



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

aus: Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020

Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien: Erste Einschätzungen unter besonderer Berücksichti- gung der COVID-19-Verordnungen

BERGAMIN FLORIAN, MLaw*/MAZIDI SIMON, MLaw**

Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen wird bei der Bekämpfung der COVID-19-Epidemie täglich von Neuem auf einen Prüfstand gestellt. Verfassungsrechtlich wird die Zuständigkeit für den Erlass von Massnahmen gegen die Epidemie grundsätzlich dem Bund zugewiesen. Den Kantonen kommt in erster Linie die Aufgabe zu, diese Bundesmassnahmen zu vollziehen. Trotz der weitgehenden Bundeskompetenzen auf Grundlage des Epidemiengesetzes verbleiben den Kantonen einige Restkompetenzen. Dieser Beitrag setzt sich mit den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen bei der Epidemienbekämpfung auseinander. Unter besonderer Berücksichtigung der COVID-19-Verordnungen wird vor allem die Rolle der Kantone genauer beleuchtet.

Universität Freiburg
Institut für Föderalismus
Av. Beauregard 1
CH-1700 Freiburg

Tel. +41 (0) 26 300 81 25

www.federalism.ch



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

Inhalt

I. Ausgangslage	1
II. Verfassungsrechtliche Aufgaben- und Kompetenzverteilung	3
III. Ausschöpfung der Bundeskompetenz im Epidemiengesetz	5
1. Das Epidemiengesetz	5
a) Normale Lage	7
b) Besondere Lage	7
c) Ausserordentliche Lage	9
2. Rolle der Kantone	10
3. Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus	11
IV. Restkompetenzen der Kantone	14
1. Ausgangslage	14
2. Zuständigkeit der Kantone (Art. 1a und Art. 1b COVID-19-Verordnung 2) ..	15
3. Ausnahmen für Kantone in besonderen Gefährdungslagen (Art. 7e COVID-19-Verordnung 2)	17
V. Prüfung einzelner kantonaler Regelungen	18
1. Ausgangsbeschränkung für Personen über 65 Jahre	18
2. Schliessung bestimmter Gewerbebranche	20
3. Durchführung von kantonalen Parlamentssitzungen	24
VI. Würdigung	26

I. Ausgangslage

- 1 Das Coronavirus (COVID-19) fordert auch die Schweiz an verschiedenen Fronten. Die momentane (Ausnahme-)Situation stellt für das Zusammenwirken von Bund und Kantonen einen regelrechten «Stresstest» dar.¹ Das föderalistische Grundgerüst der Schweizer Staatsordnung und die darauf aufbauenden Mechanismen, welche die alltägliche Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden prägen, stehen in einer solchen Krisenzeit auf dem Prüfstand. Gerade in der Anfangsphase wurde das föderalistische System auf höchster politischer Ebene, zwischen dem Bundesrat und den Kantonsregierungen erprobt.
- 2 Am 11. März 2020 rief der *Consiglio di Stato*, die kantonale Exekutive, den Notstand für den Kanton Tessin aus und ergriff erste Massnahmen. Mehrere Kantone folgten diesem Vorgehen und ergriffen ihrerseits Massnahmen. Die unterschiedlichen Geschwindigkeiten beim Ergreifen von Massnahmen führten gezwungermassen zu unterschiedlichen regionalen Massnahmeregimes. Immer mehr drängte sich die Frage auf, ob ein solcher föderalistischer «Flickenteppich» in einer Krisensituation zielführend ist oder nicht eher die Bestrebungen zur Eindämmung des Coronavirus hemmt.
- 3 Der Bund zog Ende Februar nach, indem er die Situation in der Schweiz als besondere Lage im Sinne des Epidemiengesetzes einstufte und erste Massnahmen anordnete. Die Kantone nahmen zu diesem Zeitpunkt weiterhin ihre gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungsmöglichkeiten wahr und erliessen kantonal unterschiedlich weitgehende Massnahmen.² Die sich rasch und stetig verschlechternde epidemiologische Situation führte dazu, dass der Bundesrat am 16. März 2020 die ausserordentliche Lage gemäss Epidemiengesetz ausrief. Damit änderte sich auch die anfänglich bestehende Aufgabenzuteilung und der Bundesrat nahm aktiv die ihm von Verfassung und Gesetz wegen zuteilwerdende Rolle des «Taktgebers» bei der Bekämpfung von Epidemien ein. Im Lichte der nationalen Gefährdungslage schränkte er den Handlungsraum der Kantone zunehmend ein.

* Dipl. Assistent am Institut für Föderalismus, Freiburg (florian.bergamin@unifr.ch)

** Dipl. Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht I, Universität Freiburg (simon.mazidi@unifr.ch).

¹ Siehe hierzu auch SURBER MICHAEL, [Auch in der Krise sollte der Bund den Kantonen Handlungsspielraum lassen](#), online publizierter NZZ-Kommentar vom 25. März 2020.

² Vgl. die Bemerkungen von BERNARD FRÉDÉRIC, [La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus](#), in : Jusletter vom 30. März 2020, N 52.

- 4 Die Rolle der Kantone in der Krisenbewältigung wurde damit mitnichten entbehrlich. Gerade zu Beginn der Epidemie reagierten sie rasch und entschieden. Entsprechend konnte der Bund auf wichtige Erfahrungswerte zurückgreifen, als er schweizweite Massnahmen erliess. Zudem ist es Ausdruck des Föderalismus schweizerischer Prägung, dass das Zusammenwirken zwischen den Kantonen sowie dem Bund gerade in der Vollzugsaufgabe der Kantone auflebt. Die Kantone verfügen über die personellen und fachlichen Ressourcen und über die notwendige Infrastruktur, um diese ausserordentliche Lage auf lokaler Ebene zu bewältigen. Die strategischen Entscheide und ergriffenen Massnahmen des Bundesrats können im Resultat nur so zielführend sein, wie die Umsetzung auf den Kantonsgebieten erfolgreich ist.³
- 5 Es wäre aber verfehlt, die Kantone reduzierend als Vollzugsgehilfen zu betrachten. Einerseits liegt es in der Natur einer Notsituation, dass nicht alles in voraussehender Weisheit abschliessend und zentral geregelt werden kann. Eine Notlage solchen Ausmasses bringt es mit sich, dass potenziell alle Bereiche betroffen sein können. Notgedrungen treten deshalb Zuständigkeitsfragen auf, deren Erschliessung eine sorgfältige Auslegung der entsprechenden Aufgaben- und Zuständigkeitsordnung im jeweiligen Sachbereich erfordert. Andererseits tritt verschärfend hinzu, dass sich eine Notlage nicht gleichermassen in allen Regionen auswirkt. Kantone können in vielen Fällen rascher reagieren und Massnahmen ergreifen, die allenfalls spezifischer auf eine besonders betroffene Region ausgerichtet sind.⁴
- 6 Aus rechtlicher Sicht eröffnet die Epidemie eine Vielzahl von Fragen, die in diesem Ausmass zum Teil neu sind: Wie reagiert man per Notverordnung auf eine solche Gefährdungslage, über deren Dauer, Intensität und vielschichtige Auswirkungen oft nur gemutmasst werden kann? Welche Aspekte können durch Bundesverordnungen geregelt werden? Wie kann regionalen Unterschieden genügend Rechnung getragen werden?
- 7 Die diesen Fragen zugrundeliegende Gemeinsamkeit ist die Schwierigkeit, das erforderliche und sinnvolle Mass an kantonalen Handlungsspielräumen festzulegen, um eine Krise mit

³ Gemäss einer [Medienmitteilung](#) im Nachgang einer Plenarversammlung der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) findet eine solche Koordination auch tatsächlich statt: «Voraussetzung für eine erfolgreiche Bekämpfung der COVID-19-Pandemie ist eine enge Koordination zwischen dem Bundesrat und den Kantonsregierungen, aber auch zwischen den Kantonen sowie mit den Gemeinden. Überdies sprechen sich die verschiedenen Fachdirektorenkonferenzen unter der Koordination der KdK eng und regelmässig ab. Der Generalsekretär der KdK vertritt die Kantone im Krisenstab des Bundes. So können sie dem Bund regelmässig Rückmeldungen zu Herausforderungen im Vollzug geben.».

⁴ Stellvertretend kann hier auf die [Medienmitteilung](#) des Staatsrats des Kantons Tessin vom 23. März 2020 verwiesen werden, der das Ergreifen von weitergehenden kantonalen Massnahmen damit begründete, dass diese «*tengono conto delle particolarità riguardanti il nostro territorio, confrontato con uno scenario ben diverso rispetto ad altre realtà cantonali.*».

letztendlich globalem Ausmass anzugehen. Der folgende Beitrag widmet sich deshalb der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien. In einem ersten Kapitel wird die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung im Gesundheitswesen, insbesondere im Bereich der Epidemienbekämpfung, aufgezeigt (II.). Weiter wird dargestellt, inwieweit der Bund von seinen Kompetenzen im Bereich des Gesundheitsschutzes Gebrauch gemacht hat (III.), wobei auf das Epidemiengesetz sowie die darauf gestützte Verordnungen eingegangen wird. Darauf Bezug nehmend wird die Frage beleuchtet, welche Kompetenzen den Kantonen verbleiben (IV.). Schliesslich wird anhand ausgewählter Beispiele die Vereinbarkeit von Bundesrecht und kantonalen Massnahmen analysiert (V.). Eine Schlusswürdigung rundet diesen Beitrag ab, welcher angesichts der raschen Entwicklungen im diskutierten Themenbereich nur als eine erste Einschätzung der bestehenden Situation (Stand: 7. April 2020) zu verstehen ist (VI.).

II. Verfassungsrechtliche Aufgaben- und Kompetenzverteilung

- 8 Der Gesundheitsschutz wird zum angestammten Zuständigkeitsbereich der Kantone gerechnet. Grundsätzlich liegt die **Regelungshoheit im Gesundheitswesen bei den Kantonen**.⁵ Allerdings hat der Bund nach Art. 118 Abs. 1 BV im Rahmen seiner Zuständigkeiten ebenfalls die Befugnis, gewisse Massnahmen zum Gesundheitsschutz zu treffen. Art. 118 Abs. 1 BV begründet jedoch keine neue Bundeskompetenz, sondern stellt einen (programmatischen) Handlungsauftrag an den Bund dar.⁶
- 9 Die **Zuständigkeit des Bundes**, gesetzgeberisch tätig zu werden, ergibt sich aus **Art. 118 Abs. 2 BV**. Es handelt sich dabei um fragmentarische Bundeskompetenzen, d.h. der Bund kann und muss sogar punktuelle Aspekte zum Schutz der Gesundheit regeln.⁷ In den drei genannten Teilgebieten kann der Bund aber umfassend legislieren.⁸ Seine jeweilige Kompetenz ist also nicht auf die Regelung von Grundsätzen beschränkt.⁹

⁵ GÄCHTER THOMAS/RENOLD-BURCH STEPHANIE, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 118 N 11; POLEDNA TOMAS, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3.A., St. Gallen 2014, Art. 118 N 5.

⁶ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2.A., Zürich 2017, Art. 118 N 3 f.; POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 5.

⁷ BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 6), Art. 118 N 2; POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 7. Vgl. auch [BGE 139 I 242](#) E. 3.1.

⁸ BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 6), Art. 118 N 6; GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK BV (Fn. 5), Art. 118 N 11; POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 7.

⁹ Im Übrigen bestehen weitere Bundeskompetenzen (und kantonale Kompetenzen) in Verbindung zum Gesundheitsschutz, welche zu beachten sind. Vgl. zum Ganzen POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 6.

