

Miriam Sahlfeld

Wie streng ist das Erneuerungsverbot in Artikel 165 Absatz 4 BV auszulegen?

Bundesgesetze dringlich zu erklären, hält die Bundesversammlung seit 2020 wieder häufiger für nötig. Im Ersthilfekoffer zur Bewältigung der jüngsten Krisen scheinen dringlich erklärte Bundesgesetze das Mittel der Wahl zu sein, um die Reaktionsfähigkeit des Parlaments auf eine identifizierte Bedrohung zu beweisen. Das Parlament hat indessen bereits in der Covid-19 Krise mit dem Postulat 22.3010 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates «Referenden zu dringlich erklärten Bundesgesetzen und Verhältnis zum Erneuerungsverbot gemäss Artikel 165 Absatz 4 der Bundesverfassung. Klärungsbedarf» den Willen bekundet, sich kritisch mit den Rechtsfolgen einer Dringlich-erklärung, insbesondere für den Fall eines Referendums, auseinandersetzen zu wollen.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Miriam Sahlfeld, Wie streng ist das Erneuerungsverbot in Artikel 165 Absatz 4 BV auszulegen?, in: LeGes 33 (2022) 3

Inhaltsübersicht

1. Dringliche Gesetze nach der Covid-19-Pandemie
2. Erneuerungsverbot gemäss Art. 165 Abs. 4 BV
 - 2.1. Regelungsgehalt gemäss Wortlaut
 - 2.2. Entstehungsgeschichte
 - 2.3. Zielsetzung
3. Wie lange ein Erneuerungsversuch verboten ist
4. Unter welchen Voraussetzungen das Erneuerungsverbot greift
 - 4.1. Zugrundeliegender Sachverhalt
 - 4.2. Die Massnahme
5. Welche Folgen ein Verstoss gegen Artikel 165 Absatz 4 BV hätte
6. Schlussfolgerung

[1] Der Beitrag von PATRICK MÄGLI in diesem Heft erläutert, warum ein Ausserkrafttreten dringlich erklärter Änderungen an der Referendumsvorlage, die vor der Volksabstimmung gemacht wurden, zu befürworten ist (MÄGLI 2022). Der nachfolgende Text will einen Beitrag zu der sich daran anschliessenden Diskussion leisten, wie die sachliche und zeitliche Reichweite des Erneuerungsverbots zu bestimmen ist. Die Frage stellt sich – wie das Postulat 22.3010 zurecht aufwirft – akzentuiert, wenn dringliche Erlasse, zu denen das Referendum ergriffen wurde, dringlich geändert werden. Bei einer Ablehnung des Grunderlasses ist in dieser besonderen Konstellation zu entscheiden, ob die dringlich erklärten, nachträglichen Änderungen, die nicht Gegenstand der Abstimmung sind, ebenfalls dem Erneuerungsverbot unterliegen. Aber auch unabhängig von dieser besonderen Konstellation ist nur unzureichend untersucht, was dem Erneuerungsverbot unterliegt und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben.

1. Dringliche Gesetze nach der Covid-19-Pandemie

[2] Seit der Einreichung des Postulats 22.3010 im Kontext der Covid-19-Pandemie wurde im Rahmen der Energiekrise die dringliche Gesetzgebung abermals aktuell. Die Bundesversammlung hat in der Herbstsession 2022 einen Entwurf 4 zur Pa. Iv. 21.501 der UREK-N, «Indirekter Gegenentwurf zur Gletscherinitiative Netto. Null Treibhausgasemissionen» (Winterstromgesetz) für dringlich erklärt¹ und in der Schlussabstimmung angenommen, obwohl die Verfassungsmässigkeit des Erlasses (Stellungnahme BJ, 2022) und dessen Dringlichkeit (GRIFFEL 2022) vorher in Frage gestellt worden waren. Die Vorlage wurde dem fakultativen Referendum unterstellt. Sollte dieses erfolgreich ergriffen werden, würde das Gesetz am 30. September 2023 ausser Kraft treten. Eine Erneuerung wäre ausgeschlossen. Ob sich die besondere Konstellation einer dringlichen Änderung eines dringlich erklärten, im Referendum angegriffenen Erlasses wie in der Covid-19-Pandemie wiederholen wird, ist noch offen. Es wurde bereits eine parlamentarische Initiative eingereicht², mit dem Ziel, bis Ende 2022 im Energiegesetz den Ausbau im Genehmigungsverfah-

