 Rn. 8 ff.

um konkrete Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren und eingetretene Störungen zu beseitigen.⁶⁵ Repressive polizeiliche Maßnahmen dienen damit der Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes und sind von repressiven Sanktionen (vgl. vorangehender Absatz), welche Druck auf die Pflichtigen ausüben sollen, zu unterscheiden.⁶⁶ Dies wiederum legt die Vermutung nahe, dass die Maßnahmen, die gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV ergriffen werden, lediglich der unmittelbaren Beseitigung der Gefahr zu dienen haben.⁶⁷

b) Zur Notwendigkeit von Freiheitsstrafen zwecks Durchsetzung von bundesrätlichen Maßnahmen

Die Idee, wonach bundesrätliche Maßnahmen in Notverordnungen allfällig nur mit der Androhung von Straftatbeständen bzw. mit Freiheitsstrafen durchzusetzen sind, entspringt der generalpräventiven Begründung von Strafen, wonach diese die Gesellschaft vor der Begehung einer Tat abschrecken sollen.⁶⁸ Empirische Untersuchungen zur generalpräventiven Wirkung von Strafen sind aufgrund methodischer Probleme schwierig.⁶⁹ Dennoch legen die vorhandenen Befunde den Schluss nahe, dass weniger die Schwere der abstrakten Strafandrohung als vielmehr das Entdeckungs- bzw. das Sanktionsrisiko die Kriminalitätsrate beeinflusst.⁷⁰ Dies wiederum lässt zumindest an der Wirksamkeit von Vergehens- und Verbrechenstatbeständen in bundesrätlichen Notverordnungen zwecks Durchsetzung zweifeln. Dies gilt umso mehr, als bei Ausbruch einer Pandemie oder einer anderen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung die Strafjustiz nicht über mehr Kapazitäten verfügt als vor dem Entstehen der Gefahr, was die Wirk-

65 Häfelin *et al.* (Fn. 56), Rn. 2546 f., 2576, 2580 ff., 2592 ff.; Tschanne *et al.* (Fn. 58), Rn. 889; vgl. dazu auch Schweizer/Krebs, in: Ehrenzeller *et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. (2023), Art. 136 N 42.

66 Häfelin *et al.* (Fn. 56), Rn. 2592.

67 Vgl. dazu auch Niggli (Fn. 39), 7; mit weiteren Ausführungen Niggli (Fn. 4), 428.

68 Statt vieler Donatsch *et al.* (Fn. 20), S. 4 f., 9; Geth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2021), Rn. 67 ff.; Stratenwerth (Fn. 20), § 2 Rn. 20 ff.; Trechsel *et al.* (Fn. 37), S. 19.

69 Bock, Kriminologie für Studium und Praxis, 5. Aufl. (2019), Rn. 867; Singenstein/Kunz, Kriminologie, Eine Grundlegung, 8. Aufl. (2021), § 20 N 10 f.

70 Bock (Fn. 69), Rn. 868 f.; vgl. dazu auch Dölling *et al.*, Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts: Befunde einer Metaanalyse, Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle, 2006 Heft 2, 193, 206 f.; Neubacher, Kriminologie, 5. Aufl. (2023), § 8 Rn. 10 ff.; Singenstein/Kunz (Fn. 69), § 20 N 12 ff.

samkeit aufgrund des möglicherweise gar geringeren Entdeckungsrisikos zusätzlich infrage stellt.⁷¹

c) Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit in der EMRK

Wie bereits ausgeführt, findet sich das Legalitätsprinzip auch in Art. 7 EMRK und gehört gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK zu den notstandsfesten Garantien. Soweit ersichtlich, hat sich der EGMR bislang nicht zur Zulässigkeit von Vergehens- und Verbrechenstatbeständen in bundesrätlichen Notverordnungen im Lichte von Art. 7 und ggf. Art. 15 Abs. 2 EMRK geäußert. In einer jüngeren Entscheidung hatte die Kammer der 3. Sektion des EGMR die Beschwerde einer Gewerkschaft als zulässig erklärt und das in der COVID-19-Verordnung 2 vorgesehene Versammlungsverbot als unverhältnismäßig erachtet und darin eine Verletzung von Art. 11 EMRK (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) gesehen.⁷² Die Frage, ob die COVID-19-Verordnung 2 eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, lies das Gericht explizit offen.⁷³ Der EGMR erinnert die Schweiz aber im Rahmen seiner Verhältnismäßigkeitsabwägungen daran, dass es sich bei der drohenden Strafe von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bei Verletzung des Versammlungsverbots um eine sehr strenge Sanktion handle, deren Verhängung einer besonderen Rechtfertigung bedürfe, und friedliche Demonstrationen grundsätzlich nicht mit Strafe zu bedrohen seien.⁷⁴ Darüber hinaus weist der EGMR die Schweiz darauf hin, dass sie nicht den Notstand gem. Art. 15 EMRK ausgerufen habe und folglich ausnahmslos an die Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 EMRK gebunden sei.⁷⁵ Die schweizerische

71 Bläsi, Grenzen des Strafrechts in Krisenzeiten, fp 2024, 48, 51; dazu auch Singenstein/Kunz (Fn. 69), § 20 N 12 ff.

72 EGMR, Urteil v. 15.03.2022, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, Nr. 21881/20.

73 EGMR, Urteil v. 15.03.2022, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, Nr. 21881/20, § 79; vgl. dazu auch Walther, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil 21881/20 v. 15.03.2022 (Verweisung an die Große Kammer), Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) gegen Schweiz, Versammlungsverbot konventionswidrig (COVID-19-Verordnung 2), AJP 2022, 1343, 1345.