Bei der Ausübung seiner umfassenden Kompetenzen hat der Bundesgesetzgeber immerhin das **Subsidiaritätsprinzip** (Art. 5a i.V.m. Art. 43a Abs. 1 BV) zu berücksichtigen. Dieses wirkt «begrenzend auf das Ausmass und die Intensität der Ausschöpfung bestehender Kompetenzen».¹⁰ Demnach soll der Bund (nur) dann tätig werden, wenn eine Aufgabe die Kraft der Kantone übersteigt oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedarf. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass es dem Bund im Rahmen bestehender Zuständigkeiten durch das Subsidiaritätsprinzip nicht verwehrt ist, tätig zu werden, wenn es lediglich einer harmonisierenden (und nicht einheitlichen) Regelung bedarf.¹¹ Seine Tätigkeit muss sich aber in diesem Fall auf die Harmonisierung beschränken und darf nicht auf eine Vereinheitlichung zielen.

In einem engen Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip steht das **Prinzip der schonenden Kompetenzausübung**.¹² Die Aufgabenautonomie (Art. 47 Abs. 2 und Art. 43 BV) verpflichtet den Bund, den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben zu belassen.¹³ Demnach hat der Bund etwa die kantonalen Zuständigkeiten «insgesamt so weit als möglich zu erhalten, auch dort, wo er selbst kompetent ist»¹⁴ und somit seine Kompetenzen schonend auszuüben.¹⁵

- 10 Das **Epidemiengesetz (EpG)**¹⁶ stützt sich gemäss seinem Ingress auf die Art. 40 Abs. 2, Art. 118 Abs. 2 lit. b, Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 Abs. 2 BV. Die wichtigste Verfassungsgrundlage bildet Art. 118 Abs. 2 lit. b BV. Diese Bestimmung räumt dem Bund die Kompetenz ein, Vorschriften über «die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren» zu erlassen. Die erwähnte Verfassungsbestimmung weist dem Bund eine weitreichende Verantwortung für die Krankheitsbekämpfung zu. Das staatliche Instrumentarium zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ist auf Verfassungsebene nicht genauer vorgegeben. Der Begriff «Bekämpfung» ist weit zu verstehen und bezieht sich nicht nur auf die «Abwehr» von Krankheiten. Der Bund kann somit alle geeigneten und notwendigen Massnahmen erlassen, die auf die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten abzielen. Die Bundeskompetenz beschränkt sich nicht auf gesundheitspolizeiliche Massnahmen wie Verbote, Gebote oder Bewilligungspflichten, sondern schliesst gezielte, auf übertragbare Krankheiten bezogene präventive oder gesundheitsfördernde Massnahmen ein.¹⁷

¹⁰ WALDMANN BERNHARD, [Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?](#), in: Newsletter IFF 4/2015, S. 4 m.w.H.

¹¹ Vgl. BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 43a N 18.

¹² EGLI PATRICIA, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3.A., St. Gallen 2014, Art. 47 N 16.

¹³ BELSER EVA MARIA/MASSÜGER NINA, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 47 N 14. Siehe auch BIAGGINI, in: BSK BV (Fn. 11), Art. 43a N 3.

¹⁴ BELSER/MASSÜGER, in: BSK BV (Fn. 13), Art. 47 N 14.

¹⁵ Vgl. EGLI, in: SGK BV (Fn. 12), Art. 47 N 16; BELSER/MASSÜGER, in: BSK BV (Fn. 13), Art. 47 N 14.

¹⁶ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen ([Epidemiengesetz, EpG](#)) vom 28. September 2012, SR 818.101.

¹⁷ Zum Ganzen [Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen](#) (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2011 311, 444 f.

- 11 Selbst wenn die fragmentarischen Kompetenzen nach Art. 118 Abs. 2 BV nicht bestünden, könnte der Bundesrat kraft seiner Kompetenz gemäss **Art. 185 Abs. 3 BV** verfassungsunmittelbare Verordnungen oder Verfügungen erlassen.¹⁸ Der Handlungsspielraum des Bundesrates ist in diesem Fall jedoch insoweit eingeschränkt, als dass er die (strengen) Voraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV zu berücksichtigen hat. Entsprechende Massnahmen wären daher nur im Falle einer epidemiologischen Notlage von der Grössenordnung einer landesweiten Bedrohung der öffentlichen Gesundheit und nicht bereits bei der generellen Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten denkbar. Aus föderalistischer Perspektive wäre zudem die Tragweite der Verfassungsbindung des Bundesrates zu prüfen, namentlich ob diese auch die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung umfasst. In der Lehre ist umstritten, ob der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV auch in kantonale Zuständigkeitsbereiche eingreifen darf¹⁹ oder nicht²⁰.

Solche Fragen bleiben in der aktuellen Situation allerdings vorwiegend hypothetischer Natur. Der Bundesrat kann die COVID-19-Verordnung 2 nämlich auf seine Gesetzgebungskompetenz, insbesondere auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV, stützen. Natürlich ist auch der Anwendungsbereich dieser Bundeskompetenz nicht uneingeschränkt. Das EpG eröffnet dem Bundesrat aber einen weiten Handlungsspielraum zum Ergreifen verschiedener Massnahmen zur Bekämpfung von Epidemien. Unabhängig davon dient das EpG aber nicht als Kompetenzgrundlage zur Regelung der Folgen der epidemiologischen Massnahmen. In solchen Fällen spielt neben den spezifischen Gesetzesgrundlagen auch Art. 185 Abs. 3 BV weiterhin eine Rolle.²¹

III. Ausschöpfung der Bundeskompetenz im Epidemiengesetz

1. Das Epidemiengesetz

- 12 Art. 118 Abs. 2 lit. b BV verpflichtet den Bund zum Erlass von Vorschriften im Zusammenhang mit der Bekämpfung bestimmter Krankheiten von Menschen und Tieren.²² Mit dem

¹⁸ Statt vieler BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 6), Art. 185 N 9. Art. 185 Abs. 3 BV bleibt als Rechtsgrundlage für Massnahmen mit nicht-epidemiologischen Folgen relevant. Vgl. hierzu die Auflistung bei Fn. 57.

¹⁹ So BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 6), Art. 185 N 10c, SAXER URS, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3.A., St. Gallen 2014, Art. 185 N 98; TRÜMLER RALPH, Notrecht, Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Diss., Zürich 2012, N 315.

²⁰ Vgl. LIENHARD ANDREAS/HÄSLER PHILIPP, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer, Sicherheits- und Ordnungsrecht, SBVR (Band III), N 107.

²¹ Bspw. stützt sich die [COVID-Verordnung Kultur](#) vom 20. März 2020, SR 442.15 auf Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 46 Bundesgesetz über die Kulturförderung ([Kulturförderungsgesetz, KFG](#)) vom 11. Dezember 2009, SR 442.1.

²² POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 BV N 7.

Erlass des EpG hat der Bund **seine gesetzgeberischen Kompetenzen im Bereich der übertragbaren Krankheiten des Menschen ausgeschöpft.**²³

Bei den übertragbaren Krankheiten²⁴ des Menschen kam der Bund dem Verfassungsauftrag bereits im Jahr 1970 nach, als er das Epidemiengesetz (EpG) erliess. Nach der Jahrtausendwende legten das Ausmass und die Geschwindigkeit der Weiterverbreitung des schweren akuten respiratorischen Syndroms (SARS) im Jahr 2003 sowie die pandemisch zirkulierende Grippe H1N1 im Jahr 2009 gewichtige Mängel des damals geltenden EpG bei der Bekämpfung von sich rasch ausbreitenden Krankheiten offen.²⁵

Vor diesem Hintergrund wurde das EpG im Jahr 2012 vollständig revidiert. Unter anderem sollte die Revision geeignete rechtliche Grundlagen schaffen, um die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen differenziert zu klären und um Zuständigkeitskonflikte bei der Krisenbewältigung zu vermeiden. Dreh- und Angelpunkt war die gesetzliche Festschreibung der Kriterien für den Eintritt besonderer und ausserordentlicher Lagen einerseits und der bundesrätlichen Befugnisse in solchen Krisenlagen andererseits.²⁶

Die revidierte Fassung wurde von Volk und den Ständen am 22. September 2013 angenommen. Das neue EpG ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten.

- 13 Das EpG regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten und sieht die dazu nötigen Massnahmen vor (Art. 1 EpG). Im Vordergrund steht die **Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, die eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder ein Gesundheitsrisiko für Einzelne oder spezifische Gruppen** darstellen.²⁷ Mit dem EpG werden entsprechend zwei Ziele verfolgt: Einerseits sollen gesundheitspolizeiliche Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit vor Gefährdungen ermöglicht und andererseits geeignete präventive und gesundheitsfördernde Massnahmen ergriffen werden können (Art. 2 EpG).
- 14 Das Kernstück des Gesetzes bildet ein **dreistufiges Modell**, welches die Aufgabenteilung und die Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen verbessern soll. Das EpG sieht neben der normalen Lage eine besondere und eine ausserordentliche Lage vor. Im Anwendungsbereich der besonderen und ausserordentlichen Lage werden dem Bundesrat spezifische Befugnisse übertragen, damit er in solchen Situationen selber die erforderlichen Massnahmen zur Bekämpfung einer übertragbaren Krankheit ergreifen kann. Die Regelung der Befugnisse des Bundesrates einerseits und der Aufgabenteilung zwischen dem Bund und den

²³ GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK BV (Fn. 5), Art. 118 N 27; POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 12. Vgl. zur Restkompetenz der Kantone die Ausführungen bei IV.

²⁴ Siehe zum Begriff der übertragbaren Krankheit die Legaldefinition von Art. 3 lit. a EpG. Demnach handelt es sich bei übertragbaren Krankheiten um Krankheiten, die durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte auf den Menschen übertragbar sind.

²⁵ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 328 f.

²⁶ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 330.

²⁷ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 357.

Kantonen andererseits soll die Grundlage zur Bewätigung einer Krisensituation schaffen.²⁸
Der Vollzug liegt in sämtlichen Lagen bei den Kantonen (N 23 ff.).

a) *Normale Lage*

- 15 Die normale Lage und die einschlägigen Massnahmen beziehen sich auf die Bewätigung des **epidemiologischen Alltags**.²⁹ Die Kantone sind zuständig, Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten anzuordnen und zu vollziehen. Dabei können sie Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 33–39 EpG), wie z.B. eine Quarantäne oder eine Absonderung, anordnen oder verschiedene Massnahmen gegenüber der Bevölkerung (Art. 40 EpG), wie z.B. ein Verbot, erlassen.³⁰
- 16 Die Kantone und die zuständigen Bundesbehörden, namentlich das Bundesamt für Gesundheit (BAG), arbeiten in verschiedenen Bereichen zusammen. Namentlich teilen sich die Kantone und der Bund die Zuständigkeit bei der Erkennung und Überwachung von übertragbaren Krankheiten oder dem Betrieb von Laboratorien. Unter der Leitung der Eidgenössischen Kommission für Pandemievorbereitung und -bewätigung (EKP) bereitet sich der Bund seit 1995 systematisch auf Influenza-Pandemien vor. Im sog. Pandemieplan³¹ werden Strategien und Massnahmen des Bundes, aber auch der Kantone, zur Vorbereitung auf eine Influenza-Pandemie festgehalten.³²

b) *Besondere Lage*

- 17 Als besondere Lage gilt nach der Botschaft eine **epidemiologische Notlage**.³³ Sie ist als Vorstufe für Situationen konzipiert, die (noch) nicht die Voraussetzungen für die Anwendung einer ausserordentlichen Lage erfüllen.³⁴ Art. 6 EpG teilt dem Bundesrat eine Kompetenz für das Ergreifen gewisser Massnahmen zu, welche üblicherweise in der Kompetenz der Kantone liegen. Die damit einhergehende Zentralisierung von Massnahmen zur Bekämpfung

²⁸ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 357 und S. 363 f.