¹ BG vom 30. September 2022 (Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter), AS 2022, 543. Das qualifizierte Mehr nach Art. 77 des Parlamentsgesetzes (SR 171.10) wurde deutlich erreicht: NR Ja-Stimmen 165; Nein-Stimmen 14; Enthaltungen 6; SR Ja-Stimmen 39; eine Enthaltung.

² UREK-N Pa. Iv. 22.461 Dringliches Gesetz zur Beschleunigung von fortgeschrittenen Windparks und von grossen Vorhaben der Speicherwasserkraft.

ren weit fortgeschrittener Speicherwasserkraftwerke und Windenergieanlagen ebenfalls dringlich beschliessen zu können.

2. Erneuerungsverbot gemäss Art. 165 Abs. 4 BV

2.1. Regelungsgehalt gemäss Wortlaut

[3] Absatz 4 bezieht sich gleichermaßen auf alle dringlichen Erlasse der Bundesversammlung – jene mit Verfassungsgrundlage nach Absatz 2, die dem fakultativen Referendum, sowie jene ohne Verfassungsgrundlage nach Absatz 3, die dem obligatorischen Referendum unterstehen.³

[4] In erster Linie bezieht sich der Absatz auf überjährige Erlasse, da nur diese dem abrogativ wirkenden Referendum unterstehen. Zu Recht wird jedoch in der Lehre gefordert, dass auch bei unterjährigen Erlassen eine Erneuerung nur im ordentlichen Verfahren zu erfolgen habe (TSCHANNEN 2014, Rz. 24) oder bei einer dringlichen Verlängerung eines unterjährigen dringlichen Erlasses eine Unterstellung unter das Referendum erforderlich sei, wenn die Geltungsdauer gesamthaft ein Jahr überschreitet.

[5] Der Absatz 4 spielt seine Rolle ab dem Moment, ab dem das Referendum gegen einen dringlichen Erlass erfolgreich war und die Jahresfrist nach der Annahme durch die Bundesversammlung verstrichen ist. Nach diesem Zeitpunkt durch den Bundesrat unterbreitete oder durch das Parlament erarbeitete Erlasse sind darauf zu untersuchen, ob sie eine Erneuerung des in der Abstimmung abgelehnten Erlasses darstellen. Nach dem Wortlaut ist nicht eindeutig, ob nur ein Erneuerungsversuch mittels dringlichem Erlass verboten ist oder auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Die Botschaft erläutert, dass eine Erneuerung im ordentlichen Verfahren möglich sein soll (BBl 1997 I 1, 391). Ein bisher nie aufgetretener Anwendungsfall betrifft die Konstellation, dass die Abstimmung nicht durchgeführt bzw. seitens Bundesversammlung verhindert wurde, weil der Erlass vor der Volksabstimmung aufgehoben wurde (BIAGGINI 2017, Art. 165, Rz. 13; SÄGESSER 2000, Rz. 502)⁴. Für letzteren Fall ist ungeklärt, ob die absichtliche Unterschreitung der einjährigen Geltungsdauer, um die Abstimmung zu vermeiden, die Erneuerung im ordentlichen Verfahren verhindert (SÄGESSER 2000, Rz. 503).