74 EGMR, Urteil v. 15.03.2022, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, Nr. 21881/20, § 89; vgl. dazu auch Walther (Fn. 73), 1345.

75 EGMR, Urteil v. 15.03.2022, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, Nr. 21881/20, § 90; vgl. dazu auch Walther (Fn. 73), 1345.

Regierung beantragte daraufhin die Verweisung an die Große Kammer,⁷⁶ welche mit Urteil vom 27.11.2023 entschied, dass die Beschwerde der Gewerkschaft – entgegen der Auffassung der Kammer der 3. Sektion des EGMR – unzulässig ist, womit eine materielle Prüfung der Rechtmäßigkeit des Versammlungsverbots unterblieb.⁷⁷

In Art. 7 Abs. 1 EMRK findet sich das speziell auf das Strafrecht bezogene Gesetzlichkeitsprinzip, welches die Auslegung der Strafgerichte auf die Vorgaben des demokratisch legitimierten Gesetzgebers begrenzt.⁷⁸ Es soll nur ein Verhalten unter Strafe gestellt werden, über dessen Strafbarkeit die Bürger*innen mitentscheiden könnten.⁷⁹ Das in Art. 7 EMRK verankerte Prinzip ist als wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaats anzusehen und nimmt einen herausragenden Platz im Schutzsystem der Konvention ein, was durch Art. 15 EMRK bekräftigt wird.⁸⁰ Dieses Prinzip ist so auszulegen und anzuwenden, dass sein Ziel und Zweck – der wirksame Schutz gegen willkürliche Strafverfolgung, Verurteilung und Bestrafung – garantiert ist.⁸¹ Der Inhalt des Begriffs *law* oder *loi* wird gemäß Rechtsprechung des EGMR ebenso wie der Begriff in anderen Konventionsvorschriften ausgelegt. Darunter fallen nicht nur Gesetze, sondern auch Richterrecht (*case law*).⁸² Mit Blick auf letztere Kategorie ist *Trümpler/Uhlmann* sowie *Kolly* zuzustimmen,⁸³ dass der EGMR in der Vergangenheit auch ungeschriebenes Recht hat genügen lassen.⁸⁴ Im Sinne eines Umkehrschlusses kann daraus aber nicht ohne Weiteres folgen, dass strafrechtliche Bestimmungen in

76 EGMR GR, Urteil v. 27.11.2023, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, Nr. 21881/20, § 6.

77 EGMR GR, Urteil v. 27.11.2023, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, Nr. 21881/20, § 75 ff.; vgl. dazu auch *Seiler*, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Große Kammer, 27.11.2023, Urteil 21881/20, Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) g. Schweiz, ZBI 2024, 133, 140.

78 *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 19), § 24 Rn. 150; *Sinner*, in: *Karpfenstein/Mayer* (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl. (2022), Art. 7 N 11.

79 EMRK-Kommentar/*Sinner* (Fn. 78), Art. 7 N 11.

80 EGMR, Urteil v. 22.11.1995, S.W. v. the United Kingdom, Nr. 20166/92, § 34; vgl. dazu auch *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 19), § 24 Rn. 145.

81 EGMR, Urteil v. 22.11.1995, S.W. v. the United Kingdom, Nr. 20166/92, § 34; vgl. dazu auch *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 19), § 24 Rn. 145.

82 Statt vieler EGMR, Urteil v. 11.02.2016, *Dallas v. the United Kingdom*, Nr. 38395/12, § 70; EGMR, Urteil v. 22.11.1995, S.W. v. the United Kingdom, Nr. 20166/92, § 35; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 19), § 24 Rn. 146 und 150; EMRK-HK/*Harrendorf et al.* (Fn. 19), Art. 7 N 13; EMRK-Kommentar/*Sinner* (Fn. 78), Art. 7 N 12.

83 Vgl. vorangehend III.l.c.aa) und cc); dazu auch *Stöckli* (Fn. 19), 25 f.

84 Vgl. dazu auch *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 19), § 24 Rn. 150.

Notstandsverordnungen der Regierung zulässig sind, da die Schweiz nicht der Rechtstradition des *common law* folgt.