²⁹ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 363 (Tabelle 3). Als Beispiele werden Tuberkulose, Meningitis, lokal beschränkte Masernausbrüche und HIV/Aids aufgezählt.

³⁰ [BAG, Faktenblatt vom 28. Februar 2020: Normale, besondere und ausserordentliche Lage](#), S 1.

³¹ Die aktuellste [Version](#) stammt aus dem Jahr 2018.

³² Im Zusammenhang mit dem Coronavirus wird insbesondere die Verwendung und Bevorratung von Schutzmasken diskutiert und teilweise kritisiert (vgl. SURBER MICHAEL/RHYN LARISSA, Bund widerspricht sich bei Masken, in: NZZ vom 1. April 2020, S. 1.

³³ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 363 (Tabelle 3). Als Beispiele werden eine moderate Influenzapanemie und SARS genannt.

³⁴ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 364.

- übertragbarer Krankheiten ab erhöhter Gefährdungsstufe wurde in der Botschaft aus epidemiologischer Sicht gerechtfertigt und als mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar erachtet.³⁵
- 18 Das Bundesgesetz legt die Kriterien fest, wann eine besondere Lage vorliegt. Es sieht dabei zwei alternative Szenarien³⁶ vor: Zunächst kann eine besondere Lage eintreten, wenn die ordentlichen Vollzugsorgane nicht (mehr) in der Lage sind, geeignete Massnahmen zu ergreifen. Zusätzlich muss eine der drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: Bestehen einer erhöhten Ansteckungs- oder Ausbreitungsfahr; besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit oder Drohung schwerwiegender Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche (Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1–3 EpG). Ferner kann eine besondere Lage entstehen, wenn die Weltgesundheitsorganisation (WHO) eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite³⁷ feststellt und diese die öffentliche Gesundheit in der Schweiz gefährdet (Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG).
- 19 Dem Bundesrat steht eine Reihe verschiedener **Massnahmen** zur Verfügung, die er zur Bewältigung einer besonderen Lage ergreifen kann. Diese sind im Gesetz **abschliessend** aufgezählt und umfassen den Erlass von Massnahmen gegenüber einzelnen Personen und gegenüber der Bevölkerung.³⁸ Darüber hinaus kann der Bundesrat Ärztinnen und Ärzte sowie weitere Gesundheitsfachpersonen verpflichten, bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten mitzuwirken, und Impfungen für gefährdete Bevölkerungsgruppen oder Personen, welche bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären (Art. 6 Abs. 2 lit. a–lit. d EpG). Der Bund kann diese Massnahmen in die Form von Verfügungen oder Verordnungen kleiden. Im Anwendungsbereich der besonderen Lage koordiniert das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) die Massnahmen des Bundes.³⁹
- 20 Der Bundesrat kann diese Massnahmen indes erst *nach Anhörung der Kantone* anordnen. Eine Anhörung kann im Rahmen des Koordinationsorgans Epidemiengesetz (KOr EpG, Art.

³⁵ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 443.

³⁶ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 364.

³⁷ Art. 12 [Internationale Gesundheitsvorschriften \(IGV\)](#) vom 23. Mai 2005, SR 0.818.103.

³⁸ Denkbar sind hier bspw. eine flächendeckende Quarantäne für alle Kontaktpersonen, Veranstaltungsverbote sowie die Schliessung von Schulen, anderen öffentlichen Institutionen oder privaten Unternehmen. Siehe dazu [BAG Faktenblatt](#) (Fn. 30), S 2.

³⁹ [BAG Faktenblatt](#) (Fn. 30), S 2.

54 EpG)⁴⁰ oder einer Konsultation der Gesundheitsdirektorenkonferenz erfolgen.⁴¹ Diese institutionelle Zusammenarbeit soll eine rasche Beschlussfassung im gegenseitigen Einvernehmen ermöglichen sowie die Risiken, die unweigerlich mit einer Zentralisierung einhergehen, kompensieren.⁴² Zudem dürfte dadurch auch die Wirksamkeit der Massnahmen verbessert werden, da die Kantone einerseits mit der lokalen Situation vertraut sind und andererseits über das Know-how im Gesundheitswesen verfügen.

c) *Ausserordentliche Lage*

- 21 Als letzte Stufe regelt Art. 7 EpG die ausserordentliche Lage. Diese Gesetzesbestimmung hält lediglich fest, dass der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen kann. Gemäss Botschaft liegt eine ausserordentliche Lage bei einer **nationalen Bedrohungslage** vor, d.h. bei einer Bedrohung der äusseren und inneren Sicherheit.⁴³ Eine Legaldefinition der ausserordentlichen Lage ist deshalb nicht möglich, weil das EpG aufgrund der Unvorhersehbarkeit und der akuten Schwere der Bedrohung der öffentlichen Gesundheit in solchen Situationen keine spezifischen Regelungsinstrumente mehr bereithält.⁴⁴

Art. 7 EpG verweist auf das konstitutionelle Notstandsrecht und wiederholt auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrats, auf Grundlage von Art. 185 Abs. 3 BV Polizeinotverordnungsrecht erlassen zu können.⁴⁵ Über den ordentlichen Gesetzgebungsweg konkretisiert Art. 7 EpG die Handlungsmöglichkeiten des Bundesrats in Dringlichkeitsfällen. Der Umweg über die verfassungsunmittelbaren Verordnungen gemäss Art. 185 Abs. 3 BV ist nur dann erforderlich, wenn die Verordnungen auch Massnahmen vorsehen, die nicht der Bekämpfung der Epidemie dienen.⁴⁶

- 22 Der Bundesrat kann bei einer ausserordentlichen Lage **ohne vorherige Konsultation der Kantone Massnahmen** anordnen. Die alleinige Anordnungshoheit des Bundes scheint aufgrund der Dringlichkeit geboten. Das Wegfallen kantonaler Mitwirkungsrechte in dieser

⁴⁰ Ständige Mitglieder des KOr EpG auf Stufe Bund sind zwei Vertreterinnen oder Vertreter des BAG, zwei Vertreterinnen oder Vertreter des BLV, eine Oberfeldärztin oder ein Oberfeldarzt sowie eine Vertreterin oder ein Vertreter des BABS. Für die Kantone nehmen sechs Kantonsärztinnen oder -ärzte, eine Kantonschemikerin oder ein Kantonschemiker, eine Kantonsapothekerin oder ein Kantonsapotheker, eine Kantonstierärztin oder ein Kantonstierarzt und eine Vertreterin oder ein Vertreter der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) im Koordinationsorgan Einsitz. Siehe hierzu die entsprechenden Informationen auf der [Website des BAG](#).

⁴¹ [BAG Faktenblatt](#) (Fn. 30), S. 1.

⁴² [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 443.

⁴³ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 363 (Tabelle 3). Als Beispiel wird eine Worst-Case-Pandemie wie die Spanische Grippe genannt.

⁴⁴ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 366.

⁴⁵ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 365.

⁴⁶ BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 6), Art. 185 N 12a.

Situation führt aus föderalistischer Sicht aber zu weitergehenden Fragen. Lokale Unterschiede, wie z.B. in Bezug auf regionale Vollzugsbedingungen oder spezifische Probleme bei der Durchsetzbarkeit von Massnahmen, lassen sich allenfalls nicht mehr ausreichend berücksichtigen. Unseres Erachtens ist ein Wegfallen der Konsultation der Kantone aber nur in derart dringlichen Situationen gerechtfertigt, in denen eine Anhörung schlichtweg nicht möglich ist. Aufgrund der heutigen Kommunikationskanäle dürfte aber selbst in solchen Situationen zumindest eine kurze Sondierung der kantonalen Positionen möglich sein.

2. Rolle der Kantone

- 23 Die **Kantone vollziehen das Gesetz, soweit nicht der Bund dafür zuständig** ist (Art. 75 EpG). Aus dem EpG ergibt sich insbesondere die Pflicht der Kantone, die notwendigen Kapazitäten zu schaffen, zu stärken und zu unterhalten, um die Vollzugsaufgaben im Hinblick auf die Erkennung, Überwachung, Bekämpfung sowie die Prävention übertragbarer Krankheiten zu erfüllen. Gemäss Botschaft ist der Handlungsspielraum der Kantone im Bereich des Vollzugs des Gesetzes «eher eng» ausgestaltet.⁴⁷ Dies wird damit begründet, dass im Interesse der öffentlichen Gesundheit grosse Unterschiede bei der Anwendung zu vermeiden seien.⁴⁸ Der Bund beaufsichtigt den Vollzug dieses Gesetzes durch die Kantone und koordiniert die Vollzugsmassnahmen der Kantone, soweit ein Interesse an einem einheitlichen Vollzug besteht (Art. 77 EpG). Die Kantone trifft dabei eine Berichterstattungspflicht, indem sie das EDI über den Vollzug in Kenntnis setzen müssen (Art. 76 EpG).
- 24 In allen drei Lagen ist vorgesehen, dass der **Vollzug der Massnahmen grösstenteils in die kantonale Zuständigkeit** fällt. So sind die Kantone bspw. für die Umsetzung der Massnahmen gegenüber einzelnen Personen (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 33–39 EpG) bzw. gegenüber der Bevölkerung (Art. 40 EpG), für die epidemiologischen Abklärungen (Art. 15 EpG) oder für die Desinfektion und Entwesung (Art. 48 EpG) zuständig.
- 25 Der **Bund übernimmt nur in spezifischen Bereichen den Vollzug**. Zu nennen sind bspw. die Übernahme der Informationspolitik (Art. 9 EpG), Massnahmen im internationalen Personen- (Art. 41 EpG) und Warenverkehr (Art. 45 EpG) sowie im Bereich der Versorgung von Heilmitteln (Art. 44 EpG). Da der Vollzug auch im Anwendungsbereich der besonderen und ausserordentlichen Lage grundsätzlich bei den Kantonen verbleibt, wird die Aufgabenteilung

⁴⁷ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 418 f.

⁴⁸ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 418 f.

auch in den zwei Krisenlagen beibehalten. Im Lichte des Subsidiaritätsprinzips soll der Bund im Rahmen der besonderen und ausserordentlichen Lage nur zum Erlass der Massnahmen befugt sein, nicht aber zu deren Vollzug.⁴⁹

3. Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus

- 26 Der Bundesrat stufte am 28. Februar 2020 die Situation in der Schweiz als besondere Lage im Sinne des EpG ein. Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG erliess er gleichentags eine erste Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19).⁵⁰ Darin vorgesehen war insbesondere ein Verbot öffentlicher und privater Veranstaltungen, bei denen sich mehr als 1000 Personen gleichzeitig aufhalten.⁵¹ Das Veranstaltungsverbot hatte sofortige Geltung und wurde bis mindestens zum 15. März ausgesprochen. Für den Vollzug und die Kontrolle waren die Kantone zuständig.⁵²
- 27 Die Verordnung wurde bereits am 13. März 2020 durch eine neue Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (**COVID-19-Verordnung 2**) ersetzt.⁵³ Der Bundesrat hat die COVID-19-Verordnung 2 in der Zwischenzeit mehrmals revidiert und umfangmässig erweitert. In seiner ursprünglichen Fassung stützte sich der Bundesrat unmittelbar auf seine verfassungsrechtliche Kompetenz zum Erlass von Polizeinotverordnungen (Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV) sowie auf das Epidemiengesetz (Art. 6 Abs. 2 lit. b, Art. 41 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 3 EpG). Die Verordnung sah ein generelles Verbot bis Ende April von Veranstaltungen mit mehr als 100 Personen vor, wobei sich in Restaurants, Bars und Diskotheken nicht mehr als 50 Personen aufhalten durften.⁵⁴ Zusätzlich wurden ab dem 16. März Präsenzveranstaltungen an Schulen, Hochschulen und Ausbildungsstätten verboten und die Einreise aus Risikoländer – was zum damaligen Zeitpunkt nur Italien betraf – wurde weiter eingeschränkt.⁵⁵

⁴⁹ Siehe zum Ganzen auch [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 343 f

⁵⁰ [Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus \(COVID-19\) vom 28. Februar 2020](#).