[6] Artikel 165 Absatz 4 BV richtet sich an die Bundesversammlung. Sie hat jedoch indirekt auch Einfluss auf den Handlungsspielraum des Bundesrates im Rahmen von Artikel 185 Absatz 3 BV⁵, da der Bundesrat innert sechs Monaten für verfassungsunmittelbare Verordnungen eine Botschaft zu präsentieren hat. Handelt es sich bei einer verfassungsunmittelbaren Verordnung, die gemäss Artikel 7d Absatz 2 Bestimmung a RVOG in ein formelles Gesetz überführt werden soll, um die Verlängerung einer früheren – vielleicht unterjährigen – verfassungsunmittelbaren Verordnung, wird der Bundesrat im Hinterkopf haben müssen, dass das Parlament bei

³ Bislang hat es zwar dringliche Gesetze ohne Verfassungsgrundlage gegeben, z.B. Änderung des Bundesgesetzes vom 10. Dezember 2020 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) (Covid-19: Teilnahme an Abstimmungen im Nationalrat; Unterbruch oder Verschiebung der Session; AS 2020 5375). Diese waren jedoch unterjährig, und daher nicht dem obligatorischen Referendum unterstellt.

⁴ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) (Covid-19: Teilnahme an Abstimmungen im Nationalrat; Unterbruch oder Verschiebung der Session), AS 2020, 5375, das vom 11. Dezember 2020 bis zum 1. Oktober 2021 in Kraft war und als unterjähriges Gesetz nicht dem Referendum unterstellt wurde.

⁵ Antrag des Bundesrates vom 19. Mai 2021 auf Ablehnung der Motion Schwander 21.3402 «Überführung der finanziellen Unterstützungsmassnahmen aus dem Covid-19-Gesetz in ein separates Covid-19-Finanzhilfengesetz».

der Behandlung eines solchen Erlassentwurfs ebenfalls Artikel 165 Absatz 4 BV zu beachten hat. Die Rechtsfolge eines verbotenen verfassungswidrigen Erneuerungsversuchs ist unklar. Ob ein solcher Erneuerungserlass als nicht massgebend im Sinne von Artikel 190 BV eingestuft werden könnte, wäre gesondert zu vertiefen.

[7] Zu berücksichtigen ist, dass Anliegen eines im ordentlichen Verfahren verabschiedeten Grundgesetzes, die in einer Volksabstimmung scheitern, ohne weiteres erneut vorgelegt werden können. Mündet die Abstimmung in eine Ablehnung, so unterscheiden sich diese Willensäußerungen dadurch, dass beim Dringlichkeitsweg die Stimmbevölkerung die Anwendung des Erlasses in der Regel bereits beobachten und erleben, ohne dass sie sich jedoch *vor* dem Inkrafttreten während der üblichen Fristen im Rahmen der Unterschriftensammlung und des Abstimmungskampfes mit der Vorlage auseinandersetzen konnte.

[8] Nicht immer fällt auch die verwaltungsinterne Meinungsbildung und die Vernehmlassung der Dringlichkeit zum Opfer. Das Verfahren und die Behandlungsdauer bei dringlich erklärten und ordentlich beratenen Erlassen ist grundsätzlich gleich, erfolgt doch die Dringlicherklärung erst nach der Beratung. Es liegt im Ermessen der Ratspräsidien, die Behandlung zu beschleunigen (Art. 85 Abs. 2 ParlG; SR 171.10).