Der Rückgriff auf ungeschriebenes Recht zur Begründung der Vereinbarkeit von bundesrätlichen Notverordnungen mit Art. 7 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 EMRK ist wohl ohnehin gar nicht notwendig. Dem Entscheid Kafkaris gegen Zypern ist nämlich in den generellen Ausführungen zu Art. 7 EMRK Folgendes zu entnehmen: „When speaking of law, Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law [...]. In this connection, the Court has always understood the term law in its substantive sense, not its formal one. *It has thus included both enactments of lower rank than statutes and unwritten law* (see, in particular, *mutatis mutandis*, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, § 93, Series A no. 12). In sum, the law is the provision in force as the competent courts have interpreted it [...].“⁸⁵ Diese Entscheidung ist dahin gehend zu verstehen, dass auch eine Verordnung dem Gesetzlichkeitsprinzip genügen kann.⁸⁶

Fraglich ist aber, ob bundesrätliche Notverordnungen den vom EGMR entwickelten qualitativen Erfordernissen des Gesetzlichkeitsprinzips entsprechen. In seiner gefestigten Rechtsprechung verlangt der EGMR, dass das Gesetz zugänglich und die Bestrafung vorhersehbar sein muss.⁸⁷ Das bedeutet, dass der oder die Rechtsunterworfene aus dem Wortlaut der Norm – gegebenenfalls auch unter Zuhilfenahme der Auslegung durch die Rechtsprechung – erkennen muss, welche Handlung und Unterlassung strafbar ist.⁸⁸ Die Tragweite des Begriffs Vorhersehbarkeit hängt vom Inhalt

85 EGMR, Urteil v. 12.02.2008, Kafkaris v. Cyprus, Nr. 21906/04, § 139.

86 Vgl. dazu auch EMRK-HK/Harrendorf *et al.* (Fn. 19), Art. 7 N 13.

87 EGMR, Urteil v. 12.10.2023, Total S.A. and Vitol S.A. v. France, Nr. 34634/18 und 43546/18, § 52; EGMR, Urteil v. 12.02.2008, Kafkaris v. Cyprus, Nr. 21906/04, § 140; EGMR, Urteil v. 07.02.2002, E.K. v. Turkey, Nr. 28496/95, § 51; EGMR, Urteil v. 11.11.1996, Cantoni v. France, Nr. 17862/91, § 29; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 19), § 24 Rn. 150; EMRK-HK/Harrendorf *et al.* (Fn. 19), Art. 7 N 15; EMRK-Kommentar/Sinner (Fn. 78), Art. 7 N 15.

88 EGMR, Urteil v. 12.10.2023, Total S.A. and Vitol S.A. v. France, Nr. 34634/18 und 43546/18, § 53; EGMR, Urteil v. 12.02.2008, Kafkaris v. Cyprus, Nr. 21906/04, § 140; EGMR, Urteil v. 11.11.1996, Cantoni v. France, Nr. 17862/91, § 29; EGMR, Urteil v. 25.05.1993, Kokkinakis v. Greece, Nr. 14307/88, § 52; EMRK-HK/Harrendorf *et al.* (Fn. 19), Art. 7 N 15; EMRK-Kommentar/Sinner (Fn. 78), Art. 7 N 15.

des Textes, von seinem Regelungsgegenstand (Rechtsgebiet) sowie von der Anzahl und Status seiner Adressat*innen ab.⁸⁹

Selbstverständlich muss die Frage, ob diese Kriterien erfüllt sind, im Hinblick auf jede einzelne Strafbestimmung in einer bundesrätlichen Notverordnung gesondert geprüft werden. Mit Blick auf eine Pandemie, deren Verlauf sehr dynamisch ist, hat sich aber in der Schweiz mit der COVID-19-Verordnung 2 gezeigt, dass die besagte Regierungsverordnung in den ersten Monaten unzählige Male geändert werden musste, was am Erfordernis der Vorhersehbarkeit zweifeln lässt (vgl. dazu und zum Folgenden IV.2.).⁹⁰ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Strafbestimmung der Verordnung nicht nur eine Blankettnorm war,⁹¹ sondern strafbare Handlungen teilweise als Allgemeindelikte ausgestaltet waren, mithin jede*r Bürger*in sich strafbar machen konnte. Ferner wies die Verordnung unbestimmte und unklare Rechtsbegriffe auf.⁹² Dies ist wohl unter anderem dem Umstand geschuldet, dass die Verordnung jeweils unter großem zeitlichen Druck angepasst werden musste.⁹³ Nach dem Geschilderten ist es zweifelhaft, ob solche Strafbestimmungen im Einzelnen dem Kriterium der Vorhersehbarkeit des EGMR noch ausreichend Rechnung tragen können. Aufgrund der herausragenden Stellung des Gesetzlichkeitsprinzips in einem Rechtsstaat wäre es daher ratsam, in bundesrätlichen Notverordnungen auf Verbrechens- und Vergehenstatbestände, die Freiheitsstrafen vorsehen, zu verzichten.

89 EGMR, Urteil v. 20.10.2015, Vasiliauskas v. Lithuania, Nr. 35343/05, § 157; EGMR, Urteil v. 06.10.2011, Soros v. France, Nr. 50425/06, § 53; EGMR, Urteil v. 11.11.1996, Cantoni v. France, Nr. 17862/91, § 35; EMRK-HK/Harrendorf *et al.* (Fn. 19), Art. 7 N 16; EMRK-Kommentar/Sinner (Fn. 78), Art. 7 N 17.

90 Vgl. dazu auch Brunner *et al.* (Fn. 7), 686 f.; Burrichter/Vischer (Fn. 7), 303; Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 24; Niggli (Fn. 4), 426; Wohlers (Fn. 6), Rn. 40; Wohlers *et al.* (Fn. 39), S. 97 f.