⁵¹ Art. 2 Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19). Für Veranstaltungen unter 1000 Personen waren zudem Pflichten für die Veranstalter vorgesehen.

⁵² [Medienmitteilung vom 28.02.2020](#), zuletzt besucht am 29. März 2020.

⁵³ [Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus \(COVID-19\) \(COVID-19-Verordnung 2\) vom 13. März 2020](#); SR 818.101.24.

⁵⁴ Art. 6 COVID-19-Verordnung 2 (Fassung vom 13. März 2020).

⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Anhang I und Art. 5 COVID-19-Verordnung 2 (Fassung vom 13. und 16. März 2020). Mittlerweile bestehen Einschränkungen auf dem Land- und Luftweg für alle Schengen-Staaten ausser dem Fürstentum Liechtenstein sowie für alle übrigen Staaten.

- 28 Am 16. März stufte der Bundesrat anlässlich einer ausserordentlichen Sitzung die Situation in der Schweiz neu als **ausserordentliche Lage** gemäss Epidemienengesetz ein. Die COVID-19-Verordnung 2 stützte sich entsprechend ab der Fassung vom 17. März 2020 nur noch auf Art. 7 EpG.⁵⁶

Zu den einschlägigen Rechtsgrundlagen

Bevor der Bundesrat die Situation in der Schweiz als ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 EpG einstuft, stützte sich die COVID-19-Verordnung 2 nicht nur auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG, sondern zog als Rechtsgrundlage gleichermassen Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV heran. Dies war notwendig, weil im Rahmen der besonderen Lage der Massnahmenkatalog unter Art. 6 Abs. 2 EpG abschliessend ist. Die darüber hinausgehenden Massnahmen mussten daher auf konstitutionelles Notstandsrecht abgestützt werden.

Nach Feststellung der ausserordentlichen Lage änderte sich auch die Frage nach der Rechtsgrundlage der COVID-19-Verordnung 2, da Art. 7 EpG eine ausreichende gesetzliche Delegationsnorm zugunsten des Bundes darstellt. Art. 7 EpG bleibt aber nur Rechtsgrundlage für Massnahmen, die unmittelbar die Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten betreffen. Alle nicht direkt-epidemiologischen Folge- bzw. Begleitmassnahmen, die der Bundesrat im Hinblick auf die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Ausbreitung des Coronavirus und der dagegen ergriffenen staatlichen Massnahmen getroffen hat, stützen sich – vorbehältlich anderer gesetzlicher oder verfassungsrechtlicher Grundlagen – auf Art. 185 Abs. 3 BV und stellen somit Polizeinotverordnungsrecht dar.⁵⁷

⁵⁶ Im Nachfolgenden stützte sich die COVID-19-Verordnung 2 zusätzlich noch auf das FZA und den Schengener Grenzkodex. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Bundesrat im Anschluss Massnahmen zur Einschränkung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs beschlossen hat (Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Anhang II COVID-19-Verordnung 2).

⁵⁷ Hierbei handelt es sich um die Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen ([COVID-19-Verordnung Miete und Pacht](#)) vom 27. März 2020, SR. 221.213.4; Verordnung über Massnahmen im Bereich der Stellenmeldepflicht im Zusammenhang mit dem Coronavirus ([COVID-19-Verordnung Stellenmeldepflicht](#)) vom 25. März 2020, SR. 823.115; Verordnung über die Verwendung von Arbeitgeberbeitragsreserven für die Vergütung der Arbeitnehmerbeiträge an die berufliche Vorsorge im Zusammenhang mit dem Coronavirus ([COVID-19-Verordnung berufliche Vorsorge](#)) vom 25. März 2020, SR. 831.471; Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) ([COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung](#)) vom 25. März 2020, SR. 837.033; Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus ([COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung](#)) vom 25. März 2020, SR. 951.261; Verordnung über Begleitmassnahmen im Sportbereich zur Abfederung der Folgen von Massnahmen des Bundes zur Bekämpfung des Coronavirus ([COVID-19-Verordnung Sport](#)) vom 20. März 2020, SR. 415.021; Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor ([COVID-Verordnung Kultur](#)) vom 20. März 2020, SR. 442.15; Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) ([COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)) vom 20. März 2020, SR. 830.31; Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Abrechnung der

Ein kontroverser Aspekt bei den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen betrifft die zeitliche Befristung der Massnahmen: Unbestritten ist zunächst, dass gemäss Art. 7d Abs. 2 RVOG⁵⁸ Polizeinotverordnungen, die sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützen, sechs Monate nach ihrem Inkrafttreten ausser Kraft treten, sofern der Bundesrat nicht innert dieser Zeitperiode einen Entwurf einer gesetzlichen Grundlage oder einer Verordnung der Bundesversammlung unterbreitet. Unklar ist dagegen, ob diese Befristung auch für Massnahmen gilt, die der Bundesrat direkt gestützt auf das EpG erlässt. In Bezug auf die Befristung einer Verordnung gestützt auf Art. 7 EpG und der Fristenregel nach Art. 7d Abs. 2 RVOG scheinen sich zwei Auslegungsordnungen anzubieten.

Auf der einen Seite könnte argumentiert werden, dass Art. 7 EpG eine besondere gesetzliche Grundlage für eine dringliche Verordnung darstellt und somit als *lex specialis* vorgeht. In dieser Optik würde die COVID-19-Verordnung 2 nicht automatisch nach sechs Monaten ausser Kraft treten. Denn im Gegensatz zu verfassungsunmittelbaren Verordnungen stütze sie sich auf eine im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassene Delegationsnorm und verfügt damit über eine explizite Grundlage in einem Bundesgesetz. Ohne die in Art. 12 Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2 verankerte maximale Geltungsdauer von sechs Monaten könnte die Verordnung demnach solange in Kraft bleiben, wie die ausserordentliche Lage andauert oder bis die Bundesversammlung gestützt auf Art. 173 BV eigene, abweichende Vorkehren trifft.

Auf der anderen Seite kann diese Lesart – gerade vor dem Hintergrund der weitgehenden Zurückdrängung der Rolle der Bundesversammlung – mit dem Argument zurückgewiesen werden, dass Art. 7 EpG lediglich als eine Verweisungsnorm auf Art. 185 Abs. 3 BV aufzufassen ist. Verordnungen wie die COVID-19-Verordnung 2, die sich auf Art. 7 EpG stützen, sind demnach ebenfalls an die Anwendungsschranken von Art. 185 Abs. 3 BV gebunden und der konkretisierenden Regelung von Art. 7d Abs. 2 RVOG unterstellt.

Die Materialien zum EpG äussern sich nicht explizit zur maximalen Geltungsdauer von Verordnungen nach Art. 7 EpG im Verhältnis zu Art. 7d Abs. 2 RVOG. In der Botschaft zur Revision des EpG wird bloss – aber immerhin – Bezug auf die parlamentarische Initiative «Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen

Sozialversicherungsbeiträge vom 20. März 2020, SR. 831.101 und Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) ([COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung](#)) vom 20. März 2020, SR. 837.033.

⁵⁸ [Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz \(RVOG\) vom 21. März 1997](#), SR 172.010.

Lagen»⁵⁹ genommen, die u.a. mit der in Art. 7d Abs. 2 RVOG verankerten zeitlichen Befristung von Polizeinotverordnungsrecht «die Wiederherstellung der normalen demokratischen Kompetenzordnung bzw. eine bessere Wahrnehmung der Oberaufsicht der Bundesversammlung gewährleisten» wollte.⁶⁰ Diese generellen Ausführungen in der Botschaft zur Wirkungsweise der angenommenen parlamentarischen Initiative könnten unseres Erachtens indizieren, dass die Befristung nach Art. 7d Abs. 2 RVOG auch für Verordnungen in der ausserordentlichen Lage Anwendung finden sollten.

IV. Restkompetenzen der Kantone

1. Ausgangslage

- 29 Bei Art. 118 Abs. 2 lit. b BV handelt es sich um eine **konkurrierende Bundeskompetenz**.⁶¹ Daher gilt kantonales Recht, solange und soweit der Bund seinerseits nicht rechtsetzerisch tätig geworden ist.⁶² Folglich bleiben die Kantone, da es sich dabei nicht um eine ausschliessliche Kompetenz des Bundes handelt, für alle Bereiche zuständig, für die der Bund nicht eine abschliessende Regelung getroffen hat. Sie können also auch im Bereich der Bekämpfung der Epidemie Massnahmen vorsehen, wenn die Bundesregelung Raum dafür lässt. Kantonale Vorschriften dürfen gemäss Rechtsprechung weder gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen noch dessen Zweck beeinträchtigen oder vereiteln.⁶³
- 30 Regelt der Bund nun im Rahmen seiner Zuständigkeit einen Teilbereich, derogieren diese Bestimmungen entgegenstehendes kantonales Recht nachträglich (vgl. auch **Art. 49 BV**). Der Bundesgesetzgeber hat seine Kompetenz im Bereich der Bekämpfung von Epidemien zwar weitgehend ausgeschöpft (N 12), kantonales Recht ist für alle anderen Bereiche des Gesundheitswesens sowie für allfällige Restkompetenzen im Bereich des Umgangs mit der Epidemie aber weiter zu beachten.
- 31 Nur wenn das Bundesrecht in einem Bereich sowohl umfassenden als auch ausschliesslichen Charakter hat, verlieren die Kantone ihre Kompetenzen zur Setzung von ergänzendem

⁵⁹ [Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates](#) (BBl 2010 1563).

⁶⁰ [Botschaft zur Revision des EpG](#) (Fn. 17), S. 365 f.

⁶¹ Statt vieler POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 12.

⁶² Statt vieler POLEDNA, SGK BV (Fn. 5), Art. 118 N 12.

⁶³ [BGE 138 I 468](#) E. 2.3.1. Siehe zum Ganzen BIAGGINI, BV-Komm. (Fn. 6), Art. 49 N 12.

Recht.⁶⁴ Ist eine Bundesregelung für einen bestimmten Bereich als abschliessend zu erachten, bleibt kantonales Recht in demselben Bereich unter zwei Konstellationen zulässig: Einerseits, wenn es nachweislich andere Ziele verfolgt und die Regelungsziele des Bundes dadurch nicht vereitelt oder unterlaufen werden, oder andererseits, wenn das kantonale Recht die Wirksamkeit der Bundesregelung ergänzen oder verstärken will.⁶⁵ Nur wenn die Bundesregelung für einen bestimmten Bereich sowohl umfassenden als auch ausschliesslichen Charakter hat, entfallen die kantonalen Kompetenzen zu ergänzender Rechsetzung vollständig.⁶⁶

- 32 Die COVID-19-Verordnung 2 wirft einige Fragen betreffend das Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht auf. Die relevanten Bestimmungen (Art. 1a und Art. 7e) sollen im Folgenden aus verfassungsrechtlicher Sicht geprüft werden. Schliesslich soll aufgezeigt werden, in welchen Bereichen den Kantonen eine Restkompetenz verbleibt.