2.2. Entstehungsgeschichte

[9] Der Drang der Bundesversammlung mit dringlichen Erlassen zu legiferieren war in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand von Kritik. GIACOMETTI sprach bereits von Parlamentsdiktatur (GIACOMETTI 1937, 45 ff.). In der Aufarbeitung der Covid-19-Krise durch die Lehre wurde die Entwicklung des Dringlichkeitsrechts detailliert nachgezeichnet (SCHMID/HERZOG/STIFFLER 2021, Rz. 4). Das Parlament erklärte seit den 1930er-Jahren u.a. gestützt auf den Beschluss über «Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität» (BBl 1939 II 213) vermehrt Bundesbeschlüsse für dringlich, die in die verfassungsmässigen Rechte der Einzelnen eingriffen. Was das Erneuerungsverbot betrifft, wurde dieses – betreffend allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse – nicht schon 1939 durch den Gegenentwurf zur Volksinitiative betreffend die «Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel» (BBl 1938 II 205), sondern erst 1949 aufgrund der Volksinitiative «für die Rückkehr zur direkten Demokratie» in Artikel 89^{bis} aBV aufgenommen (AS 1949 1511). Ob die Bestimmung die gewünschte Wirkung zeigte, ist umstritten, da soweit Referenden gegen dringliche Erlasse ergriffen wurden, diesen an der Urne in der Regel kein Erfolg beschieden war. Dies wird zum einen auf die Neigung, vollendeten Tatsachen zuzustimmen, zurückgeführt. Zum anderen führe der aufgrund der Befristung provisorische Charakter des Erlasses häufig zu einer Annahme (SCHMID/HERZOG/STIFFLER 2021, Rz. 18)

2.3. Zielsetzung

[10] Das Erneuerungsverbot soll verhindern, dass der Wille des Volkes und gegebenenfalls der Stände missachtet und unmittelbar nach der Ablehnung eines Erlasses dasselbe Gesetz erneut im Dringlichkeitsverfahren, d.h. ohne vorgängige Referendumsmöglichkeit, beschlossen wird (GÄCHTER 2021, S. 337). Der missbräuchlichen Anwendung des Dringlichkeitsrechts auf Situationen, in denen keine Dringlichkeit (mehr) vorlag, sollte ein Riegel geschoben werden. Dies

drängte sich umso mehr auf, als das Dringlichkeitsrecht zum Teil bemüht wurde, um in Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit einzelne Wirtschaftszweige zu unterstützen. Die Perpetuierung von dringlichen Erlassen sollte nur noch mit nachträglicher Billigung des Stimmvolks möglich sein. Auch aus dieser Zielsetzung lässt sich ableiten, dass eine Erneuerung eines zunächst dringlichen Erlasses im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren im Sinne einer Heilung zulässig sein muss (BIAGGINI 2017, Art. 165 Rz. 13; TSCHANNEN 2014, Art. 165, Rz. 24; SÄGESSER 2000, Rz. 503).

3. Wie lange ein Erneuerungsversuch verboten ist

[11] Handelt es sich in sachlicher Hinsicht um einen Fall des Erneuerungsverbots, sind dessen Grenzen auch in zeitlicher Hinsicht auszuloten. Die Frage ist nicht gleich drängend, weil eine Erneuerung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ohnehin möglich ist. Damit die dringliche Neuauflage eines abgelehnten Erlasses nicht als Erneuerungsversuch gilt, müsste bis zur Inkraftsetzung mindestens so viel Zeit vergangen sein, wie durchschnittlich zu veranschlagen wäre bis zur Inkraftsetzung nach ordentlichem Gesetzgebungsverfahren. Mit Vernehmlassung und Beratung wäre dabei wohl von einer Dauer von nicht unter zwei Jahren auszugehen. Ein anderer Ansatz könnte darin bestehen, dass unabhängig vom zeitlichen Abstand zur Ablehnung des Grunderlasses eine neue Legislatur abgewartet werden muss. Eine neu zusammengesetzte Bundesversammlung wäre sicher nicht durch ein Erneuerungsverbot gebunden, da das Wahlvolk die Einstellung seiner Repräsentanten zum Dringlichkeitsrecht berücksichtigen kann. Fällt die Ablehnung des Grunderlasses in den Anfang einer Legislatur könnte dies indessen eine vorübergehende Blockade auslösen. Daher wären mindestens zwei Jahre abzuwarten, sofern nicht zuvor Nationalratswahlen stattfinden.