91 Vgl. dazu statt vieler: Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 23.

92 Vgl. dazu Burrichter/Vischer (Fn. 7), 303 f.; Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 22 ff.; Höfler, Linguistische Herausforderungen, in: Uhlmann/Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise: 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, 2021, S. 81, 106 ff.; Niggli (Fn. 4), 429 f.; Wohlers (Fn. 6), Rn. 32 ff.; Wohlers *et al.* (Fn. 39), S. 92 f.

93 Vgl. dazu auch Cramer, Wünsche aus der Politik an die Rechtswissenschaft für die Zeit nach der Pandemie, in: Pärli/Weber-Fritsch (Hrsg.), Symposium #iuscoronae, Rechtswissenschaft in der Corona-Krise, Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der Juristischen Fakultät Basel, 2021, S. 1, Rn. 6.

d) Die zeitliche Befristung von Notverordnungen

Das Bundesgericht hat mit seiner Rechtsprechung in BGE 123 IV 29 klargestellt (vgl. oben III.1.a), dass insbesondere bei der Androhung von Freiheitsstrafen möglichst rasch eine Grundlage in einem formellen Gesetz geschaffen werden müsse, und bejahte dies im Falle der Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige.⁹⁴ Die Schwierigkeiten der Umsetzung zeigte sich exemplarisch nicht zuletzt bei dieser Verordnung: Anstelle einer zügigen Überführung der Verordnung in Gesetzesrecht wurde diese mehrmals um mehrere Jahre verlängert.⁹⁵ Die Geltungsdauer der Verordnung betrug insgesamt sieben Jahre.⁹⁶

Seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung im Jahre 1999 sehen Art. 184 Abs. 3 BV sowie Art. 185 Abs. 3 BV explizit vor, dass bundesrätliche Notverordnungen zu befristen sind. Seit dem Jahr 2011 sieht Art. 7d Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (nachfolgend RVOG) für bundesrätliche Notverordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV vor, dass eine solche außer Kraft tritt, wenn der Bundesrat der Bundesversammlung nicht innerhalb von sechs Monaten nach ihrem Inkrafttreten einen Entwurf für ein Gesetz oder eine Verordnung gemäß Art. 173 Abs. 1 lit. c BV vorlegt (lit. a), wenn die Bundesversammlung den Entwurf ablehnt (lit. b) oder wenn die sie ersetzenen Gesetze bzw. Notverordnungen der Bundesversammlung in Kraft treten (lit. c).⁹⁷ Die Vorlagefrist von sechs Monaten darf aber nicht mit der Geltungsdauer von bundesrätlichen Notverordnungen verwechselt werden, denn für Letztere ist keine Frist vorgesehen.⁹⁸

Der „Ablösungsmechanismus“⁹⁹ von Art. 7d Abs. 2 RVOG ist zwar zu begrüßen, lässt aber im Hinblick auf die Geltungsdauer von bundesrätlichen Notverordnungen immer noch relativ viel Spielraum. Denkbar ist beispielsweise, dass der Bundesrat die Geltungsdauer einer bundesrätlichen

94 BGE 123 IV 29, E. 4d.

95 Gächter (Fn. 24), S. 245 f.

96 Gächter (Fn. 24), S. 245 f.

97 SR 172.010. Diese Bestimmung ist auf eine parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2009 zurückzuführen, die ihrerseits als Reaktion auf die notrechtlichen Maßnahmen des Bundesrates unter anderem in der Finanzkrise und die Aktenvernichtung im Fall Tinner erfolgte.

98 Brunner et al. (Fn. 7), 699 f.; SGK-BV/Saxer/Brunner (Fn. 7), Art. 185 N 132 und 134.

99 Begriff zu finden bei: Brunner et al. (Fn. 7), 691.

Notverordnung großzügig ansetzt, dann bei der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs zuhanden der Bundesversammlung die Maximalfrist von sechs Monaten ausschöpft und sich die Bundesversammlung ihrerseits mit der Behandlung des Geschäfts Zeit lässt. Dies unter Umständen so lange, bis sich die Situation aufgrund von veränderten Umständen selbst erledigt hat.¹⁰⁰ Des Weiteren stellen sich im Zusammenhang von Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 7d RVOG diverse Fragen: Können Notverordnungen im Notfall verlängert werden, wenn die Geltungsdauer der Verordnung vor der Unterbreitung des Entwurfs an die Bundesversammlung oder vor deren Entscheid abläuft?¹⁰¹ Darf die Regierung die Notverordnung während laufender Vorlagefrist ergänzen oder abändern und beginnt in einem solchen Fall die Frist von Neuem zu laufen?¹⁰²

Dass der aufgezeigte Spielraum sowie die eben aufgeworfenen Fragen nicht unberechtigt sind, zeigt die Verordnung vom 02.10.2000 über Maßnahmen gegenüber den Taliban (Afghanistan),¹⁰³ welche gemäß Lehre über einen Zeitraum von mehr als einem Jahrzehnt eine notrechtliche Grundlage hatte und ebenfalls Strafbestimmungen enthielt.¹⁰⁴

Mit Blick auf Freiheitsstrafen in bundesrätlichen Notverordnungen bedeutet dies, dass sie unter Umständen trotz der in Art. 185 Abs. 3 BV vorgesehenen Befristung und des „Ablösungsmechanismus“ in Art. 7d Abs. 2 RVOG relativ lange Geltung haben können, was zumindest bedenklich erscheint.