2. Zuständigkeit der Kantone (Art. 1a und Art. 1b COVID-19-Verordnung 2)

- 33 Die COVID-19-Verordnung 2 wurde am 16. März u.a. mit **Art. 1a** ergänzt. Diese Bestimmung äussert sich in allgemeiner Weise zur Zuständigkeit der Kantone. Sie lautete in ihrer ersten Fassung: *Soweit die Verordnung nichts anders bestimmt, behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten*. Infolge einer Teilrevision der COVID-19-Verordnung 2 wurde der Wortlaut dieser Bestimmung wie folgt geändert: *Soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt, bleiben die Kantone zuständig*.⁶⁷ Dabei dürfte es sich bloss um eine reine sprachliche Anpassung handeln.
- 34 Im Folgenden soll die Bedeutung von Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 für die Zuständigkeit der Kantone genauer betrachtet werden. In seinen Erläuterungen führt das BAG zu Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 aus, dass, sofern für einen Bereich eine Bundesregelung bestehe, diese abschliessend sei. Art. 1a enthalte die Feststellung, dass die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten nach wie vor tätig sein dürften, sofern diese Verordnung keine Vorgaben mache.⁶⁸ Die Kantone haben in den durch die vorliegende COVID-19-Verordnung 2 regulierten Bereichen keinen Handlungsspielraum mehr, vielmehr müssen sie einen

⁶⁴ Z.B. [BGE 140 II 46](#) E. 2.5.1; [BGE 139 I 242](#) E. 3.2.

⁶⁵ WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 19 m.w.H. auf [BGE 130 I 82](#) E. 2.2, 3.7 und [BGE 128 I 295](#) E. 3b, 3f.

⁶⁶ [BGE 128 I 295](#) E. 2.2.

⁶⁷ Änderung vom 1. April 2020, [AS 2020 1131](#).

⁶⁸ [Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus \(COVID-19-Verordnung 2\), Fassung vom 3. April 2020](#) (Stand: 4. April 2020), S. 2.

Vollzugauftrag des Bundes erfüllen.⁶⁹ Die kantonalen Vollzugsbehörden dürfen mit ihren Vollzugshandlungen die Bundesratsverordnung nicht unterlaufen.⁷⁰

- 35 Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 kann dahingehend ausgelegt werden, dass sie Raum für kantonale Regulierungen in Bereichen belassen will, welche einerseits von der Verordnung nicht geregelt werden und andererseits von der Verordnung zwar geregelt werden, aber nicht in abschliessender Weise. Kantonale Massnahmen wären demnach auch in Bereichen möglich, die unter die Verordnung fallen, von dieser aber nicht abschliessend geregelt werden. Damit wäre auch die Idee der Subsidiarität berücksichtigt. Mit anderen Worten kann Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 als **Vorbehalt zugunsten der Kantone** ausgelegt werden.
- 36 Die Erläuterungen des BAG zu Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 sowie vereinzelte Massnahmen auf kantonaler Ebene zeigen, dass es im Zusammenhang mit dieser Bestimmung zu **Anwendungsschwierigkeiten** kommen kann.⁷¹ Die Bestimmung selbst gibt und kann keine Antwort darauf geben, in welchen Fällen die COVID-19-Verordnung 2 «etwas anderes» bestimmt. Die Verordnung kann einen Bereich entweder explizit oder implizit⁷² abschliessend regeln. Ob dies der Fall ist, muss für jeden betroffenen Bereich im Einzelfall mittels Auslegung erörtert werden.⁷³

Ein Kanton darf z.B. die Lebensmittelläden nicht schliessen, weil Art. 6 Abs. 3 lit. a COVID-19-Verordnung 2 die Schliessung solcher Läden explizit von den zu schliessenden Einrichtungen ausnimmt.⁷⁴ Regeln können die Kantone demgegenüber bspw. die Modalitäten von Besuchen in Altersheimen (Besuchszeiten, Besuchsverbote etc.), da die COVID-19-Verordnung 2 diesbezüglich keine Vorgaben enthält.⁷⁵

Mehr Schwierigkeiten in der Anwendung dürften Bereiche bereiten, welche die COVID-19-Verordnung 2 implizit abschliessend regelt. Als implizit abschliessend erachtet wird namentlich die Regelungen der Präsenz im öffentlichen Raum.⁷⁶ In diesen Bereichen können sich Unklarheiten bezüglich des Verhältnisses zwischen kantonalen Massnahmen und dem Bundesrecht ergeben.

- 37 Neu hinzugekommen ist am 1. April zudem Art. 1b COVID-19-Verordnung 2 über den Vollzug.⁷⁷ Demnach überwachen die Kantone die Einhaltung der Massnahmen auf ihrem Gebiet, soweit nicht der Bund für den Vollzug zuständig ist. Dabei dürfte es sich nicht um eine

⁶⁹ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 2.

⁷⁰ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 2.

⁷¹ Vgl. für konkrete Beispiele N 42 ff.

⁷² In den [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 2, wird von einem «qualifizierten Schweigen» gesprochen.

⁷³ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 2 f.

⁷⁴ So auch das Beispiel in [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 2.

⁷⁵ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 3. Verschiedene Kantone haben denn auch ein Besuchsverbot für Spitäler, Alters- und Pflegeheime sowie Invalideinrichtungen erlassen (bspw. die Kantone [Tessin](#) oder [Zürich](#)).

⁷⁶ Siehe ausdrücklich die [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 3.

⁷⁷ Änderung vom 1. April 2020, [AS 2020 1131](#).

inhaltliche Neuerung, sondern um eine **Wiederholung von Art. 75 EpG** handeln. Somit fällt der Vollzug grundsätzlich in die kantonale Zuständigkeit, soweit der Bund nicht selbst zuständig ist (siehe N 23 ff.). Art. 1b COVID-19-Verordnung 2 lässt folglich keinen Raum im Sinne eines Vorbehalts zugunsten der Kantone, sondern regelt die Aufgabenzuweisung direkt. Damit dürfte die Aufgabenteilung zwischen dem Erlass von Massnahmen (grundsätzlich wahrgenommen durch den Bund) sowie deren Umsetzung (grundsätzlich wahrgenommen durch die Kantone) weiter verdeutlicht werden. Eine Präzisierung bezüglich des Verhältnisses der Bundesratsverordnung zum kantonalen Recht findet sich auch in Art. 7e COVID-19-Verordnung 2, welcher im folgenden Abschnitt behandelt wird.

3. Ausnahmen für Kantone in besonderen Gefährdungslagen (Art. 7e COVID-19-Verordnung 2)

- 38 Mit Beschluss vom 27. März hat der Bundesrat Ausnahmen für Kantone in besonderen Gefährdungslagen (sog. **Krisenfenster**) in die COVID-19-Verordnung 2 aufgenommen. Art. 7e der Verordnung sieht vor, dass der Bundesrat auf begründetes Gesuch hin einen Kanton ermächtigen kann, für eine begrenzte Zeit und für bestimmte Regionen eine Einschränkung oder Einstellung der *Tätigkeit bestimmter Wirtschaftsbranchen* anzuordnen, sofern in diesem Kanton aufgrund der epidemiologischen Situation eine besondere Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung besteht (Art. 7e Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2).
- 39 Der Bundesrat kann unter folgenden **kumulativen Voraussetzungen** diese Gesuche ganz oder teilweise bewilligen: Bedingung ist zunächst, dass der betroffene Kanton auch nach Unterstützung durch andere Kantone nicht über ausreichende Kapazitäten in der Gesundheitsversorgung verfügt. Weiter muss eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die betroffenen Branchen nicht in der Lage sind, die Empfehlungen des Bundes zur Hygiene und zum Abstandhalten nach Art. 7d Abs. 1 der Verordnung umzusetzen. Ausserdem müssen die Sozialpartner den vorgesehenen kantonalen Massnahmen zustimmen und die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern des täglichen Bedarfs sowie der Gesundheitseinrichtungen gewährleistet bleiben. Schliesslich ist erforderlich, dass die Funktionsfähigkeit der betroffenen Wirtschaftsbranchen durch das Ausbleiben von Grenzgängern beeinträchtigt ist (Art. 7e Abs. 2 lit. a–lit. e COVID-19-Verordnung 2).

Die letzte Voraussetzung trägt dem Umstand Rechnung, dass ganze Wirtschaftsbranchen eines Kantons aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung mit dem Ausland in ihrer Funktionsfähigkeit wesentlich beeinträchtigt sein können. Dies kann zum eintreten, wenn ganze Wirtschaftsbranchen im Nachbarland geschlossen werden und kantonale Wirtschaftssektoren oder

Betriebe davon in beträchtlicher Weise betroffen sind.⁷⁸ Zum anderen bezieht sich die Voraussetzung auch auf eine starke Beeinträchtigung des Arbeitsmarkts, wenn eine betroffene Branche eine grosse Anzahl von Grenzgängern beschäftigt, deren Arbeitskraft aufgrund der epidemiologischen Notlage ausbleibt.⁷⁹

- 40 Wenn die vom Kanton getroffenen Massnahmen indes über die bundesrätliche Ermächtigung hinausgehen, entfällt gemäss Art. 7e Abs. 3 COVID-Verordnung 2 die Möglichkeit der Kurzarbeitszeitentschädigung des Bundes. Ferner kann der Bundesrat einzelne Wirtschaftsbranchen oder Betriebe, die für die Verfügbarkeit von wesentlichen Gütern und Dienstleistungen relevant sind, von den kantonalen Massnahmen ausnehmen (Art. 7e Abs. 4 COVID-19-Verordnung 2). Schliesslich besteht für betroffene Betriebe die Möglichkeit, dass sie ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten fortführen, wenn sie gegenüber dem kantonalen Arbeitsinspektorat glaubhaft machen können, dass sie die Präventionsmassnahmen nach Art. 7d Abs. 1 der Verordnung erfüllen (Art. 7e Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2).
- 41 Der Beschluss des Bundesrats zur Einführung von Ausnahmen für Kantone in besonderen Gefährdungslagen sah vor, dass die in Art. 7e Abs. 1-3 der Verordnung enthaltenen Bestimmungen rückwirkend vom 21. März an in Kraft getreten sind. Art. 7e Abs. 4 und 5 traten hingegen am Folgetag der Beschlussfassung in Kraft.⁸⁰

V. Prüfung einzelner kantonaler Regelungen

1. Ausgangsbeschränkung für Personen über 65 Jahre

- 42 Der kantonale Führungsstab von Uri ordnete am 19. März eine Ausgangsbeschränkung für Personen über 65 Jahre als Sofortmassnahme an.⁸¹ Er erachtete sich hierzu aufgrund der zu diesem Zeitpunkt geltenden COVID-19-Verordnung 2 berechtigt.⁸²
- 43 Infolge einer zwischenzeitlichen Änderung der COVID-19-Verordnung 2 am 20. März hob der Regierungsrat die Ausgangsbeschränkung nur einen Tag später wieder auf. Nach Auffassung des Regierungsrats regle die Verordnung in ihrer neuen Fassung die Nutzung des

⁷⁸ Vgl. [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 27, wonach davon auszugehen sei, dass eine wesentliche Beeinträchtigung einer Branche dann vorliegt, wenn mindestens 30 Prozent ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Grenzgänger sind.

⁷⁹ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 27.

⁸⁰ Änderung vom 27. März 2020, [AS 2020 1101](#).

⁸¹ [Stellungnahme Regierungsrat UR vom 21. März 2020](#). Vgl. auch den hierzu veröffentlichten [Flyer](#).

⁸² [Stellungnahme Regierungsrat UR vom 21. März 2020](#).

