

Was ist ein dringliches Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage?

Ein Beitrag zu Bedeutung und Tragweite von Art. 165 Abs. 3 BV

Prof. Dr. iur. *Stefan G. Schmid*, St. Gallen/Zürich
Micha Herzog, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung: Von Krise zu Krise	287
II.	Art. 165 Abs. 3 BV: Eigenheiten und Uneinigkeiten	289
III.	Art. 165 Abs. 3 BV: Bedeutung und Tragweite	293
	1. Wortlaut	293
	2. Entstehungsgeschichte	294
	a. Volksinitiative «für die Rückkehr zur direkten Demokratie»	294
	b. Art. 89 ^{bis} Abs. 3 aBV: Rechtsfolge- oder Kompetenznorm?	297
	c. Art. 89 ^{bis} Abs. 3 aBV: Verfassungsbindung oder Verfassungsabweichung?	300
	d. Von Art. 89 ^{bis} Abs. 3 aBV zu Art. 165 Abs. 3 BV	304
IV.	Schlussfolgerungen: Kompetenznorm zur Verfassungsabweichung aus schwerwiegenden Gründen	305

I. Einleitung: Von Krise zu Krise

«Ist das Parlament ‹ausser Rand und Band?›» So lautete der Titel der Morgeninformation «Heute Morgen» von Radio SRF am 30. September 2022,¹ als die Bundesversammlung ein neues dringliches Bundesgesetz betreffend «Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter» beschloss.² Die beiden Kammern gaben in dieser Änderung des Energiegesetzes unter anderem grünes Licht für Photovoltaik-Grossanlagen und führten eine Pflicht zur Nutzung der Sonnenenergie bei neuen Gebäuden mit über 300 Quadratmetern Grundfläche ein. Ausserdem fand die Erhöhung des Grimselstausees um 23 Meter Eingang in das Bundesgesetz. Zu Diskussionen führte insbeson-

1 Abrufbar unter <<https://www.srf.ch/audio/heutemorgen/ist-das-parlament-ausser-rand-und-band?id=12262681>> (zuletzt besucht am 22. März 2023).

2 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0), Änderung vom 30. September 2022 (Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter) (AS 2022 543).

dere die Frage der Verfassungsmässigkeit dieses dringlichen Bundesgesetzes.³ Nachdem das Bundesamt für Justiz (BJ) Kritik am Erlassentwurf geübt und zumindest die Unterstellung der Vorlage unter das nachträgliche *obligatorische* Referendum verlangt hatte,⁴ erfuhr die Vorlage leichte Anpassungen, um schliesslich doch nur dem nachträglichen fakultativen Referendum unterstellt zu werden. In Bundesbern war von «Verfassungsritzen» die Rede, die sich aufgrund der drohenden Gefahr der Stromknappheit rechtfertigen liessen.⁵

Nachdem die Bundesversammlung in der Coronapandemie bereits über ein Dutzend Mal das Dringlichkeitsrecht in Anspruch genommen hat, ist sie nun offenbar gewillt, weiterhin im Krisen- bzw. Dringlichkeitsmodus zu agieren. So beschloss sie in der Herbstsession 2022 auf diesem Weg auch den sogenannten «Axporetzungsschirm»,⁶ dessen Verfassungsgrundlage mit Blick auf Art. 91 Abs. 1 BV ebenfalls als zweifelhaft erscheint.⁷ In der Wintersession 2022 kam es sodann zu erneuten dringlichen Änderungen bzw. – fast im Sinn eines Automatismus – dringlichen Verlängerungen des Covid-19-Gesetzes⁸ sowie des Ausländer- und Integrationsgesetzes.⁹ Und in der Frühjahrsession 2023 erfolgte eine dringliche Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung.¹⁰ Dieser recht sorg-

lose Umgang mit dem Dringlichkeitsrecht bestätigt, was seit 2020 zu befürchten war: Das Bewusstsein dafür, dass es sich beim Dringlichkeitsrecht um ein aussergewöhnliches Instrument handelt, das nur unter strikter Beachtung der Anwendungsvoraussetzungen gewählt werden darf,¹¹ ist geschwunden.

Die Erfahrungen der letzten drei Jahre vermitteln überdies den Eindruck, dass die Bundesversammlung auch im Bereich des Dringlichkeitsrechts bestrebt ist, wenn immer möglich das obligatorische Referendum zu vermeiden, indem sie entweder das dringliche Bundesgesetz auf weniger als ein Jahr befristet oder die Vorlage grosszügig als dringliches Gesetz mit Verfassungsgrundlage qualifiziert.¹² Durch letzteren Punkt gewann insbesondere die Frage, was unter einem dringlichen Bundesgesetz mit bzw. einem solchen ohne Verfassungsgrundlage im Sinn von Art. 165 BV zu verstehen ist, an Bedeutung.¹³

II. Art. 165 Abs. 3 BV: Eigenheiten und Uneinigkeiten

Die Tatsache, dass dringliche Bundesgesetze nach Art. 165 Abs. 3 BV nicht zwingend einer Verfassungsgrundlage bedürfen, ist vor dem Hintergrund der herkömmlichen Normenhierarchie aussergewöhnlich. Die Bundesversammlung hat sich bei der Gesetzgebung stets an die Bundesverfassung zu halten, und ihre Mitglieder haben einen entsprechenden Eid oder ein Gelübde abzulegen.¹⁴ Umso verblüffender ist es, dass gerade im Dringlichkeitsrecht, wo die Kontrollmechanismen schwächer ausgestaltet sind als im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren,¹⁵ Abweichungen von der Bundesverfassung möglich sind. Die Rede ist etwa von

3 Vgl. etwa *Karl Kümin/Benjamin Rothschild*, «Energiegesetz verstösst gegen die Verfassung», Doppelinterview mit Hans Maurer und Mischa Morgenbesser, plädoyer 6/2022, S. 6 ff.; ferner die Kritik von *Alain Griffel*, zit. in: Oliver Washington, Umweltrechtler sieht forcierte Solaroffensive kritisch, srf-online vom 28. September 2022, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/schweiz/dringliches-energiegesetz-umweltrechtler-sieht-forcierte-solaroffensive-kritisch>> (zuletzt besucht am 22. März 2023); *ders.*, Frontalangriff auf das Umweltrecht. Die «Energiewende» als Vorwand, recht 41/2023, S. 52 ff., 53 f.; *ders.*, Energiewende versus Landschaftsschutz: zur Tragweite von Art. 78 Abs. 2 BV, ZBl 124/2023, S. 113 f. Zur Frage, ob die dringliche Änderung des Energiegesetzes gegen die Gewaltenteilung verstösst, *Giovanni Biagini*, Einzelfallabwägung und Gemeinwohlverantwortung: die *Lex Gondo-Grengiols-Grimsel* und die Gewaltenteilungsfrage, ZBl 123/2022, S. 629 f.

4 BJ, Notiz vom 19. September 2022, Artikel 71a E-Energiegesetz gemäss Beschluss des Ständerats vom 15.09.2022; Verfassungsmässigkeit, Aktenzeichen: 665.1-978/53/1.

5 So etwa der damalige NR *Albert Rösti*, der von einem «Ritzen der Verfassung» sprach, zit. in: Oliver Washington, Wie Politiker den möglichen Verfassungsbruch rechtfertigen, srf-online vom 30. September 2022, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/schweiz/dringliches-energiegesetz-wie-politiker-den-moeglichen-verfassungsbruch-rechtfertigen>> (zuletzt besucht am 22. März 2023).

6 Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 30. September 2022 (FiREG; SR 734.91).

7 Vgl. *Peter Hettich*, Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage, ZBl 123/2022, S. 650 ff., 654 Anm. 27.

8 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102), Änderung vom 16. Dezember 2022 (AS 2022 817). Gleichzeitig kam es im Anhang des Gesetzes zu (dringlichen) Änderungen weiterer Erlasse. Gegen die Änderung vom 16. Dezember 2022 wurde erfolgreich das Referendum ergriffen, weshalb am 18. Juni 2023 die Stimmberechtigten bereits zum dritten Mal über das Covid-19-Gesetz befinden können.

9 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20), Verlängerung vom 16. Dezember 2022 (Covid-19-Test bei der Ausschaffung) (AS 2022 818).

10 Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10), Änderung vom 17. März 2023 (Ausnahmen von der Pflicht einer dreijährigen Tätigkeit) (AS 2023 134).

11 Vgl. *Stefan G. Schmid/Micha Herzog*, Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand, Jusletter vom 22. November 2021, Rz. 14.

12 Vgl. zum Mechanismus von Art. 165 BV *Stefan G. Schmid/Micha Herzog/Dumenig Stiffler*, Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, Jusletter vom 7. Juni 2021, Rz. 9 ff.

13 Vgl. auch Notiz BJ (Anm. 4), S. 7. Das BJ hält fest, dass in der Lehre eine Auseinandersetzung dazu fehle, ob Art. 165 Abs. 3 BV eine Abweichung von Bestimmungen des 3. Titels wie Art. 78 Abs. 2 und Art. 89 Abs. 1 BV abdecke.

14 Vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

15 So ist nicht nur ein bloss *nachträgliches* Referendum mit (allenfalls) abrogativer bzw. resolutiver Wirkung vorgesehen (vgl. zum Ganzen und insb. zu den Nachteilen eines nachträglichen Referendums *Schmid/Herzog/Stiffler* [Anm. 12], Rz. 10, 18 ff., 28 ff.; ferner *Andreas Auer*, Les détours du «retour à la démocratie directe»: le droit fédéral d'urgence 1971–1975, in: *Mélanges offerts à la Société suisse des juristes*, Genf 1976, S. 1 ff., 31 ff.). Es kann auch die Vernehmlassungsfrist verkürzt werden (Art. 7 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 [Vernehmlassungsgesetz, VIG; SR 172.061]); am 17. März 2023 beschlossen die beiden Räte übereinstimmend, dass künftig bei dringlichen Bundesgesetzen sogar gänzlich auf eine Vernehmlassung verzichtet werden kann (zukünftiger Art. 3a Abs. 1 Bst. c VIG; vgl. SPK-N, Pa.IV. [20.437] «Handlungsfähigkeit des Parlamentes in Krisensituationen verbessern» vom 29. Mai 2020). Überdies dürfen Entwürfe zu dringlichen Bundesgesetzen entgegen der sonst geltenden Regel in der gleichen Session von beiden Räten erstmals beraten werden (Art. 85 Abs. 1 ParlG e contrario) und besteht die Möglichkeit einer dringlichen Veröffentlichung (Art. 7 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004 [Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512]).