e) Fazit

Das Argument, wonach der Bundesrat aufgrund der in Art. 185 Abs. 3 BV vorgesehenen Derogation des Gesetzmäßigkeitsprinzips zur Absicherung der Maßnahmen ohne weiterführende Begründung in Vergehens- und Verbrechenstatbeständen auch Freiheitsstrafen vorsehen darf, vermag nur

100 Vgl. zum Ganzen *Brunner et al.* (Fn. 7), 700, die dieses Vorgehen als nicht zulässig bezeichnen.

101 Dazu *Brunner et al.* (Fn. 7), 700; vgl. auch SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 135 f.

102 Dazu SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 137.

103 SR 946.203.

104 *Biaggini*, „Ausserordentliche Umstände“ – oder: Gefangen in der „Notrechts-Falle“?, ZBI 2012, 109, 109 f.; statt vieler: OFK Kommentar-BV/*Biaggini* (Fn. 9), Art. 185 N 10b; *Brunner et al.* (Fn. 7), 700; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 132 und 166 f.

begrenzt zu überzeugen. Das Verwaltungsrecht kennt zwar zur Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten die Sanktion der Freiheitsstrafe; wird die bundesrätliche Notverordnungskompetenz aber als *lex specialis* zur polizeilichen Generalklausel gesehen, wirft dies zumindest die Frage auf, ob die ergriffenen Maßnahmen nicht ausschließlich der unmittelbaren Gefahrenabwehr zu dienen haben.¹⁰⁵ Hinzu kommt, dass zumindest aus kriminologischer Sicht an der Wirksamkeit und damit auch an der zwingenden Notwendigkeit von Vergehens- und Verbrechenstatbeständen zwecks Durchsetzung bundesrätlicher Maßnahmen in Notverordnungen gezweifelt werden kann.¹⁰⁶ Zwar sind die in Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV vorgesehene Befristung sowie der für Art. 185 Abs. 3 BV vorgesehene „Ablösungsmechanismus“ zu begrüßen, sie können aber nicht verhindern, dass Vergehens- und Verbrechenstatbestände in bundesrätlichen Notverordnungen unter Umständen relativ lange in Kraft sind.¹⁰⁷ Wird das Legalitätsprinzip und damit auch das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne als wesentlicher Bestandteil eines demokratischen Rechtsstaates ernst genommen und soll der viel postulierten Auffassung der Strafe als *ultima ratio* konsequent nachgelebt werden,¹⁰⁸ so ist es nicht wirklich nachvollziehbar, weshalb Verbrechens- und Vergehenstatbestände in bundesrätlichen Notverordnungen zulässig sein sollen.

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Strafbestimmungen in bundesrätlichen Notverordnungen mit dem notstandsfesten Legalitätsprinzip gemäß Art. 7 und 15 EMRK lässt sich festhalten, dass der EGMR in seinen allgemeinen Ausführungen zu eben dieser Garantie festgehalten hat, dass im Rahmen der EMRK von einem materiellen Gesetzesbegriff auszugehen ist und damit auch Erlasse unterhalb des formellen Gesetzes dem Gesetzgebungsprinzip zu genügen haben. Daraus folgt, dass bundesrätliche Notverordnungen wohl dem Gesetzmäßigkeitsprinzip entsprechen, sofern die weiteren qualitativen Kriterien des EGMR an das Gesetzlichkeitprinzip erfüllt sind. Wie bereits angedeutet und noch aufzuzeigen sein wird (vgl.

105 Vgl. dazu vorangehend III.2.a).

106 Vgl. dazu vorangehend III.2.b).

107 Vgl. dazu vorangehend III.2.d).

108 Zum Begriff und der Problematik der Strafe als *ultima ratio* vgl. Wohlers, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: v. Hirsch et al. (Hrsg.), *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, 2006, S. 54, 54 ff.

nachfolgend IV.), ist aber genau dies aufgrund des dynamischen Verlaufs einer Pandemie zweifelhaft.¹⁰⁹

Trotz dieses Befunds sollen noch einige ausgewählte Gesichtspunkte zu den von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten, allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen von bundesrätlichen Notverordnungen und zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot angebracht werden.

IV. Ausgewählte Gesichtspunkte zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen und zum Bestimmtheitsgebot

1. Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen von bundesrätlichen Notverordnungen und deren Strafbestimmungen

Einleitend ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Maßnahme und der damit verbundenen Strafbestimmung auf den Zeitpunkt der inkriminierten Handlung abzustellen ist.¹¹⁰

In einem ersten Schritt wird verlangt, dass ein relevantes Schutzbereich betroffen ist.¹¹¹ Im Zuge einer Pandemie ist dies unter anderem die öffentliche Gesundheit.¹¹² Welche Güter im Einzelnen als relevante Schutzbereiche erachtet werden, ist aber in der Lehre umstritten.¹¹³ Darüber hinaus muss sowohl sachliche als auch zeitliche Dringlichkeit bestehen. Eine Pandemie bezeichnet eine neue, aber zeitlich begrenzt in Erscheinung tretende, weltweit starke Ausbreitung einer Infektionskrankheit mit hohen Erkrankungszahlen.