öffentlichen Raums abschliessend und der Spielraum der Kantone werde auf ein Minimum reduziert.⁸³

- 44 Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 äussert sich zur **Nutzung des öffentlichen Raums**. Gemäss Abs. 1 sind Menschenansammlungen von mehr als fünf Personen im öffentlichen Raum (namentlich auf öffentlichen Plätzen, auf Spazierwegen und in Parkanlagen) verboten. Bei Versammlungen von bis zu fünf Personen ist gegenüber anderen Personen ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten (Abs. 2). Die Polizei und weitere durch die Kantone ermächtigte Vollzugsorgane sorgen für die Einhaltung der Vorgaben im öffentlichen Raum (Abs. 3).
- 45 Fraglich ist, ob eine Ausgangsbeschränkung – generell oder partiell nur mit Geltung für eine bestimmte Altersgruppe – mit Bundesrecht vereinbar ist. Neben ihrer Verfassungsmässigkeit, namentlich ihrer Grundrechtskonformität, ist folgend zu prüfen, ob die COVID-19-Verordnung 2 Raum für solche kantonalen Massnahmen lässt.
- 46 Die COVID-19-Verordnung 2 äussert sich zwar explizit zur Präsenz im öffentlichen Raum; ob sie dadurch den Bereich indes abschliessend regelt, ist unseres Erachtens auslegungsbedürftig. Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 verbietet Menschenansammlungen von mehr als fünf Personen im öffentlichen Raum (Abs. 1). Beispielhaft wird aufgezählt, dass unter den öffentlichen Raum namentlich öffentliche Plätze, Spazierwege und Parkanlagen fallen.
- 47 Der Bestimmtheitsgrad von Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 spricht dafür, dass der Bund (Bundesrat) die Präsenz im öffentlichen Raum **implizit abschliessend** geregelt hat.⁸⁴ So werden verschiedene Konstellationen (Gruppen mit mehr als fünf Personen und weniger als fünf Personen) geregelt und beispielhaft aufgezählt, an welchen Orten das Versammlungsverbot Geltung haben soll. Dahingehend sind zudem nicht nur die Äusserungen seitens des Bundes zu verstehen, sondern auch die Reaktion der Kantone, welche den Entscheid des Bundesrates zu akzeptieren scheinen. Klar ist auch die Erläuterung des BAG zu Art. 7c COVID-19-Verordnung 2, wonach die Regelung des Verhaltens von Personen auf öffentlichem Grund abschliessend sei, d.h. für die Kantone kein Raum für zusätzliche Bestimmungen wie etwa ein Ausgangsverbot bleibe.⁸⁵

⁸³ [Stellungnahme Regierungsrat UR vom 21. März 2020.](#)

⁸⁴ In diesem Sinne auch die [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 3.

⁸⁵ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 25.

- 48 Demnach widerspricht ein kantonales Ausgangsverbot Bundesrecht. Nicht abschliessend geregelt ist hingegen die Nutzung von öffentlichen Einrichtungen, die nicht unter Art. 6 der Verordnung fallen; so können Kantone z.B. einzelne Parks schliessen.⁸⁶

Auch der Tessiner Regierungsrat entschied am 20. März 2020 ähnlich, dass besonders gefährdete Personen, namentlich über 65-Jährige, nicht mehr einkaufen gehen dürfen. Der Entscheid wurde am 27. März 2020 erneuert und sogar dahingehend präzisiert, dass nun das Alter der Einkaufenden am Eingang von Supermärkten überprüft werden darf.⁸⁷ Die Vorgabe, dass bestimmte Personen nicht mehr einkaufen gehen dürfen, lehnt sich dabei stark an die Formulierung der Empfehlungen des BAG an. Die rechtliche Tragweite der Tessiner Vorgabe erscheint aber unklar. Vom Wortlaut ausgehend könnte es sich um eine Empfehlung handeln, was weitgehend unproblematisch wäre, zumal sie die Empfehlungen des BAG aufgreift. Der am 27. März eingeführte Zusatz suggeriert aber, dass es sich um eine rechtlich durchsetzbare Vorschrift handelt. Dies wäre unseres Erachtens bundesrechtswidrig, da der Bund Ansammlungen im öffentlichen Raum implizit abschliessend regelt. Zudem könnte die Tessiner Vorschrift aus grundrechtlicher Sicht problematisch sein. Namentlich könnte man darin eine Verletzung des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) erkennen.

2. Schliessung bestimmter Gewerbebezüge

- 49 Das sog. **Krisenfenster** in Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 ist Ergebnis einer vorausgegangenen Unstimmigkeit zwischen dem Kanton Tessin und den Bundesbehörden. Angesichts der raschen Ausbreitung des Virus und der Zunahme der COVID-19 Fälle auf dem Tessiner Kantonsgebiet entschied die Tessiner Kantonsregierung am 20. März 2020, weitere Massnahmen zu erlassen. Diese betrafen u.a. die befristete Schliessung aller Baustellen und Industriebetriebe, die nicht im Gesundheitsbereich tätig sind oder lebensnotwendige Güter produzieren.⁸⁸ Dem kantonalen Führungsstab wurde die Befugnis übertragen, die Öffnung einzelner Betriebe oder Branchen zu genehmigen, wenn offensichtliche Notfälle, technische Notwendigkeiten oder ein überwiegendes öffentliches Interesse vorhanden sind.⁸⁹

⁸⁶ [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 25.

⁸⁷ [Beschluss des Staatsrates vom 27. März 2020](#), RG 1651, N 4. Im Wortlaut: «*Per le persone che hanno compiuto 65 anni e per i gruppi definiti vulnerabili e quindi particolarmente esposti al rischio di complicazioni gravi che possono metterne in pericolo la vita, è disposto quanto segue: [...] – per gli acquisti sono invitati a farsi aiutare da parenti o a usufruire dei servizi comunali appositamente organizzati per la consegna a domicilio della spesa; è di conseguenza fatto loro esplicito divieto di recarsi personalmente a effettuare acquisti; le attività commerciali sono autorizzate a controllare i documenti d'identità degli utenti per accertarne l'età e il diritto di accesso direttamente o tramite agenzie private di sicurezza autorizzate.*». Mit [Beschluss des Staatsrates vom 2. April 2020](#), RG 1717, N 6, wurden diese Massnahmen bis zum 13. April 2020 verlängert.

⁸⁸ [Beschluss des Staatsrates vom 20. März 2020](#), RG 1570, N 6 und N 11 (in der aktuellsten Fassung: [Beschluss des Staatsrates vom 2. April 2020](#), RG 1712, N 6); [Medienmitteilung des Staatsrats vom 21. März: Coronavirus: misure a tutela della popolazione.](#)

⁸⁹ [Beschluss des Staatsrates vom 20. März 2020](#), RG 1570, N 6 und N 16 (in der aktuellsten Fassung: [Beschluss des Staatsrates vom 2. April 2020](#), RG 1712, N 6 und N 16).

Der Bund äusserte sich zu diesem Alleingang des Kantons Tessin sehr kritisch. Der Direktor des Bundesamts für Justiz (BJ), Martin Dummermuth, hielt in einer Pressekonferenz am 23. März fest, dass die generelle Schliessung sämtlicher Baustellen und Industriebetrieben nicht mit Bundesrecht vereinbar sei.⁹⁰ Man stehe in Gesprächen mit der Tessiner Regierung und versuche, eine Lösung zu finden.⁹¹ Trotz dieser klaren rechtlichen Einschätzung auf Seiten des Bundes entschied der Staatsrat des Kantons Tessin gleichentags, an den beschlossenen Massnahmen festzuhalten, welche seiner Auffassung nach den Besonderheiten im Kanton Tessin gegenüber der Situation in anderen Kantonen Rechnung tragen.⁹² Das *Ufficio presidenziale* des Grossen Rats⁹³ brachte in einem Brief an den Bundesrat seine Unterstützung und sein Vertrauen für den Beschluss des Staatsrats zum Ausdruck.⁹⁴

Das Tessiner Festhalten an den weitergehenden Massnahmen zeigte offenbar Wirkung: Anstatt darauf zu beharren, dass die generelle Schliessung von Betrieben und Baustellen im Kanton Tessin bundesrechtswidrig ist, und den Kanton aufzufordern, einen rechtskonformen Zustand zu schaffen, entschied sich der Bundesrat mit dem am 27. März 2020 eingeführten Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 für eine Kompromisslösung. Die entsprechenden kantonalen Massnahmen wurden also nachträglich legalisiert.⁹⁵

- 50 Der Bundesrat sorgte mit Einführung von Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 insoweit für Rechtssicherheit, als dass kantonale Ausnahmen für Massnahmen zur kurzzeitigen Einschränkung oder Einstellung von Tätigkeiten bestimmter Wirtschaftsbranchen so präzise umschrieben wurden, dass nun **explizit Restkompetenzen der Kantone in diesem Bereich ausgeschlossen sind**. Diese Verordnungsbestimmung könnte auf den ersten Blick als ein Entgegenkommen zugunsten der Kantone, die mit einer besonderen epidemiologischen Situation konfrontiert sind, gewertet werden. Die in Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 verankerten Voraussetzungen sind jedoch so eng gehalten, dass sie – gerade aufgrund des Erfordernis eines grenzüberschreitendes Element – kaum ein anderer Kanton erfüllen kann.⁹⁶ Der Bundesrat hat demnach eine eigentliche *Lex Ticino* geschaffen und gleichzeitig den regulatorischen

⁹⁰ Bundesrechtswidrig sei darüber hinaus auch die Tessiner Spezialregelung in Bezug auf Hotels, da die Bestimmung weiter als die Bundesregelung gehe. Siehe dazu [Beschluss des Staatsrates vom 20. März 2020](#), RG 1570, N 3 und Art. 6 Abs. 3 lit. n COVID-19-Verordnung 2 (in der aktuellsten Fassung: [Beschluss des Staatsrates vom 2. April 2020](#), RG 1712, N 3).

⁹¹ Rechtlich gesehen sei die Lage klar, da die einzelnen Betriebe sich auf dem Rechtsweg gegen den Tessiner Beschluss wehren könnten. Im Vordergrund stehe aber eine Lösung die der «Vollzugsrealität» Rechnung trage, weshalb auch Gespräche mit dem Kanton Tessin am Laufen seien. Vgl. zum Ganzen [Pressekonferenz vom 23. März 2020](#).

⁹² Vgl. die Medienmitteilung des [Staatsrats vom 23. März 2020](#). Ferner SCHÖCHLI HANSUELI/WYSLING ANDRES, Tessin schliesst Industrie weitgehend, in: NZZ vom 23. März 2020, S. 1.

⁹³ Das *Ufficio presidenziale* repräsentiert die Legislative und setzt sich aus einem Präsidenten, einem ersten und zweiten Vizepräsidenten und den Vorsitzenden der jeweiligen parlamentarischen Gruppierungen zusammen.

⁹⁴ [Brief](#) des *Ufficio presidenziale* des Grossen Rats an den Bundesrat vom 24. März 2020.

⁹⁵ Im Nachgang dazu hat der Kanton Tessin die generelle Schliessung der Baustellen bis zum 5. April 2020 verlängert. Siehe dazu [Beschluss des Staatsrates vom 27. März 2020](#), RG 1649, N 19. Mit Beschluss des [Staatsrates vom 2. April 2020](#), RG 1712, N 19, wurde diese Massnahme bis zum 13. April 2020 verlängert.

⁹⁶ Allenfalls kämen noch die Kanton Basel-Stadt und Genf in Frage. Siehe dazu SCHÄFER FABIAN, Eine «Lex Ticino» im Kampf gegen das Virus, in: NZZ vom 28. März 2020, S. 11.

Handlungsspielraum der Kantone im Bereich der Baustellen und der Industrie praktisch auf Null reduziert.