4. Unter welchen Voraussetzungen das Erneuerungsverbot greift

[12] Mangels Ablehnungen im Referendum war bislang nie zu entscheiden, ob eine neue Vorlage durch das Erneuerungsverbot blockiert wäre. Es erscheint indessen naheliegend zu fragen, wie und in welcher Hinsicht die abgelehnte Vorlage und der Erneuerungsversuch gleich oder ähnlich sein müssen, damit das Erneuerungsverbot greift. Andersherum gefragt, was wäre entscheidend, damit dieses Verbot gerade nicht greift.

[13] Unerheblich ist für die rechtliche Beurteilung, ob das Erneuerungsverbot greift, aus welchen Gründen der dringliche Grunderlass abgelehnt wurde. Je nachdem mit welchen Gesetzesmaterien der Grunderlass im Eifer des Gefechts beladen worden ist, kann dies zu unglücklichen Konstellationen führen, weil – wie sonst auch – ein problematischer Teil die Vorlage zum Kippen bringen kann. Allerdings geht dann nicht nur die Abstimmung verloren. Vielmehr ist der gesamte Regelungsinhalt grundsätzlich dem Erneuerungsverbot unterworfen.

[14] Für die Frage, ob es sich um eine Erneuerung handelt, kann auf folgende Elemente abgestellt werden: Der zugrundeliegende Sachverhalt (3.1), die ergriffene Massnahme (3.2). Will man sich ein Bild von der Wirkung des Erneuerungsverbotes machen, so erscheint es angezeigt – glücklicherweise – fiktive Beispiele zu bilden, die hier in Bezug auf die genannten drei Elemente zur Veranschaulichung herangezogen werden sollen.

Beispiel 1 (Abschwächung)

[15] Die aktuellen Krisen verstärken sich und führen dazu, dass der AHV-Ausgleichsfond erheblich unterfinanziert ist und die Renten daher nicht mehr sicher sind. Das Parlament beschliesst dringlich eine Erhöhung des Rentenalters auf 70 Jahre. Die Änderung wird vom Volk abgelehnt. Das Parlament beschliesst im Anschluss dringlich:

- eine Änderung auf 68 Jahre;
- die Festlegung einer Lebensarbeitszeit.

Beispiel 2 (Aliud)

[16] Das jüngst dringlich beschlossene Winterstromgesetz⁶, würde im Frühling an der Urne abgelehnt⁷. Das Parlament würde gemäss der jüngst eingereichten Pa. Iv. 22.461 ein dringliches Gesetz zur Beschleunigung von fortgeschrittenen Windparks und von grossen Vorhaben der Speicherwasserkraft beschliessen. Die parlamentarische Initiative in ihrer ursprünglichen Fassung vom 22. September 2022 kopiert für die Speicherwasserkraftwerke im Wesentlichen die verfahrensrechtlichen Anpassungen, die in einem Referendum gegen das Bundesgesetz vom 30. September 2022 über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter durch Photovoltaik-Grossanlagen abgelehnt worden sind (keine Planungspflicht; Standortgebundenheit; grundsätzlicher Vorrang der Versorgungssicherheit). Was die dringlichen Gesetze unterscheidet, ist vor allem die Art der Stromerzeugung. Bei den Windparks wird eine andere Lösung angestrebt; dort sollen der Nutzungsplan die Baubewilligung ersetzen und nur der Nutzungsplan, nicht aber die darauf gestützte Bauausführung anfechtbar sein.

Beispiel 3 (geltungserhaltende Reduktion)

[17] In diesem Beispiel ist davon auszugehen, dass das Covid-19-Gesetz in der Fassung des Grunderlasses am 13. Juni 2021 an der Urne abgelehnt worden wäre. Folgende Erneuerungsvarianten sollen hier betrachtet werden; dass die Änderungen des Grunderlasses bereits vor einem ersten Referendum in Kraft getreten waren, bleibt hier unberücksichtigt:

- Das Rumpfgesetz wird so geändert, dass Gegenstands- und Grundsatzbestimmungen sowie *alle* vom Referendum nicht betroffenen Bestimmungen aus Änderungserlassen wieder vervollständigt werden, dass sie angewendet werden können.
- Es wird ein Gesetz erlassen, das *nur* Gegenstands- und Grundsatzbestimmungen sowie Bestimmungen über das Inkrafttreten und die Geltungsdauer für jene Bestimmungen vorsehen, die mit den Änderungserlassen vom 18. Dezember 2020 und 20. März 2021 nachträglich in den mit der Referendumsabstimmung abgelehnten Grunderlass aufgenommen wurden und die eine selbstständige Bedeutung haben (z.B. neu konzipierten Art. 12–13 bzw. 4a, 6a und 11a), enthält (MÄGLI 2022, Ziff. 3.2 Referendumslogik am Ende).

⁶ Siehe oben Fn. 1.

⁷ Ausgeklammert bleibt hier die Überlegung, dass die Initialisierung solch langfristig wirkender Projekte grundsätzlich nicht dringlich ermöglicht werden sollte, vgl. dazu GRIFFEL.

4.1. Zugrundeliegender Sachverhalt

[18] Klar sein dürfte einerseits, dass der zugrundeliegende Sachverhalt nicht identisch sein muss, damit das Erneuerungsverbot greift. Ansonsten hätte die Norm keinen Anwendungsbereich. So ist man in der Covid-19-Pandemie zu Recht davon ausgegangen, dass nicht schon neue Virusvarianten, das ansonsten bloss Andauern einer vergleichbaren epidemischen Bedrohungslage ein Jahr später nach einer Ablehnung des Covid-19-Gesetzes, dessen Neuauflage die Anwendung des Erneuerungsverbot ausgeschlossen hätten (in diesem Sinne wohl auch MÄGLI 2022, Ziff. 3.2).

[19] Andererseits stellt es sich als schwierig heraus, bei welcher Sachverhaltsänderung das Erneuerungsverbot nicht mehr greifen soll, weil das Parlament reagieren können muss. Das Hinzutreten ganz neuer Gefahren (z.B. Probleme der Trinkwasserversorgung) eröffnet selbstverständlich den vollen Handlungsspielraum des Parlaments. Würde aber z.B. eine Mehrheit der an Covid-19 erkrankten, aber nicht verstorbenen Personen zu Pflegefällen, bekäme der bestehende Grundsachverhalt eine neue Qualität, die den Sachverhalt dem Erneuerungsverbot entziehen würden. Da es in der Natur der Gesetzgebung im Vergleich zum Einzelakt liegt, in einem Sektor einen Sachverhalt für eine gewisse Dauer abstrakt zu regeln, darf nicht jede im Moment der Schlussabstimmung bereits als möglich eingeschätzte Entwicklung das Erneuerungsverbot aushebeln. Es liesse sich daher abstrakt formulieren, dass Änderungen des Sachverhalts, die eine im Zeitpunkt der Schlussabstimmung nicht vorhersehbare oder als vorhergesehene, aber unwahrscheinlich verworfene intensivere Beeinträchtigung derselben Rechtsgüter oder die Beeinträchtigung neuer Rechtsgüter zur Folge haben, die Sperrwirkung des Erneuerungsverbots entfallen lässt.

4.2. Die Massnahme

[20] Eine im Referendum gegen ein dringliches Bundesgesetz abgelehnte Massnahme kann trotz des Erneuerungsverbots erneuert werden, wenn sich der zugrundeliegende Sachverhalt (4.1) geändert hat. In der Realität wird ein geänderter Sachverhalt aber kaum eine identische Massnahme verlangen.

[21] Eher vorstellbar ist daher der Fall, dass die Lage nach einer Referendumsablehnung weitgehend gleichgeblieben ist und allfällige Massnahmen zur Lösung des fortbestehenden Problems sich von den abgelehnten unterscheiden müssen, damit sie nicht am Erneuerungsverbot scheitern. Zu klären ist daher, auf welche Faktoren abzustellen ist, um eine Massnahme als gleichartig zu qualifizieren. Als Kriterien drängen sich der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich, die Eingriffstiefe der Regelung auf.