109 Vgl. dazu vorangehend III.2.c).

110 Vgl. dazu SGK-BV/Saxer/Brunner (Fn. 7), Art. 185 N 99: „Diese Anwendungsvoraussetzungen sind konstitutive Dauervoraussetzungen, das heisst, sie müssen während der Dauer der Massnahme immer erfüllt sein. Der Bundesrat hat die Pflicht zur laufenden Überprüfung der Voraussetzungen, insbesondere wenn neue Erkenntnisse vorliegen.“ Mit Verweis auf BGE 147 I 450, E. 3.2.7 für kantonale Maßnahmen.

111 Vgl. vorangehend Verweise in Fn. 10.

112 Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 17.

113 Vgl. zu diesem Diskurs SGK-BV/Saxer/Brunner (Fn. 7), Art. 185 N 103 ff. mit weiteren Hinweisen: Strittig ist unter anderem, ob nur die sog. Polizeigüter relevante Schutzbereiche sind und wenn ja, wie der Begriff des Polizeiguts definiert wird. Diese Fragen stellten sich im Zusammenhang mit der Coronakrise insbesondere mit den bundesrätlichen Notverordnungen, die sozial-, kultur- oder wirtschaftspolitische Maßnahmen enthielten und die Folgen der gesundheitspolizeilichen Maßnahmen abfedern sollten. Diese Maßnahmen werden auch als Sekundärmaßnahmen bezeichnet.

len und in der Regel auch mit schweren Krankheitsverläufen.¹¹⁴ Aufgrund des Umstandes, dass sich Pandemien wegen der Globalisierung rasch ausbreiten und gegebenenfalls aufgrund fehlender Forschung entsprechende Erkenntnisse und Medikamente nicht verfügbar sind, wird – wie Covid gezeigt hat – insbesondere in der Anfangsphase von einer erheblichen und schwerwiegenden Störung der öffentlichen Gesundheit auszugehen sein (sachliche Dringlichkeit), welche ein rasches Handeln erfordert.¹¹⁵ Die zeitliche Dringlichkeit ist gegeben, wenn der Erlass von gesetzlichen Normen auf dem Weg der ordentlichen oder dringlichen Rechtssetzung aufgrund von deren Langsamkeit versagen bzw. zu spät kommen würden.¹¹⁶ Die Voraussetzung der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit wird damit zu Beginn einer Pandemie regelmäßig gegeben sein.

Des Weiteren muss – wie bereits zu Beginn dieser Abhandlung ausgeführt¹¹⁷ – sowohl die gewählte Maßnahme als auch deren Sanktion dem Verhältnismäßigkeitsprinzip i.w.S. Rechnung tragen. Das bedeutet, dass die Maßnahme bzw. die angedrohte Strafe zur Erreichung des gewünschten Ziels bzw. zur Beseitigung der Gefahr geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) sein muss.¹¹⁸ Betreffend der Geeignetheit bzw. Wirksamkeit von strafrechtlichen Normen zwecks Durchsetzung einer Maßnahme kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹¹⁹

Hinsichtlich der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Strafnorm in Pandemizeiten könnten folgende Überlegungen maßgeblich sein: Die erste Frage ist, ob die geltende Rechtsordnung nicht bereits genügend strafrechtliche Normen kennt, um einer solchen Gefahr zu begegnen.¹²⁰ Eine weitere Überlegung ist, ob die große Wahrscheinlichkeit, sich bei risikoreichem Verhalten mit einer unter Umständen schwer verlaufenden Krankheit mit Todesfolge anzustecken, nicht bereits genügend Abschreckungswirkung entfaltet. Dies gilt insbesondere zu Beginn einer Pandemie, wenn die Fol-

114 *Kiehl*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie, Fachwörter – Definitionen – Interpretationen, Robert Koch-Institut, 2015, S. 99.

115 Vgl. dazu auch *Burrichter/Vischer* (Fn. 7), 303; zum Erfordernis der sachlichen Dringlichkeit: SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 116 ff.

116 *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 128 f.; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 120 ff.

117 Vgl. dazu vorangehend II.I.

118 Statt vieler: SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 130; vgl. auch Verweise in Fn. 10 und 36.

119 Vgl. dazu vorangehend III.2.b).

120 Vgl. dazu *Lienhard/Zielniewicz* (Fn. 10), 130; SGK-BV/*Saxer/Brunner* (Fn. 7), Art. 185 N 123.

gen einer möglichen Infektion noch nicht geklärt sind. Es liegt aber die Vermutung nahe, dass dieser Effekt über die Zeit nachlässt. Darüber hinaus ist die Frage, ob eine strafrechtliche Sanktion notwendig ist, unter Berücksichtigung sämtlicher getroffener Maßnahmen zu beurteilen. Mit Blick auf eine Pandemie bedeutet dies, dass insbesondere zu überprüfen ist, ob allfällige Sekundärmaßnahmen,¹²¹ die der Abfederung von gesundheitspolizeilich motivierten Maßnahmen dienen, nicht bereits ausreichen, um die Akzeptanz und damit die Einhaltung der Primärmaßnahmen zu erhöhen bzw. sicherzustellen. Ferner ist zu fragen, ob eine mildere Bestrafung – also eine Buße – genügt, zumal härtere Strafen – wie bereits ausgeführt – nicht zwingend zu weniger Delinquenz führen.¹²² In diesem Zusammenhang gilt es zu bedenken, dass Bußen im schweizerischen Rechtssystem – anders als Geld- und Freiheitsstrafen – gemäß Art. 106 StGB nicht bedingt ausgesprochen werden können, und es deshalb denkbar ist, dass sie trotz geringerer Eingriffsintensität gerade bei dem/der durchschnittlich verdienenden Bürger*in größere Wirkung entfalten.