«verfassungsändernden», «verfassungsdurchbrechenden», «verfassungswidrigen», «verfassungssinkonformen», «verfassungsderogierenden» oder «verfassungssuspendierenden» Bundesgesetzen. Vielleicht braucht es die geschärfte Wahrnehmung eines ausländischen Beobachters, um sich zu fragen, «ob es nicht «ein wahrer juristischer Skandal» sei, einem Rechtssatz in der Verfassung auf Zeit Wirksamkeit zu verleihen, von dem man gleichzeitig anerkennt, dass er gegen eben diese Verfassung verstösst».¹⁶ Immerhin stellten auch die Bundesrichter *Louis Python*, *Kurt Dübby* und *André Panchaud* bereits vor mehr als 70 Jahren in einem Gutachten fest, dass ein solcher Mechanismus «dem überlieferten Rechtsempfinden des Schweizervolkes widerspricht».¹⁷ Die Tatsache, dass *unterjährige* dringliche Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage sogar unter Ausschaltung jeglicher direktdemokratischen Mitwirkung erlassen und in Kraft gesetzt werden können (Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV e contrario), lässt sich denn auch mit dem hiesigen Verfassungsbegriff, der seit etwa 1830 aufs Engste mit dem obligatorischen Referendum verknüpft ist, nur schwer vereinbaren. Gleichzeitig kann die bei *überjährigen* dringlichen Bundesgesetzen ohne Verfassungsgrundlage obligatorische nachträgliche Abstimmung von Volk und Ständen nach Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV zwar als eine «vorübergehende» Revision der Bundesverfassung im Sinn einer Suspendierung geltenden Verfassungsrechts verstanden werden, doch ist eine solch befristete Rechtsetzung dem Verfassungsrecht an sich ebenfalls fremd.

Einzelne Stimmen interpretieren den Wortlaut von Art. 165 Abs. 3 BV dahingehend, dass von inhaltlichen Vorgaben der Bundesverfassung in irgendeiner Beziehung abgewichen werden darf. So führt etwa *Etienne Grisel* aus, die Bundesversammlung verfüge in dieser Hinsicht über einen Ermessensspielraum, der keine rechtlichen Grenzen («pas de frontière juridique») kenne, und meint weiter, dass es sinnlos wäre, nach materiellen Grenzen zu suchen, die keine Grundlage in der Bestimmung selbst hätten («n'auraient aucun fondement dans les textes topiques»), schwer anzuwenden seien («seraient d'une application malaisée») und den Handlungsspielraum der Behörden gefährlich einschränken würden («réduiraient dangereusement la marge de manœuvre des autorités»)¹⁸ Im Lehrbuch von *Andreas Auer*, *Giorgio Malinverni* und *Michel Hottelier* heisst es uneingeschränkt, dass diese Kategorie dringlicher Bundesgesetze sämtliche Verfassungsnormen suspendieren könne («permet de suspendre [...] toutes les normes constitutionnelles»)¹⁹ Nach

dem soeben neu aufgelegten Grundlagenwerk von *Yvo Hangartner*, *Andreas Kley*, *Nadja Braun Binder* und *Andreas Glaser* spricht der Wortlaut dafür, «dass grundsätzlich von sämtlichen Bestimmungen der Bundesverfassung abgewichen werden könnte».²⁰ Je grundlegender eine Regelung der Bundesverfassung sei, desto weniger lasse sie sich (selbst nur befristet) durch das Dringlichkeitsrecht einschränken, wobei die notstandsfesten Grundrechte unter allen Umständen zu respektieren seien.²¹ *Thomas Sägger* hält fest, dass ein dringliches Bundesgesetz dann über keine Verfassungsgrundlage verfüge, wenn «entweder keine Bundeskompetenz besteht (Art. 42 BV) oder wenn solche Bundesgesetze von bestimmten Verfassungsnormen abweichen».²² *Markus Schott* und *Daniela Kühne* führen aus, dass von Art. 165 Abs. 3 BV «sicherlich der Erlass von Normen ausserhalb der Rechtsetzungskompetenzen des Bundes, d.h. im *kantonalen Zuständigkeitsbereich*, sowie Abweichungen vom *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* auf Gebieten, wo es die Verfassung an sich nicht erlaubt», erfasst seien. Weiter seien «Abweichungen von materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben in den Aufgaben- und Finanzkapiteln [...] grundsätzlich erlaubt», weshalb die Bundesversammlung in einem dringlichen Bundesgesetz beispielsweise «entgegen Art. 59 Abs. 2 BV eine Militärdienstpflicht für Schweizerinnen einführen oder die Steuersätze der direkten Bundessteuer bzw. der Mehrwertsteuer über die Maxima von Art. 128 bzw. Art. 130 BV hinaus anheben» könne.²³

Die aktuelle Praxis scheint ebenfalls von einem weiten Verständnis des Bundesgesetzes ohne Verfassungsgrundlage auszugehen. Unter der geltenden Bundesverfassung gibt es dafür allerdings erst *ein* Beispiel: Am 10. Dezember 2020 beschloss die Bundesversammlung eine dringliche Änderung des Parlamentsgesetzes,²⁴ die es den Mitgliedern der grossen Kammer unter anderem vorüberge-

Randall/Alexandre Flückiger, Droit constitutionnel suisse, Bd. I: L'Etat, 4. Aufl., Bern 2021, Rz. 1561 (wiederum im Zusammenhang mit den unterjährigen dringlichen Bundesgesetzen), zurückhaltender («permet de suspendre [...] les normes constitutionnelles», «ne dispense [...] cependant pas l'Assemblée fédérale de respecter les principes constitutionnels»).

16 *Volker Heinrich Lohse*, Streik und Staatsnotstand unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz, Münster 1968, S. 229 (betreffend Art. 89^{bis} aBV).

17 *Louis Python/Kurt Dübby/André Panchaud*, Rechtsgutachten über Art. 89^{bis} der Bundesverfassung vom 15. Juli 1950 (MaschSchr.), S. 7. Sowohl das Originalgutachten in französischer Sprache als auch die deutsche Übersetzung sind im Schweizerischen Bundesarchiv (BAR) einsehbar (BAR E4001C#1000/783#1265*).

18 *Etienne Grisel*, Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2004, Rz. 804.

19 *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, Bd. I: L'Etat, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 1536 (allerdings bloss im Zusammenhang mit den unterjährigen dringlichen Bundesgesetzen, obwohl sich die Frage für alle dringlichen Bundesgesetze gleichermaßen stellt). In der neuesten Auflage sind *Giorgio Malinverni/Michel Hottelier/Maya Hertig*

20 *Yvo Hangartner/Andreas Kley/Nadja Braun Binder/Andreas Glaser*, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023, Rz. 1115. Etwas relativierend jedoch a.a.O., Rz. 1134, wonach es vor dem Hintergrund einer stets vorzunehmenden Rechtsgüterabwägung als zweifelhaft erscheine, dass dringlich beschlossene Abweichungen von den Verfassungsbestimmungen über Organisation und Zuständigkeiten von Volk und Behörden zulässig seien. Vgl. auch a.a.O., Rz. 1184 f.

21 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Anm. 20), Rz. 1115.

22 *Thomas Sägger*, Die Bundesbehörden. Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Bern 2000, Rz. 499.

23 *Markus Schott/Daniela Kühne*, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010, S. 409 ff., 414 (alle Zitate).

24 Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG), Änderung vom 10. Dezember 2020 (Covid-19: Teilnahme an Abstimmungen im Nationalrat; Unterbruch oder Verschiebung der Session) (AS 2020 5375). In einem Gutachten vom 1. April 2021 vertrat das BJ die Ansicht, dass man die dringliche Änderung des Parlamentsgesetzes im Sinn einer «harmonisierende[n] Verfassungsauslegung» nicht zwingend als verfassungswidrig hätte betrachten müssen (BJ, Gutachten: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit virtueller Beratungen der Bundesversammlung, 1. April 2021, Aktenzeichen: 615-1240/1, S. 16 f.). Vgl. auch sogleich Anm. 25.

hend ermöglichte, im Fall einer Covid-19-Isolation bzw. -Quarantäne elektronisch, das heisst in Abwesenheit abzustimmen, was zumindest Art. 159 Abs. 1 BV widerspricht.²⁵ Auch das BJ scheint – ohne allerdings die Frage abschliessend zu beantworten – ein eher weites Begriffsverständnis ins Auge zu fassen, schrieb es doch in seiner Notiz zu Art. 71a E-EnG, «dass diese Bestimmung mit verschiedenen Vorgaben der geltenden Verfassung nicht vereinbar» sei und deshalb «dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen» unterstehe.²⁶

Dagegen geht heute der überwiegende Teil der Lehre davon aus, dass Art. 165 Abs. 3 BV lediglich Abweichungen von der Kompetenzverteilung im Bundesstaat und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV) erlaube.²⁷ Verwiesen wird regelmässig auf die Formulierung und zuweilen auf den Entstehungskontext von Art. 165 Abs. 3 BV. Wortlaut und Entstehungsgeschichte sind nachfolgend denn auch näher zu erörtern (III.1. und 2.). Was Letztere angeht, so ist zunächst auf die Entstehungs- (III.2.a.) und die Auslegungsgeschichte (III.2.b. und c.) des Vorgängerartikels, Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV,²⁸ einzugehen, die – zusammen mit

dem Übergang zur geltenden Bundesverfassung (III.2.d.) – insgesamt als Entstehungsgeschichte des «nachgeführten» Art. 165 Abs. 3 BV zu verstehen sind.

III. Art. 165 Abs. 3 BV: Bedeutung und Tragweite

1. Wortlaut

Art. 165 Abs. 3 BV lautet wie folgt:

Ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das keine Verfassungsgrundlage hat, tritt ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist von Volk und Ständen angenommen wird. Es ist zu befristen.