Die Schaffung einer abschliessenden Bundesregelung in Etappen

Ist die Frage der kantonalen Restkompetenzen bei Tätigkeiten im Baugewerbe und in der Industrie in Bezug auf den aktuellen Rechtszustand abschliessend geklärt, so zeigen die Vorstufen bis zur Einführung von Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 exemplarisch auf, inwiefern die Frage nach kantonalen Restkompetenzen im Einzelfall genau zu prüfen sind. Folgender Rückblick zeichnet die Entwicklung der kantonalen Restkompetenzen in Bezug auf weitergehende Massnahmen im Bereich der Baustellen und der Industrie vor Einführung von Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 auf.

In ihrer ursprünglichen Fassung vom 13. März 2020 enthielt die COVID-19-Verordnung 2 **keine Bestimmung** zu Baustellen, Gewerbe und Industrie. Mit anderen Worten schwieg die Verordnung zu diesem Sachverhalt. Im Lichte einer allfälligen kantonalen Restkompetenz stellte sich somit die Frage, wie das Schweigen des Bundesrats auszulegen war. Zum einen konnte dies bedeuten, dass dieser Regulierungsbereich tatsächlich ausserhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung lag und der Bund so den Kantonen einen gewissen regulatorischen Spielraum überlassen wollte. Zum anderen konnte es sich auch um eine implizit abschliessende Regelung handeln, was bedeutet hätte, dass der Bundesrat diesen Sachbereich für abschliessend geregelt erachtet hat und den Kantonen keinen Raum für zusätzliche Regelungen einräumen wollte.

Im Kontext einer dringlichen Verordnung, die auf eine nationale Bedrohungslage reagieren muss, bringt die Auslegung eines Schweigens eine Reihe von besonderen Herausforderungen mit sich: Namentlich lässt sich in Ermangelung von Materialien nicht ermitteln, ob spezifische Fragen der Kompetenzaufteilung und zur abschliessenden Regelung in Bezug auf einzelne Sachbereiche überhaupt eingehend erörtert wurden. Konnte man in letzter Zeit in diversen Medienberichten über die Bedeutung von schweizweit einheitlichen Regeln vernehmen, so kann dies für sich allein noch keine Vermutung zugunsten einer abschliessenden Bundesregelung darstellen. Vielmehr muss der einzelne Sachbereich anhand der konkreten Regelungsabsichten analysiert werden, wobei – wie weiter oben dargelegt wurde – bei

Sachbereichen ausserhalb der COVID-19-Verordnung 2 aufgrund von Art. 1a ein Vorbehalt zugunsten der Kantone besteht.⁹⁷

Dass einige Kantone dieses Schweigen als eine Restkompetenz zur Regelung der Baustellen und Industrie auffassten, zeigt sich daran, dass sie in diesem Stadium eigenständige Massnahmen erlassen haben.⁹⁸ So hat namentlich der Staatsrat des Kantons Genf am 18. März 2020 beschlossen, dass die Baustellen im Kanton aus dringlichen Gründen des Gesundheitsschutzes vorübergehend und in genereller Weise geschlossen werden und dass diese generelle Schliessung bis spätestens 20. März 2020 umzusetzen sei.⁹⁹ Auch im Kanton Waadt wurde mit einem Beschluss des Staatsrats vom 18. März 2020 der Weiterbetrieb von Baustellen von der Einhaltung der von den Gesundheitsbehörden auferlegten Vorschriften zu Hygiene und sozialer Distanz abhängig gemacht.¹⁰⁰ Der Bundesrat reagierte auf die durch sein Schweigen entstandene Unklarheit und nahm mit Änderung vom 20. März 2020 eine Bestimmung zu Baustellen, Gewerbe und Industrie in die Verordnung auf. Die Bestimmung verpflichtet die Arbeitgeber im Bauhaupt- und -nebgewerbe¹⁰¹ und in der Industrie, die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstandhalten einzuhalten (Art. 7d Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2). Weiter sieht die Verordnungsbestimmung vor, dass die zuständigen kantonalen Behörden im Einzelfall Betriebe oder Baustellen schliessen können, wenn diese die Präventionsmassnahmen in Bezug auf Hygiene und sozialer Distanz nicht einzuhalten vermögen (Art. 7d Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2). Die explizite Regelung des Baugewerbes und der Industrie auf Verordnungsebene verändert die Ausgangslage zur Beurteilung einer möglichen Restkompetenz der Kantone in diesem Bereich erheblich: Es stellt sich nun die Frage, ob die Verordnungsbestimmung explizit abschliessend ist, womit eine kantonale Restkompetenz hinfällig würde. Zieht man die Erläuterungen des BAG heran, so wird klar, dass sich Art. 7d COVID-19-Verordnung 2 nicht nur auf den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und auf die Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus bezieht, sondern auch

⁹⁷ Dahingehend kann auch die Äusserung des Direktors des BJ, Martin Dummermuth, gewertet werden, der anlässlich der [Pressekonferenz vom 23. März 2020](#) ausführte, dass vor der Einführung von Art. 7d COVID-19-Verordnung 2 die Diskussion offen gewesen sei und es wohl einen Spielraum für die Kantone gegeben habe.

⁹⁸ FUMAGALLI ANTONIO, Westschweizer Kantone preschen vor, in: NZZ vom 20. März 2020, S. 11.

⁹⁹ Staatsrat des Kantons Genf, [Arrêté du 18 mars 2020 concernant les chantiers sur le territoire de la République et canton de Genève](#), Art. 1.

¹⁰⁰ Staatsrat des Kantons Waadt, [Arrêté du 18 mars 2020 d'application de l'ordonnance fédérale 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus \(COVID-19\) et sur les mesures de protection de la population et de soutien aux entreprises face à la propagation du coronavirus COVID-19](#), Art. 4.

¹⁰¹ Dazu zählen massgeblich Branchen wie das Schreiner- und Malergewerbe, der Metallbau, die Gebäudetechnik und -hülle, das Elektroinstallationsgewerbe, der Gerüstbau oder die Zuliefererbranchen. M.w.H. [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 26.

die generelle Schliessung von Baustellen in der Schweiz oder in einzelnen Kantonen verhindern möchte.¹⁰² Dies ergibt sich massgeblich aus Abs. 3, der vorschreibt, dass Schliessungen von Baustellen oder Betrieben nur im Einzelfall möglich sind, wenn die Vorgaben zur Hygiene oder sozialer Distanz nicht aufrechterhalten werden können. Die Bestimmung bildet somit keine Grundlage für eine generelle Schliessung von Baustellen und Betrieben, die losgelöst von einer konkreten Überprüfung im Einzelfall beschlossen würde. In Bezug auf Schliessungen von Baustellen und Betrieben verdeutlicht somit schon **Art. 7d COVID-19-Verordnung 2, dass dieser Bereich (explizit) abschliessend durch Bundesrecht geregelt ist**. Während der Kanton Tessin sich dessen ungeachtet auf bundesrechtswidriges Terrain begab, ruderte der Genfer Staatsrat trotz Kritik¹⁰³ aus den betroffenen Branchen zurück und verkündete mit Beschluss vom 25. März 2020 die Wiedereröffnung der Baustellen unter Einhaltung der Präventionsmassnahmen.¹⁰⁴

3. Durchführung von kantonalen Parlamentsitzungen

51 Im Kanton Zürich hat die Durchführbarkeit einer Sitzung des Kantonsrats zu Fragen im Lichte der COVID-19-Verordnung 2 geführt. Nach einer erstmaligen Bewilligung durch den Kantonsrat wurde dieselbe durch die Gesundheitsdirektion wieder entzogen. Offenbar schien unklar, ob Bestimmungen der COVID-19-Verordnung 2 der Durchführung der kantonalen Parlamentsitzung entgegenstehen.¹⁰⁵ Zur Abklärung dieser Frage gab die Geschäftsleitung des Kantonsrats ein Rechtsgutachten in Auftrag, welches gemäss Medienberichten zum Schluss kam, dass die Durchführung von Parlamentsitzungen nach der COVID-19-Verordnung 2 nicht verboten ist.¹⁰⁶ Der Zürcher Regierungsrat erteilte in der Folge die Ausnahmebewilligung für die Durchführung der Sitzung. Das Parlament tagte jedoch nicht wie gewohnt

¹⁰² [Erläuterungen BAG](#) (Fn. 68), S. 26.

¹⁰³ BERNET CHRISTIAN, *Forté pression pour rouvrir les chantiers*, Tribune de Genève vom 2. April 2020, S. 8.

¹⁰⁴ Staatsrat des Kantons Genf, [Arrêté n°2 d'application de l'ordonnance fédérale 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus \(COVID-19\) et sur les mesures de protection de la population et de soutien aux entreprises face à la propagation du coronavirus COVID-19, 25 mars 2020](#), Art. 4; Siehe dazu ebenfalls die [Medienmitteilung des Staatsrats des Kantons Genfs vom 25. März 2020: COVID-19: mesures concernant les chantiers et les évacuations de locataires](#). Ausschlaggebend war vermutlich, dass eine Kurzarbeitszeitentschädigung nur bei einer bundesrechtskonformen Schliessung von Baustellen möglich ist. Betroffene Betriebe sahen sich aufgrund der unterschiedlichen Vorgaben auf kantonaler und Bundesebene mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit konfrontiert.

¹⁰⁵ Im Übrigen stellt sich diese Frage auch für die Durchführung von Parlamentsitzungen in anderen Kantonen und auf Gemeindeebene.

¹⁰⁶ Vgl. zum Ganzen HOTZ STEFAN, *Der Kantonsrat will tagen*, in: NZZ vom 25. März 2020, S. 16.

im Rathaus, sondern in einer Messehalle, wo die Empfehlungen des BAG zu Hygiene und Abstandhalten besser berücksichtigt werden konnten.

- 52 Abermals ist die Bundesverordnung auslegungsbedürftig, diesmal im Hinblick auf den Begriff der Ansammlungen. Aufgrund der fundamental wichtigen demokratischen Funktion eines Parlaments wäre unseres Erachtens eine Auslegung zu **restriktiv**, welche auch Parlamente unter das Verbot von Menschenansammlungen im öffentlichen Raum gemäss Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 subsumiert. Die Durchführung einer Parlamentsversammlung wird nicht vom Begriff der «Menschenansammlungen» erfasst.¹⁰⁷ Zudem bezieht sich der Regelungsgegenstand der Bestimmung auf Menschenansammlungen im öffentlichen Raum. Den Schwerpunkt auf den öffentlichen Raum erfüllt eine Parlamentsversammlung nicht.
- 53 Im Übrigen dürfte auch Art. 6 COVID-19-Verordnung 2 nicht einschlägig sein. Diese Bestimmung verbietet die Durchführung bestimmter öffentlicher und privater Veranstaltungen. Hier wäre abermals zu ermitteln, ob eine Parlamentssitzung überhaupt als Veranstaltung im Sinne von Art. 6 COVID-19-Verordnung 2 zu qualifizieren ist. Neben dem erneut heranzuziehenden Argument, dass ein Parlament aufgrund seiner wichtigen demokratischen Funktion kaum als eine gewöhnliche Veranstaltung, wie etwa eine Sportveranstaltung (vgl. Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2), zu verstehen ist, dürften die Veranstaltungen nach Art. 6 COVID-19-Verordnung 2 eine **Ausrichtung auf ein Publikum** voraussetzen; eine Voraussetzung, welche bei Parlamentssitzungen typischerweise nicht gegeben ist. Parlamentssitzungen fallen damit nicht unter das Verbot von Art. 6 COVID-19-Verordnung 2. Deshalb bedürfen sie zum vornherein keiner Ausnahmegewilligung nach Art. 7 COVID-19-Verordnung 2.
- 54 Die Durchführung einer Parlamentsversammlung kann unseres Erachtens als Beispiel für einen Bereich dienen, welcher **weder explizit noch implizit von Bundesrecht geregelt** wird.¹⁰⁸ Die Zuständigkeit über die Durchführung einer Parlamentsversammlung bleibt damit bei den Kantonen. Die zuständigen kantonalen Behörden können also weiterhin über die Einberufung und Organisation von kantonalen Parlamentssitzungen entscheiden.