Sind eine Maßnahme und die damit verbundene Strafe sowohl geeignet als auch erforderlich, muss abschließend geklärt werden, ob diese angesichts der konkret drohenden Gefahr verhältnismäßig i.e.S. sind.¹²³

Nach dem eben Ausgeführten und vor dem Hintergrund, dass es sich bei den Strafnormen in bundesrätlichen Notverordnungen in Zeiten der Pandemie überwiegend um Gefährdungsdelikte handeln wird,¹²⁴ kann gesagt werden, dass für die Beurteilung der Angemessenheit der Strafe insbesondere die drei folgenden Parameter entscheidend sind: das Ausmaß der Gefährdung des zu schützenden Rechtsguts, das Maß der Vorverlagerung der Strafbarkeit und die Höhe der angedrohten Sanktion, wobei sich folgende Problematik ergibt: Je größer die Gefährdung des Rechtsguts – bei einer Pandemie die öffentliche Gesundheit –, desto weiter lässt sich die Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtfertigen, aber je weiter vorgelagert die Strafbarkeit ist, desto weniger lässt sich eine hohe Sanktion rechtfertigen. Dies hat zur Folge, dass sich in der Regel auch bei großer Gefahr schwere Strafandrohungen für Verhaltensweisen wie Ausgangssperren, Nichteinhaltung von Schutzkonzepten, generelle Versammlungsverbote und dergleichen kaum rechtfertigen lassen.

121 SGK-BV/Saxer/Brunner (Fn. 7), Art. 185 N 181 ff.

122 Vgl. vorangehend III.2.b).

123 Vgl. dazu vorangehend II.1.a).

124 Vgl. Burrichter/Vischer (Fn. 7), 301 betreffend Art. 10f Abs. 1 der COVID-19-Verordnung 2; Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 21.

2. Mögliche Probleme mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot

Nachfolgend soll in aller Kürze auf drei ausgewählte Probleme im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot in bundesrätlichen Notverordnungen in Zeiten der Pandemie eingegangen werden: nämlich die unbestimmten Rechtsbegriffe, die Regelungstechnik der Blankettstrafnorm sowie die Konkretisierung von Strafnormen durch Empfehlungen der Verwaltung.

Wie bereits erläutert,¹²⁵ ist das Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*) Teilgehalt des Legalitätsprinzips und verlangt eine hinreichend genaue Umschreibung der Straftatbestände.¹²⁶ Dies bedeutet, dass ein Gesetz so präzise formuliert sein muss, dass der/die Bürger*in sein/ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.¹²⁷ Die während der Pandemie erlassene Notverordnung enthielt teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe.¹²⁸ Dies ist unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass – und dies liegt in der Natur der Sache – die Notverordnung innerhalb kürzester Zeit erlassen und angepasst werden musste. Gute Gesetzgebung und die damit verbundene sprachliche Präzision brauchen aber Zeit.¹²⁹ Hinzu kommt die Problematik, dass es bei Strafbestimmungen in bundesrätlichen Notverordnungen an einer gefestigten Verwaltungspraxis bzw. einer strafgerichtlichen Rechtsprechung, an welcher sich der/die Rechtsunterworfene zwecks Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe orientieren könnte, fehlt.¹³⁰ Diese Umstände sind dem Bestimmtheitsgebot nicht zuträglich.

Des Weiteren bediente sich die Regierung der Regelungstechnik der Blankettstrafnorm.¹³¹ Diese Gesetzgebungstechnik ist insbesondere für das Nebenstrafrecht üblich und bedeutet, dass sich das strafbare Verhalten nicht aus der Norm selbst ergibt, sondern erst aus dem Zusammenspiel

125 Vgl. dazu vorgehend II.2.

126 Ann.Komm.-StGB/Graf (Fn. 7), Art. 1 N 5; PK-StGB/Trechsel/Fateh-Moghadam (Fn. 17), Art. 1 N 1; vgl. dazu auch BSK-StGB/Popp/Berkemeier (Fn. 17), Art. N 24 ff.

127 BGE 117 Ia 472, E. 3.e; BGE 119 IV 242, E. 1.c; BGE 138 IV 13, E. 4.l; BGE 141 IV 279, E. 1.3.3.

128 Burrichter/Vischer (Fn. 7), 303 f., 305; Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 24 f.; Niggli (Fn. 4), 429 f.; Wohlers (Fn. 6), Rn. 32 ff.; Wohlers et al. (Fn. 39), S. 92 f.

129 Uhlmann/Hunkemöller, Rechtsetzungslehre, ius.full 2022, 2, 3 f.

130 Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 26; Wohlers (Fn. 6), Rn. 36; Wohlers et al. (Fn. 39), S. 94 f.