Die Offenheit der Formulierung von Art. 165 Abs. 3 BV («dringlich erklärtes Bundesgesetz, das keine Verfassungsgrundlage hat»; «loi fédérale déclarée urgente [...] dépourvue de base constitutionnelle»; «leggi dichiarate urgenti e prive di base costituzionale») bringt die Auslegung nach dem Wortlaut an gewisse Grenzen.²⁹ Schon beim Blick auf die Vorgängerbestimmung sprang dem ausländischen Betrachter ins Auge, «dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen Beschlüsse gefasst werden dürfen, die von der Verfassung abweichen, mit keinem Wort in der Verfassung geregelt ist».³⁰ So erstaunt es denn auch nicht, dass in der Lehre die Meinungen darüber, was unter einem dringlichen Erlass ohne Verfassungsgrundlage zu verstehen ist, seit je weit auseinandergehen.³¹ Die Rede von der fehlenden Verfassungsgrundlage lässt zwar in erster Linie an dringliche Bundesgesetze denken, für die dem Bund eigentlich keine Rechtsetzungskompetenz zukommt, doch ist es durchaus vorstellbar, auch Fälle einzubeziehen, in denen *irgendwelche* Verfassungsbestimmungen befristet suspendiert werden. Die Auslegung nach dem Wortlaut führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis.³²

25 Vgl. Thomas Gächter, § 23 Rechtsetzung, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kienner (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, S. 326 ff., 336 f. Rz. 56; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, Rz. 1605. Da es sich bei diesem Gesetz (zunächst) um ein *unterjähriges* dringliches Bundesgesetz handelte, kam es zu keinem nachträglichen obligatorischen Referendum. Nachdem die Bundesversammlung das Gesetz nach einer kurzen Unterbrechung wieder hatte aufleben lassen, wurde es plötzlich zum überjährigen dringlichen Bundesgesetz mit Verfassungsgrundlage – mit einer etwas abenteuerlichen, an das Gutachten des BJ (Anm. 24) angelehnten Begründung: Im Sinn einer «harmonisierende[n] Auslegung» sei von einer Verfassungsgrundlage auszugehen, da es nicht sein könne, dass die Bundesversammlung als oberste Gewalt (vgl. Art. 148 BV) in ausserordentlichen Lagen ihre Repräsentationsfunktion nicht mehr wahrnehmen könne (schriftliche Begründung Antrag Romano/Fluri/Gredig/Gysin Greta/Marti Samira [AB 2021 N 2320]). SR Andrea Caroni bezeichnete das Vorgehen als «Murks», den man «in extremis vielleicht» rechtfertigen könnte (Votum SR Caroni, AB 2021 S 1224). Dadurch konnte die obligatorische Volksabstimmung (erneut) umgangen werden. Vgl. zum Ganzen Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1117 f.; ferner Gjon David/Karl Kümin, «Das heutige Referendum genügt eindeutig nicht», Doppelinterview mit Stefan G. Schmid und Bernhard Waldmann, plädoyer 4/2022, S. 8 ff., 11 (Schmid). Kritisch zu diesem «Es kann nicht sein»-Notrecht» Andreas Kley, Demokratie im Coronazeitalter, in: Konstantin Beck et al. (Hrsg.), Der Corona-Elefant, Zürich 2022, S. 26 ff., 32, sowie zur «ziemlich eigenwilligen harmonisierende[n] Auslegung» Giovanni Biaggini, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl 123/2022, S. 59 ff., 86 f.

26 Notiz BJ (Anm. 4), S. 1.

27 Jean-François Aubert, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 165 N 7; Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 165 N 11; Jacques Dubey, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel 2021, Art. 165 N 27 ff.; Bénédicte Tornay Schaller, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel 2021, Art. 140 N 41; Pierre Tschannen, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 165 N 17 f.; Judith Wyttienbach, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 165 N 17.

28 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV), hier in der Fassung vom 11. September 1949 (AS 1949 1511).

29 Vgl. zum besonderen Problem der Auslegung offener Verfassungsnormen Tschannen (Anm. 25), Rz. 154.

30 Ernst Friesenhahn, Einige Anmerkungen zum Verfassungsbegriff und zum Staatsvertragsreferendum der Schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Horst Ehmke et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 85 ff., 92.

31 Vgl. zu den verschiedenen Lehrmeinungen David Rechsteiner, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 360; als neue Referenz Dubey (Anm. 27), Art. 165 N 27.

32 Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1115, gehen dagegen aufgrund des Wortlauts, der keine Anhaltspunkte für Einschränkungen auf bestimmte Verfassungsnormen erkennen lasse, davon aus, dass grundsätzlich von sämtlichen Bestimmungen abgewichen werden kann.

2. Entstehungsgeschichte

a. Volksinitiative «für die Rückkehr zur direkten Demokratie»

Die Vorgängerbestimmung von Art. 165 BV, Art. 89^{bis} aBV, war 1949 auf dem Weg einer Volksinitiative in die Bundesverfassung gelangt. Die Bundesversammlung hatte in der Zwischenkriegszeit die Dringlichkeitsklausel nach Art. 89 aBV immer häufiger angerufen und damit das Referendum ausgeschlossen,³³ wobei verfassungswidrige dringliche Bundesbeschlüsse vereinzelt auf ein «ungeschriebenes Notrecht» gestützt wurden.³⁴ Der geradezu exzessive Einsatz des Dringlichkeitsrechts führte zu politischen Gegenreaktionen in der Form von Volksinitiativen.³⁵ Aufgrund des direkten Gegenentwurfs zu einer dieser Initiativen kam es 1939 zu einer zwar eingehenderen, aber noch recht zahnlosen Regelung des Dringlichkeitsrechts (Erfordernis zeitlicher Dringlichkeit, eines qualifizierten Mehrs und einer Befristung),³⁶ wobei die Anrufung der Dringlichkeitsklausel nach wie vor zu einem Ausschluss des Referendums führte. Kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs lancierte die neotraditionalistische und ultraföderalistische, heute noch bestehende «Ligue vaudoise»³⁷ eine weitere Volksinitiative mit dem zugkräftigen Titel «für die Rückkehr zur direkten Demokratie». Die Verfassungsänderung von 1939 hatte bis dahin wegen des Vollmachtenregimes des Bundesrates ihre Bewährungsprobe zwar noch kaum antreten können,³⁸ doch zeigte sich tatsächlich schon bald, dass sie «praktisch wirkungslos verpuffte und keine Änderung der Praxis zur Folge hatte».³⁹ Nachdem der Bundesrat am 7. September 1945 eine Botschaft verabschiedet hatte, welche die erneute Verlängerung der Finanzordnung 1939–1941 mittels dringlichen Bundesbeschlusses vorsah, begann sich der Widerstand gegen das fortdauernde Vollmachten- und Dringlichkeitsrecht zu organisieren.⁴⁰ Bereits am 23. Juli 1946 konnte die Volksinitiative «für die Rückkehr zur

direkten Demokratie» eingereicht werden.⁴¹ Der «Ligue vaudoise» dürfte es entgegen dem geschickt gewählten Titel hauptsächlich darum gegangen sein, das föderalistische Mitspracherecht der Kantone – namentlich der «Waadtländer Nation» – zu verteidigen und die Zentralisierung, die mit dem Dringlichkeitsrecht einherging, zu bekämpfen.⁴²

Zwischen 1945 und 1949 sollten neben 27 nicht dringlichen Erlassen insgesamt noch 18 dringliche Bundesbeschlüsse ergehen.⁴³ Dennoch meinte der Bundesrat 1948, dass von der Dringlichkeitsklausel seit der Neuregelung von 1939 «ein vernünftiger und massvoller Gebrauch gemacht worden» sei.⁴⁴ Er sprach zwar von einer «gewisse[n] Missstimmung im Volk», sah diese aber vor allem im Vollmachtenregime und nur zu einem kleineren Teil in der Dringlichkeitspraxis begründet.⁴⁵ Die Landesregierung, die sich erst nach der Einreichung einer Interpellation von Nationalrat Paul Chaudet, dem Präsidenten des Initiativkomitees, dazu durchringen konnte, einen «Bericht» bzw. eine Botschaft zur Volksinitiative vorzulegen, da «die zuständigen Behörden die verfügbaren Kräfte dringenderen Fragen zuwenden mussten»,⁴⁶ empfahl selbstverständlich die Verwerfung der Initiative. Die vorberatenden parlamentarischen Kommissionen⁴⁷ lehnten sie denn auch ab, so diejenige des Nationalrates, der auch der Initiant Paul Chaudet angehörte, mit acht gegen drei Stimmen. Die «arrogant[e] und von obrigkeitlichem Machterhaltungswillen [...] geprägt[e]» Stellungnahme des Bundesrates,⁴⁸ die einer «Rationierung der Demokratie» das Wort sprach,⁴⁹ rief zwar in der Bundesversamm-

1945 in Bern (vgl. Neue Zürcher Zeitung [NZZ] Nr. 1719 vom 15. November 1945, Abendausgabe, Blatt 4). Dessen Präsident, der Weinbauer, Nationalrat und spätere Bundesrat Paul Chaudet, gehörte von 1946 bis 1954 dem Staatsrat des Kantons Waadt an. Für den Initiativtext verantwortlich zeichnete neben Rechtsanwalt Marcel Regamey, dem Präsidenten der «Ligue vaudoise», Rechtsanwalt Philibert Muret, der Sekretär des Initiativkomitees (vgl. die Wortmeldung von Marcel Regamey anlässlich der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 1950, Prot. vom 11. September 1950, abgedruckt in: ZSR 69/1950, S. 407a ff., 423a ff., insb. 424a).

41 Eine zweite Volksinitiative gleichen Namens, nur wenige Tage später (am 29. Juli 1946) eingereicht, welche die Aufhebung der dringlichen Bundesbeschlüsse und des Vollmachtenbeschlusses vom 30. August 1939 verlangte (BB1 1948 I 1055), wurde aufgrund eines indirekten Gegenvorschlags der Bundesversammlung zurückgezogen (BB1 1950 I 1125). Vgl. zum Ganzen Reich (Anm. 35), S. 263 f.

42 Vgl. auch Butikofer (Anm. 40), S. 445 f.; Daniel Di Falco, Das Schöne an der Not, NZZ Geschichte Nr. 28, Mai 2020, S. 44 ff., 49.

43 Vgl. Hellmut Hungerbühler, Der dringliche Bundesbeschluss. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Bundesversammlung, Diss. Zürich 1951, S. 163 (Tabelle).

44 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 27. Februar 1948 über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie (BB1 1948 I 1054, S. 1065).

45 Bericht des Bundesrates (Anm. 44), S. 1057.

46 Ip. Chaudet «Rückkehr zur direkten Demokratie» vom 11. Dezember 1947, Sten. Bull. 1948 N 321. Vgl. auch kleine Anfrage Chaudet vom 22. September 1947, Prot. Nationalrat vom 22. September 1947 (BAR E1301#1960/51#381).