¹⁰⁷ Prägnant wird FELIX UHLMANN zitiert: «Es kann doch nicht sein, dass jetzt alles als eine Menschenansammlung gilt» (so HOTZ STEFAN, Die Sitzung des Kantonsparlaments ist nun doch zulässig, in: NZZ vom 27. März 2020, S. 14).

¹⁰⁸ A.M. BINDER ANDREAS/HOFSTETTER DAVID/BILAND JANINA/BOLLMANN CLAUDIA, [Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2](#), in: Jusletter vom 6. April 2020, N 37 ff., wonach aufgrund einer weiten Auslegung von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2 auch Versammlungen der Legislativen auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung erfasst seien. Im Ergebnis sei die in Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 enthaltene Ausnahmeregelung zu prüfen.

Die in Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 enthaltenen Ausnahmenvoraussetzungen des öffentlichen Interesses an der Durchführung einer Versammlung und des erforderlichen Schutzkonzeptes zur Einhaltung der BAG-Empfehlungen können dabei zur (unverbindlichen) Orientierung der Kantone herangezogen werden, um darüber zu befinden, ob zum einen die Durchführung einer kantonalen Parlamentsversammlung angezeigt ist und zum anderen dem Gesundheitsschutz genügend Rechnung getragen wird.

VI. Würdigung

- 55 Bei der Epidemienbekämpfung ist der Bund für Bereiche zuständig, welche üblicherweise in die kantonale Regelungshoheit fallen. Der Bund hat seine Regelungskompetenzen mit dem Erlass des EpG ausgeschöpft. Als zentraler Ausgangspunkt zur Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten verankert das EpG ein dreistufiges Modell, welches sich aus einer normalen, einer besonderen und einer ausserordentlichen Lage zusammensetzt. Einerseits sollen dadurch die Aufgaben klar zwischen dem Bund und den Kantonen getrennt werden und andererseits Zuständigkeitskonflikte verhindert werden. Dementsprechend variiert der Handlungsspielraum des Bundesrats je nach Lage.
- 56 Das Coronavirus entwickelte sich auch in der Schweiz zu einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Gesundheit, weshalb der Bundesrat am 16. März 2020 die ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 EpG erklärte. In solche Situationen darf der Bundesrat – ähnlich wie beim konstitutionellen Notstandsrecht nach Art. 185 Abs. 3 BV – weitgehende Massnahmen über den Verordnungsweg erlassen. Die Kantone sind hauptsächlich für die Umsetzung dieser Massnahmen zuständig. Regelungsspielraum der Kantone bei der Epidemiekämpfung besteht nur noch in Bereichen, welche nicht abschliessend vom Bundesrecht reguliert sind. Das Bundesrecht übersteuert kantonales Recht und kantonale Massnahmen müssen weichen, soweit diese im Widerspruch zu denjenigen des Bundes stehen. Davon zu unterscheiden sind Massnahmen, welche auf nicht-epidemiologische Auswirkungen der Epidemie abzielen und auf andere Rechtsgrundlagen abzustützen sind. Die in solchen Bereichen bestehenden Kompetenzen der Kantone können von der COVID-19-Verordnung 2 nicht eingeschränkt werden.
- 57 Vor dem Hintergrund der verschiedenen Massnahmen des Bundes ist aus föderalistischer Sicht die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen von besonderem Interesse. Dies wirft die Frage auf, ob trotz der breiten Kompetenz des Bundesrates in der ausserordentlichen Lage noch kantonale Restkompetenzen zum Erlass von direkt-epidemiologischen Massnahmen bestehen. Wie unser Beitrag zeigen soll, bildet Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 einen zentralen Anknüpfungspunkt zur Beantwortung dieser Frage. Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 ist unseres Erachtens als Vorbehalt zugunsten der Kantone auszulegen. Die

Kantone können – unabhängig von Art. Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 – in sämtlichen Bereichen, die von der Verordnung weder explizit noch implizit abschliessend geregelt werden, eigene Massnahmen erlassen. Diese dürfen aber weder gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen noch dessen Zweck beeinträchtigen oder vereiteln.

- 58 Bei der Anwendung von Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 sind kantonrechtliche Massnahmen stets im Rahmen einer (Einzelfall-)Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit der oder den fraglichen Verordnungsbestimmungen zu untersuchen. Mittels Auslegung ist im Einzelfall zu bestimmen, ob ein Bereich durch die COVID-19-Verordnung 2 explizit oder allenfalls implizit (d.h. durch qualifiziertes Schweigen) abschliessend geregelt ist. Inwiefern eine Regelung des Bundes abschliessenden Charakter hat und dadurch keinen Raum für kantonale Erlasse lässt, ist durch Auslegung zu ermitteln. In vielen Konstellationen ist es auf den ersten Blick gerade nicht ersichtlich, welche Teilbereiche von Bundesrecht abschliessend geregelt sind.
- 59 Im Zusammenhang mit COVID-19-Verordnung 2 verschärft sich diese Problematik nochmals. Die Schwere und schwer berechenbaren Auswirkungen der Epidemie können dazu führen, dass die Massnahmen des Bundesrats gewisse Teilfragen nicht regeln oder erst im Nachgang präzisiert werden. Die Bundesverordnung entwickelt sich deshalb graduell weiter und weist eine tendenziell steigende Regulierungsdichte auf. Der Detaillierungsgrad einzelner Bestimmungen ist dabei sehr unterschiedlich. Darüber hinaus kann der Bund die Massnahmen ohne vorherige Konsultation der Kantone erlassen. In Ermangelung formalisierter Mitwirkungsrechte der Kantone können regionale Vollzugsrealitäten verkannt werden, was zu Alleingängen der Kantone führen kann. Diese Massnahmen dürften in der Regel mit der Absicht erlassen worden sein, die bundesrechtlichen Regelungen und Ziele zu verstärken oder ergänzen. Dieser komplexen Ausgangslage kann rechtlich mit einer sorgfältigen Auslegung der betreffenden Bestimmungen des Bundesrechts und der zu prüfenden kantonalen Massnahmen begegnet werden.
- 60 Dieser Beitrag sollte aufzeigen, wie einzelne kantonale Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit der COVID-19-Verordnung geprüft werden können. Dabei ist von drei Grundkonstellationen auszugehen:
- Ist ein Bereich *explizit* in der Verordnung geregelt, so kann davon ausgegangen werden, dass die Regelung auf Bundesebene abschliessend ist. So war im Grunde ab Einführung von Art. 7d COVID-19-Verordnung 2 klar, dass die Tessiner Regelung, die eine generelle Schliessung aller Baustellen und Industriebetriebe vorgesehen hatte, bundesrechtswidrig war. Die Ergänzung mit Art. 7e COVID-19-Verordnung 2 (sog. Krisenfenster) ermöglicht nun – als politische Kompromisslösung

- Ausnahmen für Kantone in besonderen Gefährdungslagen, so dass diese auf Ge-
such hin für eine begrenzte Zeit Tätigkeiten gewisser Wirtschaftsbranchen ein-
schränken oder einstellen können. Gleichzeitig umschrieb der Bundesrat diese Ver-
ordnungsbestimmung so detailliert, dass nun auch die letzten Zweifel am aus-
schliesslichen Charakter der Bundesregelungen zum Baugewerbe und der Industrie
ausgeräumt sein dürften.
- Komplexer wird die Ermittlung von kantonalen Restkompetenzen, wenn sich die
Verordnung zu einem Sachbereich ausschweigt. In diesem Fall kann entweder ge-
stützt auf Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 ein Vorbehalt zugunsten der Kantone
bestehen oder von einer implizit abschliessenden Bundesregelung ausgegangen
werden.
 - Unseres Erachtens ist die Durchführbarkeit der Sitzung des Zürcher Kan-
tonsparlaments ein Anwendungsfall des *Vorbehalts zugunsten der Kan-
tone*, da diese elementare demokratische Institution nicht vom Veranstal-
tungsverbot (Art. 6 COVID-19-Verordnung 2) erfasst wird. Ebenso wenig
stellen Parlamentssitzungen eine Menschenansammlung im öffentlichen
Raum dar (im Sinne von Art. 7c COVID-19-Verordnung 2). Da die CO-
VID-19-Verordnung 2 nicht auf die Durchführung von Parlamentssitzun-
gen anwendbar ist, können die zuständigen kantonalen Behörden weiterhin
über die Einberufung und Organisation von kantonalen Parlamentssitzun-
gen entscheiden.
 - Ein Anwendungsfall einer *implizit abschliessenden Regelung* stellt hinge-
gen die Ausgangsbeschränkung für Personen über 65 Jahre dar, wie sie
vom kantonalen Führungsstab von Uri am 19. März angeordnet wurde.
Art. 7c COVID-19-Verordnung 2 regelt die Präsenz im öffentlichen Raum
und verbietet Menschenansammlungen von mehr als fünf Personen im öf-
fentlichen Raum. Der Bestimmtheitsgrad der Vorgabe sowie die verschie-
denen Konstellationen und Beispiele, die Erwähnung finden, sprechen da-
für, dass der Bund das Verhalten von Personen auf öffentlichem Grund
abschliessend regeln wollte und es für die Kantone keinen Raum für wei-
tergehende Einschränkungen wie etwa ein Ausgangsverbot gibt. Ein kan-
tonales Ausgangsverbot widerspricht somit Bundesrecht.

- 61 Die Prüfung einzelner kantonaler Regelungen zeigt exemplarisch auf, wie durch Auslegung differenzierte Antworten auf die Frage der Zuständigkeiten und Vereinbarkeit von Bundesrecht und kantonalem Recht gefunden werden können. Dabei bleibt natürlich jederzeit den tatsächlichen Herausforderungen in der Bekämpfung des Coronavirus Rechnung zu tragen. Trotz der verfassungsrechtlich und im EpG vorgespurten Zentralisierung von Massnahmen zur Bekämpfung einer Epidemie darf unseres Erachtens die Frage kantonaler Restkompetenzen nicht leichtfertig ausser Acht gelassen werden. Die oben angeführten Konstellationen können geradezu als notwendiger Erfahrungsprozess verstanden werden, um kantonale Handlungsräume auszuloten und gegebenenfalls kantonale Lösungen auf Bundesebene zu übernehmen. Im Übrigen werden sich gleiche und ähnliche Fragen wieder stellen, wenn es um die Lockerungen von Massnahmen gehen wird. Namentlich dürfte dann die Frage diskutiert werden, wer über einen allfälligen regional unterschiedlichen Ausstieg bestimmt.
- 62 Die oft beschworene Stärke des Föderalismus liegt in seinem Potenzial, Einheit zu schaffen, ohne Vielfalt auszuschliessen. Die gegenwärtig grassierende Epidemie ist auch für den Schweizer Föderalismus eine Herausforderung. Die rechtliche Zuständigkeitsordnung und Mechanismen zur erfolgreichen Bekämpfung von COVID-19 sind vorhanden, wobei auch die differenzierte Auslegung der kantonalen Massnahmen im Lichte der Bundesvorgaben ihren Teil dazu beitragen. Denn am Schluss wird nur ein koordiniertes und transparentes Zusammenwirken von Bund, Kantonen und Gemeinden offenbaren können, dass der Föderalismus nicht Schwäche, sondern Stärke in der Krise sein kann.