131 Ege/Eschle (Fn. 7), Rn. 23 f.; Wohlers (Fn. 6), Rn. 30.

mit einer blankettausfüllenden Norm, auf welche explizit oder implizit verwiesen wird.¹³² Diese Gesetzgebungstechnik bietet sich insbesondere bei einer Regelungsmaterie an, die großen Veränderungen unterliegt.¹³³ Unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes ist sie aber nicht unproblematisch, da unter anderem sichergestellt werden muss, dass klar ist, auf welche Norm verwiesen wird und die Verweisungskette nicht zu lang bzw. zu unübersichtlich ist.¹³⁴ An zusätzlicher Komplexität gewinnt die Materie, wenn – wie die Coronapandemie gezeigt hat – bundesrätliche Notverordnungen innerhalb kürzester Zeit mehrfach geändert werden müssen und es aufgrund dessen für die Rechtsunterworfenen schwierig ist, den Überblick über die strafbaren Verhaltensweisen zu bewahren.¹³⁵

Abschließend ist auf eine dritte Thematik hinzuweisen: Die Regierung ist oft nicht hinreichend kompetent, um Empfehlungen bzw. Richtlinien, die besondere Fachkenntnisse erfordern, selbst zu erlassen. Dies führt dazu, dass diese Aufgabe gegebenenfalls an untergeordnete Dienststellen delegiert wird.¹³⁶ Problematisch ist, wenn die Strafbestimmung auf diese Empfehlungen bzw. Richtlinien Bezug nehmen und der Verstoß gegen eben diese für strafbar erklärt wird. Dies aus zwei Gründen: *Erstens* handelt es sich um eine Außenverweisung, die gegebenenfalls dynamischer Natur ist, womit die aktuell geltenden Richtlinien bzw. Empfehlungen schwer auffindbar sein können.¹³⁷ *Zweitens* ermöglicht ein solcher Verweis den dem Bundesrat untergeordneten Bundesbehörden, strafrechtliche Tatbestände mitzustalten, was die Idee der Notverordnung vollständig zu untergraben droht.¹³⁸

Die aufgezeigten Problematiken verschärfen sich, wenn es sich bei den Maßnahmen und den damit verbundenen Strafbestimmungen nicht um ein sog. „Expertenstrafrecht“ handelt, also um einen Adressatenkreis, der

132 *Eicker*, Zur Ermittlung des Bestimmtheitsgefälles von Strafvorschriften im Nebenstrafrecht, *ZStrR* 2014, 168, 176 ff.; *Jetzer*, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht am Beispiel der Entscheide Swisscom und Publigroupe, *recht* 2013, 169, 172.

133 Vgl. dazu *Eicker* (Fn. 132), 177 f.; *Jetzer* (Fn. 132), 172.

134 PK-StGB/*Trechsel/Fateh-Moghadam* (Fn. 17), Art. 1 N 20; HK-StGB/*Wohlers*, Art. 1 N 3.

135 *Burrichter/Vischer* (Fn. 7), 303; *Ege/Eschle* (Fn. 7), Rn. 24.

136 Die COVID-19-Verordnung 2 nahm beispielsweise Bezug auf die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) betreffend Hygiene und soziale Distanz oder die Schutzkonzepte, die durch das BAG in Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) festgelegt wurden.

137 Vgl. dazu auch *Ege/Eschle* (Fn. 7), Rn. 25.

138 Vgl. dazu auch *Burrichter/Vischer* (Fn. 7), 303; *Ege/Eschle* (Fn. 7), Rn. 25; *Payer* (Fn. 20), III. Ziff. 3.

mit einer gewissen Fachkompetenz ausgestattet ist,¹³⁹ sondern sich Strafbestimmungen an die breite Bevölkerung und damit an einen sehr weiten Adressatenkreis richten.

V. Schlussfolgerung

Der dynamische Verlauf einer Pandemie stellt die Regierung in rechtsetzungstechnischer Hinsicht insbesondere mit Hinblick auf Strafbestimmungen in bundesrätlichen Notverordnungen vor kaum lösbar Herausforderungen. Angesichts des Bedeutungsgehalts des Legalitätsprinzips für das Strafrecht sollte der Bundesrat deshalb zukünftig auf die Statuierung von Freiheitsstrafen mittels Vergehens- und Verbrechenstatbeständen verzichten. Es gilt anzuerkennen, dass das Strafrecht nur begrenzt geeignet ist, Krisen wie eine Pandemie zu bewältigen. Auch wenn der Rückgriff auf Freiheitsstrafen angesichts der drohenden Gefahr und dem mit der Angst verbundenen Ohnmachtsgefühl nachvollziehbar ist, bleibt das Strafrecht – wie es dem Begriff der Ohnmacht bereits innewohnt – staatliche Machtausübung, die auch in Krisenzeiten der Begrenzung bedarf.

¹³⁹ Vgl. zum „Expertenstrafrecht“ im Allgemeinen *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. (2022), § 9 Rn. 75; dazu auch *Petzsche*, Die Verweisung auf EU-Rechtsakte im Umweltstrafrecht des StGB, NZWiSt 2015, 210, 213.