47 Vgl. Prot. der Verhandlungen vom 5. Mai 1948 (Kommission Nationalrat, BAR E4001#1000/783#1240*), 15. November 1948 (Kommission Ständerat) und 3. Januar 1949 (Kommission Ständerat; beide BAR E1070#1969/10#205*).

48 Kölz (Anm. 35), S. 780.

49 Fleiner/Giacometti (Anm. 34), S. 783 Fn. 23.

33 Vgl. hierzu Schmid/Herzog/Stiffler (Anm. 12), Rz. 4, unter Hinweis insb. auf Conradin Regi, Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung, Diss. Bern, Chur 1945, S. 56.

34 F[ritz] Fleiner/Z[accaria] Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 788 f., mit Nachweisen in Fn. 6a.

35 Vgl. Andreas Kley, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus politisch-historischer Sicht, LeGes 26/2015, S. 497 ff., 502 f.; Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. 2: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, S. 771 f.; eingehend David Reich, Direkte Demokratie in der Krise. Die Funktion des Notrechts in der Schweiz während Weltwirtschaftskrise und Zweitem Weltkrieg dargestellt am Beispiel des Warenhausbeschlusses 1933–1945, Diss. Basel 2007, S. 202 ff.

36 BB1 1938 I 717; 1938 II 488; 1939 I 164.

37 Roland Butikofer, Ligue vaudoise, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 24. März 2009, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/017410/2009-03-24/>> (zuletzt besucht am 22. März 2023).

38 Vgl. Andreas Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl. Bern 2020, S. 354.

39 Reich (Anm. 35), S. 262 Fn. 1234. Vgl. auch Fleiner/Giacometti (Anm. 34), S. 784 f.

40 Vgl. Roland Butikofer, Le refus de la modernité. La Ligue vaudoise: une extrême droite et la Suisse (1919–1945), Diss. Lausanne 1996, S. 447. Das Gesamtschweizer Initiativkomitee (neben zahlreichen kantonalen Komitees), das ein provisorisches Komitee ablöste und 32 Mitglieder unterschiedlicher parteipolitischer Ausrichtung umfasste, konstituierte sich am 14. November

lung vereinzelt scharfe Kritik hervor,⁵⁰ doch lehnte auch diese die Volksinitiative ab;⁵¹ im Ständerat scheiterte ein Antrag auf Ausarbeitung eines Gegenentwurfs allerdings nur knapp.⁵²

Der Abstimmungskampf warf keine allzu hohen Wellen.⁵³ Das von Bundesversammlung und Bundesrat sowie allen grossen nationalen Parteien mit «unverhülltem Misstrauen gegenüber dem Volk»⁵⁴ bekämpfte Volksbegehren wurde – als einzige Volksinitiative zwischen 1929 und 1982 und mit dem knappsten Ergebnis der bis dahin angenommenen Volksinitiativen (von 50,7 Prozent der Stimmenden und 11³/₂ Ständen) – am 11. September 1949 überraschend gutgeheissen,⁵⁵ was etwa als «Wink nach Bern»⁵⁶ oder «Donnerschlag fürs Bundeshaus»⁵⁷ gedeutet wurde. Die kritische Haltung der Stimmberechtigten hatte sich schon früher abgezeichnet, so etwa anlässlich der Volksabstimmung vom 22. Mai 1949, als zwei Behördenvorlagen überaus deutlich scheiterten.⁵⁸ Das Misstrauen war also gegenseitig.

Der neu eingefügte Art. 89^{bis} aBV, der den meisten politischen Kräften geradezu als «ein verfassungsmässiges Landesunglück» erschien,⁵⁹ sich in den folgenden Jahrzehnten aber praktisch durchaus bewähren sollte,⁶⁰ durchbrach mit der Einführung eines nachträglichen Referendums nun erstmals die repräsentative Demokratie im Bereich des Dringlichkeitsrechts.⁶¹ Der dritte Absatz von Art. 89^{bis} aBV lautete in der hier näher zu betrachtenden deutschen und französischen Fassung wie folgt:

Die sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüsse, welche sich nicht auf die Verfassung stützen, müssen innert Jahresfrist nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung von Volk und Ständen genehmigt werden; andernfalls treten sie nach Ablauf dieses Jahres ausser Kraft und können nicht erneuert werden.

Les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence qui dérogent à la constitution doivent être ratifiés par le peuple et les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale; à ce défaut, ils perdent leur validité à l'expiration de ce délai et ne peuvent être renouvelés.

Dieser Wortlaut wurde, vor allem unmittelbar nach Annahme der neuen Verfassungsbestimmung im Jahr 1949, von allen Seiten stark kritisiert, wobei die offensichtlichen sprachlichen Unterschiede («sich nicht auf die Verfassung stützen» – «qui dérogent à la constitution»)⁶² soweit ersichtlich zu keinen Diskussionen führten. Fast die gesamte Literatur bezeichnete den Absatz als mangelhaft abgefasst und sehr auslegungsbedürftig.⁶³ So war etwa von einem «liederlich» formulierten Artikel die Rede.⁶⁴ Im Lauf der Jahre verstummte die Kritik aber weitgehend.

b. Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV: Rechtsfolge- oder Kompetenznorm?

Die Initianten wollten zweifellos gegen die exzessive Dringlichkeitspraxis der Bundesbehörden ankämpfen. Im Übrigen scheinen sie selbst von der rechtlichen Tragweite ihres Begehrens nur unklare Vorstellungen gehabt zu haben.⁶⁵ So erstaunt es denn auch nicht, dass bereits kurz nach der überraschend ausgegangenen Abstimmung vom 11. September 1949 die rechtliche Bedeutung des dritten Absatzes von Art. 89^{bis} aBV, der «[d]ie grosse Crux» der neuen Verfassungsbestimmung darstellte,⁶⁶ äusserst kontrovers diskutiert wurde. Hauptdiskussionspunkt bildete die Frage, ob Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV bloss die Rechtsfolgen materiell verfassungswidriger Bundesbeschlüsse – konkret das Erfordernis einer obligatorischen Volksabstimmung mit Doppelmehrerfordernis bei überjährigen dringlichen Bundesbeschlüssen, die sich nicht auf die Bundesverfassung stützen konnten – regle, oder ob er unter bestimmten Voraussetzungen der Bundesversammlung die formale Kompetenz zur Abweichung von der Bundesverfassung einräume.⁶⁷ Bis um

50 Vgl. etwa Sten. Bull. 1948 N 316, 319.

51 Bundesbeschluss über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie vom 8. Februar 1949 (BB1 1949 I 326).

52 Sten. Bull. 1949 S 57 f. Vgl. zum Ganzen *Reich* (Anm. 35), S. 262.

53 Vgl. *Marcel Engelmayer*, Der wirtschaftsrechtliche dringliche Bundesbeschluss, Diss. Zürich 1970, S. 26.

54 *Kley* (Anm. 38), S. 355.

55 BB1 1949 II 581; AS 1949 1511; <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis56.html>> (zuletzt besucht am 22. März 2023). Vgl. zum Ganzen *Martin Beglinger*, Die Rückkehr zur direkten Demokratie, NZZ Geschichte Nr. 10, Mai 2017, S. 44 ff., 46 ff.; *Kölz* (Anm. 35), S. 780 f.; *Reich* (Anm. 35), S. 259 ff.; *Yvan Rielle*, Erfolgreiche Initiative setzt den Dringlichkeitskompetenzen des Parlaments Grenzen, in: Wolf Linder/Christian Bolliger/Yvan Rielle (Hrsg.), Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848 bis 2007, Bern/Stuttgart/Wien 2010, S. 217 ff.

56 Der Wink nach Bern, Die Tat vom 14. September 1949, S. 9.

57 *Hans Munz*, Ein Donnerschlag fürs Bundeshaus, Wir Brückenbauer vom 16. September 1949, S. 2.

58 Abstimmungsergebnisse abrufbar unter <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19490522/index.html>> (zuletzt besucht am 22. März 2023).

59 Votum NR Meierhans, Sten. Bull. 1949 N 781.

60 Vgl. *Kölz* (Anm. 35), S. 781.

61 Vgl. für Einzelheiten *Schmid/Herzog/Stiffler* (Anm. 12), Rz. 5, m.w.H.

62 Die italienische entsprach der französischen Fassung («che derogano alla Costituzione»).

63 Vgl. *Beat Schelbert*, Die rechtliche Bewältigung ausserordentlicher Lagen im Bund, Diss. Bern, Grösch 1986, S. 214, mit zahlreichen Nachweisen und Beispielen. *Zaccaria Giacometti*, der an der Entstehung der Volksinitiative entgegen vereinzelt Annahmen nicht unmittelbar beteiligt war (vgl. *Schmid/Herzog/Stiffler* [Anm. 12], Rz. 5 Fn. 30), wies darauf hin, dass der Artikel formelle Unzulänglichkeiten aufweise und als sehr auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig erscheine (*Zaccaria Giacometti*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung [Art. 89^{bis} Abs. 3], SJZ 46/1950, S. 84 ff., hier zit. nach: Alfred Kölz [Hrsg.], *Zaccaria Giacometti* [1893–1970], Ausgewählte Schriften, S. 217 ff., 217).

64 Votum NR Gadiant, Sten. Bull. 1949 N 787.

65 Vgl. auch *Giacometti* (Anm. 63), S. 223 Fn. 17.

66 *Hans Huber*, Die Verfassungslage nach dem 11. September, NZZ Nr. 2106 vom 16. Oktober 1949, Sonntagsausgabe, Blatt 5.

67 Die dazwischenliegende, vermittelnde Ansicht, wonach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV zwar eine Kompetenznorm darstellte, allerdings nur die formale Kompetenz für bestimmte, begrenzte Verfassungsabweichungen begründete, kam im Wesentlichen erst viel später auf (siehe hinten III.2.c.). Deshalb waren auch die sprachlichen Unterschiede («sich nicht auf die Verfassung

1960 sollten sich dazu ganz verschiedene Ansichten herausbilden.⁶⁸ *Zaccaria Giacometti* meinte sogar, das «Problem der juristischen Tragweite dieser neuen Verfassungsvorschrift» sei «zweifelloso gegenwärtig die aktuellste und wichtigste staatsrechtliche Frage unseres Landes».⁶⁹ Sie wurde bereits wenige Tage nach Annahme der Volksinitiative in der ordentlichen Herbstsession 1949 eingehend erörtert, als es um die Übergangsordnung des Finanzhaushalts des Bundes (Finanzordnung 1950 und 1951) ging.⁷⁰ Nachdem der Ständerat die «Notrechtslösung» gewählt und Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV bereits zum ersten Mal angewendet hatte, beantragte ein Mitglied, es sei doch immerhin der im Ingress stehende Passus «in Anwendung von Art. 89^{bis} Abs. 3 BV» bzw. «im Hinblick auf Art. 89^{bis} Abs. 3 BV» zu streichen, da es sich dabei nicht um eine Kompetenznorm zur Legiferierung ausserhalb der Bundesverfassung handle.⁷¹ Auch ein anderer Ständesvertreter meinte, dass es sich bei Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV nicht um eine Grundlage handle, «gestützt auf die man irgendwie Notrechtsbeschlüsse fassen könnte».⁷² Vielmehr sei die Bestimmung eine «Guillotine», die an den Schluss gehöre – eine Ansicht, die sich in diesem und weiteren Fällen durchsetzen sollte.

Die Ratsdebatten zur Bundesfinanzordnung vermitteln insgesamt den Eindruck, dass die Parlamentarier in Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV keine Kompetenzgrundlage sahen.⁷³ Besonders klar äusserte sich im Nationalrat jeweils der spätere Bundesrichter *Harald Huber*, der darauf beharrte, dass mit Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV keine Kompetenzgrundlage für verfassungswidrige Bundesbeschlüsse geschaffen worden sei.⁷⁴ *Huber* versuchte sogar mit einer bereits in der Wintersession 1949 eingereichten Motion, den Wortlaut von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV anzupassen,⁷⁵ und meinte,

stützen» – «qui dérogent à la constitution») zu Beginn nicht von Relevanz (siehe vorne III.2.a. a.E.).

68 Vgl. bereits *Heinz Walter Mäusli*, Die dringlichen Bundesbeschlüsse nach Art. 89^{bis} BV, Diss. Zürich 1960, S. 98 ff., und *Werner Suter*, Notrecht und ausserordentliche Vollmachten im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich, Winterthur 1960, S. 159 f.; ferner *Schelbert* (Anm. 63), S. 215 ff.

69 *Z[accaria] Giacometti*, Rechtsstaat und Notrecht, ZBl 51/1950, S. 209 ff., hier zit. nach: Alfred Kölz (Hrsg.), *Zaccaria Giacometti (1893–1970)*, Ausgewählte Schriften, S. 233 ff., 246.

70 Vgl. zur Auslegung von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV im Zusammenhang mit der Übergangsordnung des Finanzhaushalts auch die (sich teilweise widersprechenden) Gutachten von Justizabteilung bzw. Eidgenössischem Justiz- und Polizeidepartement vom 22. Oktober bzw. 10. November 1949 (BAR E4001C#1000/783#1264*).

71 Votum SR Schoch, Sten. Bull. 1949 S 457.

72 Votum SR Stüssi, Sten. Bull. 1949 S 458.

73 Vgl. Sten. Bull. 1949 N 779 ff., und Sten. Bull. 1949 S 443 ff. Der Bundesrat ging hingegen in seinem Bericht an die Bundesversammlung (Anm. 44) von einer Kompetenzgrundlage aus.

74 So meinte er etwa: «Artikel 89^{bis}, wie er angenommen worden ist, hat für die eidgenössischen Räte nicht die geringste neue Kompetenz geschaffen» oder «Ich bin nicht der Meinung, dass Art. 89^{bis} nun etwa die Möglichkeit geschaffen hat, verfassungsändernde dringliche Bundesbeschlüsse zu erlassen» (Sten. Bull. 1949 N 792).

75 Demnach sollte Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV folgenden Wortlaut erhalten: «Sollten Bundesbeschlüsse gefasst werden, welche keine verfassungsmässige Grundlage besitzen, so treten sie auf Ende des der Annahme in der Bundesversammlung folgenden Kalenderjahres ausser Kraft, [...]» (zit. nach *Harald Huber*, Zur Problematik des Dringlichkeitsartikels der BV, SJZ 46/1950, S. 81 ff., 84). Die Motion veranlasste den Bundesrat, die Bundesrichter *Louis Python*, *Kurt Dübby* und *André*

diese Bestimmung führe «die Möglichkeit der Korrektur durch die Volksabstimmung» ein, billige aber nicht «derartige Verfassungsübertretungen». Solche Beschlüsse seien und blieben auch nach der Einführung des neuen Artikels «verpönt». *Huber* sprach in diesem Zusammenhang von einer «äusserst gefährliche[n] und den Volkswillen ins Gegenteil verkehrende[n] Interpretation des Art. 89^{bis}».⁷⁶

In der Lehre vertrat vor allem *Hans Marti*, damals Privatdozent an der Universität Bern, die Meinung, dass mit Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV keine Kompetenzgrundlage für verfassungswidrige Bundesbeschlüsse geschaffen worden sei. Die Berufung auf «Notrecht» sei zwar «nicht schlechterdings ausgeschlossen», doch bedeute jeder Notrechtserlass einen «Bruch mit der Verfassung».⁷⁷ *Marti* argumentierte, dass es unzulässig sei, aus der blossen Tatsache, dass solche Erlasse vorkämen, die Folgerung zu ziehen, dass sie auch rechtlich zulässig seien.⁷⁸

Dagegen vertrat namentlich *Zaccaria Giacometti* die These, dass es sich bei Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV um einen Kompetenz- bzw. einen eigentlichen «Notrechtsartikel» handle. Aus seiner rechtspositivistischen Sicht war es geradezu «unvorstellbar, dass die Bundesverfassung als oberste Zuständigkeitsordnung der Eidgenossenschaft solche materiell verfassungswidrige Noterlasse der Bundesversammlung als referendumpflichtig erkläre, dass sie aber nicht zugleich dem Bundesparlament die Kompetenz zu deren Erlass verliehen habe».⁷⁹

Der überwiegende Teil der Lehre schloss sich der Meinung *Zaccaria Giacomettis* an.⁸⁰ Auch die Bundesrichter *Louis Python*, *Kurt Dübby* und *André Panchaud* sahen in Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV eine Kompetenzgrundlage der Bundesversammlung für die Abweichung von der Bundesverfassung unter bestimmten Voraussetzungen, anders als *Giacometti* aber nicht im Sinn von Not-, sondern von Dringlichkeitsrecht.⁸¹

Panchaud mit einem Gutachten zu beauftragen (vgl. *Python/Dübby/Panchaud* [Anm. 17]). Vgl. auch Prot. der Kommission des Ständerates vom 13. Mai 1950 (BAR E4001C#1000/783#1264*).

76 *Harald Huber* (Anm. 75), S. 84 (alle Zitate).

77 *Hans Marti*, Dringlichkeit und Notrecht (Der neue Art. 89^{bis} BV), ZSR 69/1950, S. 165 ff., 185 f.

78 *Marti* (Anm. 77), S. 186, 188 f. Ähnlich *Hans Huber* (Anm. 66), S. 18.

79 *Giacometti* (Anm. 63), S. 222.

80 So *Ernst Brack*, Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes unter Berücksichtigung ihrer rechtstheoretischen Grundlagen, Diss. Zürich 1953, S. 56; *Ulrich Häfelin*, Verfassungsgebung, ZSR 93/1974 II, S. 75 ff., 114; *Klaus-Jürgen Mangold*, Staatsnotstand und Pressefreiheit im schweizerischen Recht, Diss. Mainz 1992, S. 50 ff.; *André Manuel*, Les pleins pouvoirs en droit public fédéral suisse, Diss. Lausanne 1953, S. 262 f.; *Mäusli* (Anm. 68), S. 100 ff.; *Hans Nef*, Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, S. 204 f.; *Leo Schürmann*, Das Dringlichkeits- und Notrecht in neuem Gewande. Zur Auslegung des neuen Art. 89^{bis} der Bundesverfassung, Schweizer Monatshefte 1949/1950, S. 582 ff., 585; *Jörg Twenhöven*, Die Stellung der Legislative im Staatsnotstand. Eine Untersuchung über das Staatsnotrecht in der Demokratie unter besonderer Berücksichtigung des Rechtes der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Freiburg (Schweiz), Münster 1972, S. 199 f.; *Hans W. Vokinger*, Kritische Bemerkungen zu Art. 89^{bis} BV (Dringlichkeitsklausel), SJZ 71/1975, S. 330 ff., 331. Vgl. auch *Schelbert* (Anm. 63), S. 218, mit zahlreichen Nachweisen. Anderer Ansicht *Rafael Küffer*, Eine liberale Kritik am Notrecht. *Zaccaria Giacometti* als Protagonist der Schweizer Notrechtsdebatte, Diss. Bern, Tübingen 2014, S. 182, wonach *Giacometti* in der Minderheit war.

81 *Python/Dübby/Panchaud* (Anm. 17), S. 7 f.

In Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV gehe es um den zeitlich dringlichen Schutz von allgemeinen Interessen, womit ein grosser Unterschied zum «wirklichen Notstand» bestehe, «wo der Bestand des Staates selbst auf dem Spiele steht».⁸² Im Lauf der Jahre schlossen sich einige Autoren dieser Meinung an.⁸³

Die intensiv geführte Debatte über den Charakter von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV litt insgesamt erheblich darunter, dass der Notrechtsbegriff unscharf war und das Dringlichkeitsrecht als Element eines ausserordentlichen Rechtsetzungsverfahrens ganz unterschiedlich in das staatliche Schutzdispositiv eingeordnet wurde.⁸⁴ Zwar lässt sich feststellen, dass die Staatsrechtslehre zwischen «echtem» («grossem»), «eigentlichem», «wirklichem») Notrecht und «unechtem» («kleinem», «uneigentlichem») Notrecht differenzierte.⁸⁵ Als «echtes» Notrecht galten von der Bundesverfassung selbst nicht vorgesehene Massnahmen im Fall eines existenziellen Staatsnotstands, die ihrerseits von der Verfassung abweichen durften.⁸⁶ Als «unechtes» Notrecht galten gemeinhin in der Bundesverfassung vorgesehene Massnahmen, die zwar auch dann zur Anwendung kommen konnten, wenn kein eigentlicher «Staatsnotstand» herrschte, die unter Umständen aber – so insbesondere im Sinn von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV – dennoch von der Verfassung abwichen. Weil Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV häufig zum «unechten» Notrecht gezählt wurde, lösten sich die Grenzen zwischen «Dringlichkeitsrecht» und «Notrecht» weitgehend auf.

c. Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV: Verfassungsbindung oder Verfassungsabweichung?

Die Frage, ob Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV eine Rechtsfolge- oder eine Kompetenznorm darstellte, beeinflusste unmittelbar das hier interessierende Problem der Zulässigkeit von Verfassungsabweichungen:

- Diejenigen Autoren, welche sich für eine bloss *Rechtsfolgen*norm aussprachen, hielten nach der Einführung von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV entweder keinerlei Verfassungsabweichungen für rechtlich zulässig – in der Meinung, dass es solche Bundesbeschlüsse auch nach der Einführung des neuen Artikels eigentlich gar nicht geben dürfte –,⁸⁷ oder sie gestanden der Bundesversamm-

lung höchstens zu, sich im Fall eines eigentlichen Staatsnotstands ausnahmsweise auf das extrakonstitutionelle Notrecht berufen zu können.⁸⁸ Die Qualifizierung als Rechtsfolgennorm setzte sich aber, obwohl sie zunächst auch von der Bundesversammlung geteilt wurde, wie dargelegt nicht durch.

- Diejenigen Autoren, welche Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV als *Kompetenz*norm interpretierten, anerkannten konsequenterweise auch das Recht der Bundesversammlung, für eine befristete Zeit von der Bundesverfassung abzuweichen.⁸⁹ Allerdings deuteten sie die Tragweite von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV sehr unterschiedlich: entweder als Kompetenzgrundlage zum Handeln bei Dringlichkeit auch ausserhalb eines existenziellen Staatsnotstands⁹⁰ oder als *eine*⁹¹ oder sogar *einzige*⁹² Kompetenzgrundlage zum Handeln im Fall eines solchen Staatsnotstands.⁹³ Entsprechend unterschiedlich formulierten sie auch Anwendungsvoraussetzungen und -bereich von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV.

Zaccaria Giacometti etwa, der die Bestimmung als einzige, abschliessende Regelung im Sinn eines «Notrechtsartikels» verstand,⁹⁴ forderte entsprechend strikte Anwendungsvoraussetzungen,⁹⁵ liess umgekehrt aber einen breiten Anwendungsbereich zu: Als Bundesbeschlüsse nach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV galten ihm materiell verfassungswidrige Beschlüsse, also solche, die «Gegenstände regeln, die nicht in die Kompetenz des Bundes fallen, oder die gegen Freiheitsrechte oder andere materielle Normen der Bundesverfassung verstossen».⁹⁶ Auf dieser Linie lagen auch zwei – nicht von *Giacometti* betreute – Dissertationen, die betonten, dass Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV keine materiellen Schranken der «Notrechtskompetenz» der Bundesversammlung enthalte.⁹⁷

82 *Python/Düby/Panchaud* (Anm. 17), S. 8.

83 Vgl. *Etienne Grisel*, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Loseblatt, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 89^{bis} aBV N 28; *Erwin Ruck*, *Schweizerisches Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich 1957, S. 232; *Walter Rothenfluh*, *Das Notrecht extra constitutionem in der Schweiz und in Frankreich seit 1914*, Diss. Zürich 1961, S. 116 ff.; *Suter* (Anm. 68), S. 166. Auch *Marcel Regamey*, der Präsident der «Ligue vaudoise» und Mitverfasser der Volksinitiative (Anm. 40), äusserte sich am Juristentag 1950 in dieser Richtung (vgl. Prot. vom 11. September 1950 [Anm. 40], S. 424a f.).

84 Vgl. dazu *Peter Schneider*, *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in der Schweiz*, in: W[alter] E. Genzer/W[olfgang] Einbeck (Bearb.), *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1952, S. 373 ff., 392 f.

85 Vgl. die Nachweise bei *Ralph Trümpler*, *Notrecht. Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda*, Diss. Zürich 2012, Rz. 17 ff.

86 Vgl. *Trümpler* (Anm. 85), Rz. 18.

87 So etwa *Harald Huber* (Anm. 75), S. 83 f.

88 So etwa *Marti* (Anm. 77), S. 183 ff.

89 So etwa *Brack* (Anm. 80), S. 15; *Giacometti* (Anm. 63), S. 221 ff.; *Manuel* (Anm. 80), S. 261 ff.; *Thomas M. Speiser*, *Vom Notrecht in der Demokratie. Der neue Artikel 89^{bis} der Schweizerischen Bundesverfassung*, Diss. Zürich 1953, S. 143 f.

90 Hier lösten sich die Grenzen zwischen Dringlichkeitsrecht und Notrecht allerdings weitgehend auf (siehe auch vorne III.2.b. a.E.); im Sinn reinen Dringlichkeitsrechts etwa *Python/Düby/Panchaud* (Anm. 17), S. 8; *Suter* (Anm. 68), S. 166 f.; wohl auch *Ruck* (Anm. 83), S. 232 (vgl. auch S. 220); *Vokinger* (Anm. 80), S. 331; im Sinn «unechten» Notrechts etwa *Twenhöven* (Anm. 80), S. 203.

91 So etwa *Mangold* (Anm. 80), S. 48 ff., 56; *Manuel* (Anm. 80), S. 279 ff.

92 So etwa *Brack* (Anm. 80), S. 56; *Fleiner/Giacometti* (Anm. 34), S. 789; *Giacometti* (Anm. 69), S. 246 f.; *ders.* (Anm. 63), S. 221 ff.; *Lohse* (Anm. 16), S. 230; *Mäusli* (Anm. 68), S. 102; *Speiser* (Anm. 89), S. 23 f., 128, 145.

93 Vgl. zum Ganzen insb. Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, S. 601; ferner *Georg Müller*, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Habil. Basel, Basel/Stuttgart 1979, S. 167 Fn. 185.

94 Siehe vorne III.2.b.

95 *Z[accaria] Giacometti*, *Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung des neuen Art. 89^{bis} der Bundesverfassung*, NZZ Nr. 2116 vom 17. Oktober 1949, Abendausgabe, Blatt 7.

96 *Giacometti* (Anm. 63), S. 219.

97 *Mäusli* (Anm. 68), S. 103 f.; *Rothenfluh* (Anm. 83), S. 116.

In der ersten Hälfte der 1970er-Jahre erlebte Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV eine noch nie gesehene Hochkonjunktur. Von den zwischen 1949 und 1999 ergangenen insgesamt 16 dringlichen Bundesbeschlüssen, die sich nicht auf die Bundesverfassung stützen konnten,⁹⁸ stammten deren 12 aus den 1970er-Jahren. Ein Grossteil dieser Bundesbeschlüsse hatte die Konjunkturdämpfung zum Ziel und beschnitt zuweilen in schwerwiegender und grundsatzwidriger Weise die Handels- und Gewerbefreiheit, weshalb sie die Bundesversammlung als dringliche Bundesbeschlüsse, die sich nicht auf die Bundesverfassung stützen konnten, qualifizierte.⁹⁹ Dabei ersetzten diese Bundesbeschlüsse die eigentlich notwendige Verfassungsgrundlage zur Einschränkung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit.¹⁰⁰ Darüber hinaus sprachen vereinzelte dringliche Bundesbeschlüsse der Bundesversammlung bzw. dem Bundesrat Kompetenzen zu, die in der Bundesverfassung so nicht vorgesehen waren.¹⁰¹ Sodann suspendierten zwei dringliche Bundesbeschlüsse bestehende Verfassungsbestimmungen für eine gewisse Zeit.¹⁰²

Das rege praktizierte Dringlichkeitsrecht gelangte auch auf die Traktandenliste der Schweizer Staatsrechtslehrtagung, die sich am 24. April 1976 recht eingehend damit befasste. Die meisten Redner lehnten es trotz einer in diese Richtung tendierenden Praxis der Bundesversammlung explizit oder implizit ab, den Anwendungsbereich des dringlichen Bundesbeschlusses nach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV auf ganz bestimmte Abweichungen von der Bundesverfassung, wie insbesondere vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, zu beschränken.¹⁰³

98 Deren drei waren unterjährige dringliche Bundesbeschlüsse. Die Übersicht der Bundeskanzlei wies bis am 21. März 2023 deren vier aus (vgl. nun aber Bundeskanzlei, Dringliche Bundesbeschlüsse ohne Verfassungsgrundlage [nach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV], Laufzeit < 1 Jahr, abrufbar unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vr/vor_2_2_6_5_03.html> [zuletzt besucht am 22. März 2023]). Zwei der überjährigen dringlichen Bundesbeschlüsse kamen nicht zur Abstimmung, da diese schon vorher durch andere Bundesbeschlüsse ersetzt worden waren. Somit kam es in elf Fällen zu einem obligatorischen Referendum, wobei Volk und Stände sämtliche Vorlagen (teilweise mit überwältigender Mehrheit) guthiessen. Vgl. Bundeskanzlei, Dringliche Bundesbeschlüsse ohne Verfassungsgrundlage (nach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV), Laufzeit > 1 Jahr, abrufbar unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vr/vor_2_2_6_5_02.html> [zuletzt besucht am 22. März 2023].

99 So etwa der Bundesbeschluss über Massnahmen zur Stabilisierung des Baumarktes vom 25. Juni 1971 (AS 1971 961).

100 Vgl. insb. Art. 31^{bis} Abs. 2 und 3 aBV.

101 So etwa der Bundesbeschluss über den Schutz der Währung vom 8. Oktober 1971 (AS 1971 1449).

102 So die beiden Bundesbeschlüsse «über die Herabsetzung von Anteilen der Kantone an Bundeseinnahmen im Jahre 1975» vom 31. Januar 1975 (AS 1975 179) und «über die Herabsetzung der Anteile der Kantone an Bundeseinnahmen im Jahre 1978» vom 16. Dezember 1977 (AS 1977 2357). Dass nach 1977 keine dringlichen Bundesbeschlüsse nach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV mehr ergingen, lag unter anderem am Konjunkturartikel von 1978 (AS 1978 484), der auf den Gebieten des Geld- und Kreditwesens, der öffentlichen Finanzen und der Aussenwirtschaft Massnahmen ermöglichte, die von der Handels- und Gewerbefreiheit abwichen (Art. 31^{quinq} Abs. 2 aBV).

103 Vgl. Prot. der Tagung vom 24. April 1976 (Réunion des professeurs de droit public des Universités suisses à Genève, le 24 avril 1976, Le droit d'urgence); dazu auch *Andreas Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 281 f. Das Protokoll

Eine andere Sichtweise, die das Initiativkomitee übrigens schon 1946 angedeutet hatte,¹⁰⁴ vertrat *Jörg Paul Müller* in seiner 1977 veröffentlichten Schrift über «Gebrauch und Missbrauch des Dringlichkeitsrechts nach Artikel 89^{bis} BV». *Müller* war – gewissermassen in Umkehrung der Theorie von *Zaccaria Giacometti* – der Ansicht, dass die Anwendung von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV nicht den existenziellen Staatsnotstand voraussetze,¹⁰⁵ weshalb ihm aber auch bloss eine Art Lückenfüllungsfunktion zukommen konnte.¹⁰⁶ Demnach durfte «im wesentlichen [...] nur die fehlende Bundeskompetenz im Verfahren nach Artikel 89^{bis} BV kompensiert werden» und waren «andere Verfassungsabweichungen [...] nicht zulässig».¹⁰⁷ Überdies betonte *Müller*, dass die Bundesversammlung, auch wenn sie den Weg des Dringlichkeitsrechts beschreite, nicht von der Aufgabe entbunden sei, «die verschiedenen und sich zum Teil widersprechenden Verfassungsziele, wie sie in Grundrechten, staatsleitenden Grundsätzen, Kompetenzbestimmungen und Gesetzgebungsaufträgen enthalten sind, zu optimaler Konkordanz zu führen».¹⁰⁸ Er verglich die Funktion von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV mit derjenigen von Art. 1 ZGB, der «den Richter zur Ergänzung oder – im Rahmen sogenannter ausfüllungsbedürftiger «unechter» Lücken – gar Durchbrechung des gesetzten Rechts ermächtigt».¹⁰⁹ Nach einer offensichtlich von *Müller* inspirierten Dissertation, die allerdings noch weiter ging, stellte «[d]er verfassungsinkonforme dringliche Bundesbeschluss [...] eine selbständige, vom Notrecht gänzlich unabhängige Rechtsetzungsform» dar.¹¹⁰ Die Bundesversammlung habe sich bei der Anwendung von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV «grundsätzlich an die Bundesverfassung zu halten», weshalb dringliche Bundesbeschlüsse gestützt auf Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV bloss eine fehlende Bundeskompetenz begründen könnten.¹¹¹

Am Vorabend der Totalrevision betonte *Etienne Grisel* im Kommentar zur Bundesverfassung, dass Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV nur restriktiv und bloss aus schwerwiegenden Gründen angewandt werden dürfe. Er betonte wie *Jörg Paul Müller*, dass der Artikel nicht auf den existenziellen Staatsnotstand zugeschnitten sei,¹¹² fol-

wurde den Verfassern freundlicherweise von Prof. Dr. rer. publ. Dr. iur. h.c. Andreas Kley zur Verfügung gestellt.

104 Vgl. Schaffhauser Nachrichten vom 27. März 1946, S. 2. Demnach sollte es mitunter darum gehen, dringliche Bundesbeschlüsse, sofern die *Zuständigkeit* des Bundes fehle, wie eine Verfassungsänderung obligatorisch Volk und Ständen vorzulegen.

105 *Jörg P[aul] Müller*, Gebrauch und Missbrauch des Dringlichkeitsrechts nach Artikel 89^{bis} BV, Bern 1977, S. 23 ff.

106 *Müller* (Anm. 105), S. 34. *Rechsteiner* (Anm. 31), Rz. 359, spricht in diesem Zusammenhang von einer «Art Lückenfüllung».

107 *Müller* (Anm. 105), S. 31.

108 *Müller* (Anm. 105), S. 32.

109 *Müller* (Anm. 105), S. 33.

110 *Peter Buss*, Das Dringlichkeitsrecht im Bund. Eine Untersuchung über den dringlichen Bundesbeschluss nach BV 89^{bis} und die Dringlichkeitspraxis der Bundesversammlung während der Jahre 1960–1980, Diss. Basel 1983, S. 93.

111 *Buss* (Anm. 110), S. 93, 209. Dagegen hielten *Yvo Hangartner* und *Andreas Kley*, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1. Aufl., Zürich 2000, Rz. 1184 Fn. 37, die Auslegung, wonach sich «[d]er verfassungsinkonforme dringliche Bundesbeschluss [...] an die Verfassung zu halten hat», für «ein Unding».

112 *Grisel* (Anm. 83), Art. 89^{bis} aBV N 27 f.

gerte daraus aber nicht, dass der Anwendungsbereich wesentlich einzuschränken sei: So hielt er fest, dass ein dringlicher Bundesbeschluss im Sinn von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV entweder keine Grundlage in der Bundesverfassung habe und daher nicht in die Kompetenz des Bundes falle oder mit bestimmten Verfassungsbestimmungen, etwa einem Freiheitsrecht, nicht vereinbar sei.¹¹³ Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV beschrieb demnach «also ausdrücklich Erlasse, die das Grundgesetz verletzen», und stellte «damit die Normenhierarchie in Frage».¹¹⁴

d. Von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV zu Art. 165 Abs. 3 BV

Bei klarerweise im Zeichen der «Nachführung» stehenden Artikeln liegt es nahe, auf dasjenige Verständnis abzustellen, welches Lehre und Praxis der Vorgängerbestimmung in der alten Bundesverfassung zum Zeitpunkt der Totalrevision beizumessen.¹¹⁵ Im Zug der Verfassungsreform sollte Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV, so wie er zuletzt verstanden wurde, beibehalten werden, wobei erstaunlicherweise das 1949 eingefügte angebliche «Machwerk» der «ruinösen» Volksinitiative¹¹⁶ trotz der jahrzehntelangen Kontroversen ohne grosse Diskussionen und – was die deutsche Fassung angeht – lediglich mit terminologischen Retuschen in die neue Bundesverfassung überführt wurde.¹¹⁷ Es sollte hier also ausdrücklich bloss «das [...] geltende Recht mit der neuen Terminologie übernommen» werden.¹¹⁸ Konkret ging es darum, den Wortlaut auf die die neuen Erlassformen der Bundesversammlung abzustimmen, wobei der Übergang von den befristeten dringlichen Bundesbeschlüssen, die rechtsetzende Normen enthielten,¹¹⁹ zu den ebenfalls immer zu befristenden dringlichen Bundesgesetzen keine inhaltliche Neuerung bedeutete. Man verzichtete somit auf eine klarere Formulierung, wie sie etwa das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement 1985 vorgeschlagen hatte.¹²⁰ Immerhin wurden die sprachlichen Unterschiede in den Fassungen beseitigt, wobei die deutsche Fassung als Ausgangspunkt diente, wurde doch aus der Wendung «sich nicht auf

die Verfassung stützen» die Formulierung «keine Verfassungsgrundlage hat».¹²¹ Der französische Text spricht, anders als die Vorgängerbestimmung, nicht mehr von «dérog[e] à la constitution», sondern wie die deutsche Fassung von der fehlenden Verfassungsgrundlage («dépourvue de base constitutionnelle»). Diese sprachliche Angleichung führte zu keinerlei Diskussionen, die auf eine bewusste inhaltliche Änderung hindeuten würden. Trotz der Orientierung am scheinbar engeren deutschen Text konnte also die von *Jörg Paul Müller* vertretene «Lückenfüllungstheorie» zur Zeit der Totalrevision der Bundesverfassung nicht als herrschende Lehre angesehen werden. Solche Stimmen führten aber dazu, dass verfassungsinconforme Bundesbeschlüsse bzw. Bundesgesetze etwas kritischer betrachtet wurden. Der Bundesrat hielt in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung denn auch fest, dass der neue Artikel Abweichungen «von bestimmten Verfassungsnormen (z.B. auch von Grundrechten)»¹²² zwar zulasse, «das bestehende Verfassungsrecht» aber «so weit als möglich» respektiert werden müsse.¹²³ In der parlamentarischen Debatte wurde die Bestimmung nur kurz behandelt. Zum Zeitpunkt der Überführung von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV in die neue Bundesverfassung wurde der Dringlichkeitsartikel also extensiver ausgelegt, als dies die neuere Lehre heute postuliert.

IV. Schlussfolgerungen: Kompetenznorm zur Verfassungsabweichung aus schwerwiegenden Gründen

Was ist nun also ein dringliches Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage im Sinn von Art. 165 Abs. 3 BV? Die in diesem Zusammenhang wiederholt anzutreffenden Verweise auf Formulierung und Entstehungskontext¹²⁴ führen zu einem weitaus weniger eindeutigen Ergebnis, als es die neuere Lehre – wonach damit lediglich Abweichungen von der Kompetenzverteilung im Bundesstaat und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV) gemeint sind – vermuten liesse.

Die Antwort auf die Hauptfrage ist eng verbunden mit der Beantwortung der Vorfrage nach dem Verhältnis zwischen Dringlichkeits- und Notrecht. Die historische Perspektive legt es nahe, zwischen den Stimmen, die deren strikte Tren-

113 *Grisel* (Anm. 83), Art. 89^{bis} aBV N 26.

114 *Grisel* (Anm. 83), Art. 89^{bis} aBV N 26.

115 *Biaggini* (Anm. 27), Einleitung N 21.

116 So *Hans Huber*, zit. nach *Kley* (Anm. 103), S. 216.

117 Diskutiert wurde in den Verfassungskommissionen nur über eine mögliche Streichung der Befristung (vgl. *Karin Sutter-Somm*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, 1. Aufl., Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Art. 165 N 1).

118 Votum SR Frick, Berichterstatte Kommission, AB 1998 SD S 132.

119 Vgl. Art. 6 des Bundesgesetzes über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse vom 23. März 1962 (Geschäftsverkehrsgesetz, aGVG; AS 1962 773) in der Fassung vom 23. März 1962 (Bestimmung in Kraft vom 1. Dezember 1962 bis zum 1. Januar 2000).

120 Vgl. Modell-Studie vom 30. Oktober 1985 des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen, BBl 1985 III 161, Art. 98 Abs. 3 («Ist der Bund zum Erlass des dringlich erklärten Bundesgesetzes nach Massgabe des zweiten Teils der Verfassung nicht zuständig, so ist es innerhalb eines Jahres nach dem Inkrafttreten der Abstimmung von Volk und Ständen zu unterbreiten. [...]»).

121 So schon Art. 142 des Verfassungsentwurfs 1995 (Vernehmlassungsentwurf).

122 Grundrechte sind ein unglückliches Beispiel, da sie grundsätzlich bei Einhaltung von Art. 36 BV durch ein Bundesgesetz eingeschränkt werden können (vgl. insb. *Thomas Gächter*, *Demokratie und Dringlichkeit. Gedanken zu Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts der schweizerischen Bundesverfassung*, in: Isabelle Häner [Hrsg.], *Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte. Beiträge für Alfred Kölz*, Zürich 2003, S. 75 ff., 93). Unter Art. 165 Abs. 3 BV fallen sie erst, wenn die Einschränkungen in der Bundesverfassung selbst vorgesehen sein müssten (so bei Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit).

123 Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung (BBl 1997 I 1, S. 392).

124 Siehe vorne II. a.E.

nung fordern,¹²⁵ und denjenigen, welche in Art. 165 BV eine Bestimmung des konstitutionellen Notrechts sehen,¹²⁶ eine vermittelnde Haltung einzunehmen. Das Dringlichkeitsrecht nach Art. 165 BV ist eindeutig vom «unechten», das heisst konstitutionellen Notrecht zu unterscheiden,¹²⁷ sofern es sich um ein dringliches Bundesgesetz *mit* Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 2 BV) handelt. Das dringliche Bundesgesetz *ohne* Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 3 BV) weist jedoch einen engen Konnex zum Notrecht auf. Das zeigt die gesamte Diskussion zu Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV.¹²⁸ Fast alle Stimmen, die sich bis zur Mitte der 1970er-Jahre zur Tragweite dieser Bestimmung äusserten, stellten zumindest implizit diesen Zusammenhang her, und Art. 165 Abs. 3 BV wird entsprechend bis heute vereinzelt dem konstitutionellen Notrecht zugeordnet.¹²⁹ Die Argumentation, dass das Dringlichkeitsrecht nicht zum Notrecht gehöre, weil sich das parlamentarische Verfahren nach Art. 165 BV – abgesehen von der Dringlichkeitsklausel – nicht vom ordentlichen Verfahren unterscheide, das dringliche Bundesgesetz parlamentarisch-demokratisch voll legitimiert sei und zudem normenhierarchisch denselben Rang besitze wie die übrigen Bundesgesetze,¹³⁰ trifft – wenn auch mit Einschränkungen –¹³¹ auf das dringliche Bundesgesetz *mit* Verfassungsgrundlage, nicht aber auf dasjenige *ohne* Verfassungsgrundlage zu, bei dem Verfassungsänderung und Ausführungsgesetzgebung in einem Akt zusammenfallen. Das Verfahren nach Art. 165 Abs. 3 BV unterscheidet sich somit vom ordentlichen Verfahren der Verfassungs- und Gesetzgebung erheblich. Auch überspielt ein dringliches Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage die herkömmliche Normenhierarchie, setzt es doch zeitlich befristetes (materielles) Verfassungsrecht. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte scheint es deshalb angebracht, Art. 165 Abs. 3 BV notrechtliche Züge zuzuerkennen.

Vor diesem Hintergrund greift es zu kurz, den Anwendungsbereich von Art. 165 Abs. 3 BV a priori einzig auf Abweichungen von der Kompetenzordnung

und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beschränken. Eine solch restriktive Auslegung von Art. 165 Abs. 3 BV müsste mit aktuellen teleologischen Argumenten begründet werden können. Allerdings dürfte es angesichts der gegenwärtigen und künftig zu erwartenden Bedürfnisse der Krisenbewältigung schwerfallen, den engen Anwendungsbereich mit einem aktualisierten Normsinn zu begründen. Überdies ist die Inanspruchnahme kantonaler Kompetenzen durch den Bund nicht zwangsläufig verfassungsschonender als eine Abweichung von anderen Verfassungsbestimmungen.¹³²

Dem möglichen Schädigungs- bzw. Missbrauchspotenzial von Art. 165 Abs. 3 BV ist nicht in erster Linie mit einem engen Anwendungsbereich, sondern mit restriktiven Anwendungsvoraussetzungen zu begegnen: Voraussetzung für die Anrufung von Art. 165 Abs. 3 BV ist – zusätzlich zu der ohnehin erforderlichen zeitlichen Dringlichkeit, das heisst der Unmöglichkeit, das ordentliche Rechtsetzungsverfahren zu beschreiten –,¹³³ dass im Vergleich zu Art. 165 Abs. 2 BV eine (noch) *qualifizierte(re) sachliche Dringlichkeit* vorliegt.¹³⁴ Überdies ist die Dringlichkeit stets sorgfältig zu begründen.¹³⁵ Das Verfahren nach Abs. 3 darf nur gewählt werden, wenn *schwerwiegende, zwingende Gründe* dies erfordern,¹³⁶ mit anderen Worten ein vorübergehendes Ausbrechen aus der Verfassung als unumgänglich erscheint.¹³⁷ Je grundlegender die zu suspendierende Verfassungsnorm ist, desto gewichtiger muss das verfolgte Anliegen sein, damit ein dringliches Bundesgesetz als verhältnismässig und gerechtfertigt erscheint.¹³⁸ Sodann ist in Übereinstimmung mit den meisten Stimmen der Lehre festzuhalten, dass elementarste Bestimmungen wie etwa die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 BV, die Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen nach Art. 36 BV, insbesondere der Schutz der Kerngehalte, und die zwingenden Bestimmungen des Völker-

125 So etwa Biaggini (Anm. 27), Art. 165 N 11, oder Tschannen (Anm. 27), Art. 165 N 10.

126 So etwa Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1165, oder Sutter-Somm (Anm. 117), Art. 165 N 2.

127 Vom «echten Notrecht» ist es ohnehin zu unterscheiden; siehe vorne III.2.b. a.E.

128 Eine solche Unterscheidung innerhalb des Artikels nahm bereits der Bundesrat in seinem Bericht von 1948 (Anm. 44) vor, indem er Art. 89^{bis} Abs. 1 und 2 aBV unter dem Titel «Die dringlichen Bundesbeschlüsse» und Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV unter dem Titel «Das Notrecht» erörterte.

129 Vgl. etwa Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 438 (vgl. Rz. 432: «intrakonstitutionelles Notstandsrecht»); Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1801 («konstitutionelles Notstandsrecht»); Daniel Moeckli, Sicherheitsverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3, Zürich 2020, VIII.8, S. 2259 ff., Rz. 34 («konstitutionelles Notstandsrecht»).

130 So Biaggini (Anm. 27), Art. 165 N 2 unter Hinweis auf Wytenbach (Anm. 27), Art. 165 N 4; eingehend zur Frage des Rangs in der Normenhierarchie Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1124 f.

131 Siehe vorne Anm. 15.

132 Siehe etwa vorne Anm. 24.

133 Bei der Beurteilung der zeitlichen Dringlichkeit ist zu berücksichtigen, dass die Zeitersparnis gegenüber dem ordentlichen Rechtsetzungsverfahren im Fall von Art. 165 Abs. 3 BV grösser ist als im Fall von Art. 165 Abs. 2 BV, weil bei verfassungssuspendierenden dringlichen Bundesgesetzen ja sogar die ordentlicherweise erforderliche vorgängige formelle Verfassungsänderung entfällt. Eine fehlende zeitliche Dringlichkeit *allein* stellt im Übrigen keinen Fall einer fehlenden Verfassungsgrundlage im Sinn von Art. 165 Abs. 3 BV dar. Inhaltlich verfassungsmässige Bundesgesetze, denen es an der zeitlichen Dringlichkeit fehlt, sind stets dem ordentlichen vorgängigen Referendum zu unterstellen (so [zu Art. 89^{bis} aBV] bereits Giacometti [Anm. 63], S. 219).

134 Ähnlich bereits Müller (Anm. 105), S. 22, wonach die Dringlichkeit im Fall von Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV «anders beurteilt werden muss» als im Fall von Abs. 1. Vgl. auch Wytenbach (Anm. 27), Art. 165 N 17, wonach bei Bundesgesetzen ohne Verfassungsgrundlage «höhere Anforderungen an die Notwendigkeit» zu stellen sind. Ferner Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1134.

135 Vgl. zur (häufig mangelhaften) Begründung in der Staatspraxis Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1135 ff.

136 Vgl. zur Rechtfertigung durch «schwerwiegende Gründe» Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1134, unter Hinweis auf Grisel (Anm. 83), Art. 89^{bis} aBV N 6, und Müller (Anm. 105), S. 23 f.

137 So Gächter (Anm. 122), S. 93.

138 Ähnlich Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Anm. 20), Rz. 1115.

rechts auch im Verfahren nach Art. 165 Abs. 3 BV zu beachten sind. Das Mass an sachlicher Dringlichkeit, das einen derart weitgehenden Eingriff rechtfertigen könnte, ist in dem auf ein funktionierendes Parlament angewiesenen Dringlichkeitsverfahren schlicht nicht vorstellbar.

Die allgemein zu beobachtende Tendenz der Bundesversammlung, obligatorische Volksabstimmungen mit Doppelmehrerfordernis möglichst zu vermeiden, führt gerade im Bereich des Dringlichkeitsrechts zu fragwürdigen Erscheinungen, indem verfassungssuspendierende dringliche Bundesgesetze entweder auf weniger als ein Jahr befristet oder gar nicht auf Art. 165 Abs. 3 BV, sondern auf Art. 165 Abs. 2 BV abgestützt werden. Diese Praxis stösst – zu Recht – auf grundlegende Kritik, die jüngst sogar in eine Volksinitiative gemündet ist.¹³⁹ Diese sogenannte «Giacometti-Initiative» würde sämtliche, also selbst die verfassungskonformen dringlichen Bundesgesetze dem obligatorischen Referendum unterstellen – eine Forderung, die der Rechtspositivist *Zaccaria Giacometti* allerdings kaum unterstützt hätte.¹⁴⁰ Der radikale – und kaum praktikable – Ansatz sollte der Bundesversammlung aber als Weckruf dazu dienen, ihre Rolle als Hüterin der Bundesverfassung ernst(er) zu nehmen, die – hohe – Hürde der (qualifizierten) sachlichen Dringlichkeit zu respektieren und die obligatorische Abstimmung nicht zu umgehen, indem sie eine eigentlich verfassungssuspendierende Vorlage bloss Art. 165 Abs. 2 BV unterstellt.

139 Eidgenössische Volksinitiative «Volk und Stände entscheiden über dringlich erklärte Bundesgesetze!» (BB1 2022 166).

140 Vgl. dazu auch *David/Kümin* (Anm. 25), S. 9 f. (Schmid).