[22] Im *ersten Beispiel* ändert sich nach der Abstimmung nichts am Sachverhalt der Unterfinanzierung der AHV. Die neue Massnahme einer Lebensarbeitszeit wäre sicher aufgrund ihres Mechanismus als neue Massnahme zu qualifizieren, die das Erneuerungsverbot nicht fürchten müsste. Dennoch müsste das Parlament prüfen, ob die Belastungen verschiedener Bevölkerungsgruppen ähnlich ausfallen wie beim Rentenalter 70. Das Rentenalter mit 68 wäre letztlich eine abgemilderte Form der abgelehnten Massnahme. An diesen Beispielen zeigt sich, dass die Ablehnung der mit einem dringlichen Gesetz getroffenen Massnahmen und auch das Erneuerungsverbot zum einen auf die *Art der Massnahme* und zum anderen auf die *Auswirkung bzw. den Erfolg der Massnahme* bezogen werden können. Hier wird dafür plädiert, dass eine Erneuerung der Auswirkung (Rentenbezug 5 Jahre später) vom Erneuerungsverbot blockiert wäre. Eine gleichartige Massnahme mit

milderer Wirkung (Rentenbezug 3 Jahre später) könnte das Parlament hingegen mit dem Risiko einer erneuten Ablehnung vorschlagen. Dies führt im Ergebnis zwar zu einem unbefriedigenden Ping-Pong zwischen Parlament und Volk. In diesem konkreten Beispiel würde die Dringlichkeit angesichts gebotener Übergangsbestimmungen ohnehin nicht schon vor einem Referendum zu einer Verlängerung der Arbeitszeit führen.

[23] Im *zweiten Beispiel* bleibt das Winterstromproblem als Sachverhalt ebenfalls unverändert. Im Sinne einer Massnahme werden Photovoltaik-Grossanlagen durch grosse Speicherwasserkraftwerke ersetzt. Der Grundmechanismus des Verzichts auf die Planungspflicht wie in Artikel 71a Absatz 1 Bestimmung c *Energiegesetz* (EnG; SR 730), sowie des grundsätzlichen Interessenvorranges nach Artikel 71a Absatz 1 Bestimmung d EnG bliebe indessen unverändert. Reicht es aus, die Energiequelle und damit die betroffenen Technologien, Regionen und Personen auszutauschen, um von einer nicht dem Erneuerungsverbot unterliegenden Massnahme zu sprechen? Gegen eine Anwendung des Erneuerungsverbots spricht, dass eher nicht dieselben Grundrechtsträger betroffen wären und der Erfolg ein anderer wäre. Vieles spricht jedoch dafür, dass die Gleichartigkeit ausgeprägter ausfallen müsste. Zu beachten ist insbesondere, dass der Anknüpfungspunkt des Verbots die Ablehnung im Referendum ist. Gegenstand des Referendums wären nicht nur die Technologie und die möglichen betroffenen Personen und Landschaften, sondern auch die gegenüber dem ordentlich geschaffenen Recht abweichende Abwägung öffentlicher Interessen zulasten des Natur- und Heimatschutzes. Die Erneuerung einer solchen einmal abgelehnten Auswirkung sollte durch das Erneuerungsverbot nach Artikel 165 Absatz 4 BV blockiert sein. Dafür spricht ausserdem, dass eine Erneuerung im ordentlichen Verfahren innerhalb von ca. 2 Jahren möglich wäre.

[24] Im dritten Beispiel gehen wir davon aus, dass sich die pandemische Lage nach dem 13. Juni 2021 nicht wesentlich verändert hat. Die Erneuerung in der ersten Variante geht klar zu weit, da damit auch solche Bestimmungen wiederbelebt werden, die im Referendum abgelehnt wurden. So wurde z.B. die Massnahme zur Entschädigung des Erwerbsausfalls (Art. 15 Abs. 1 *Covid-19-Gesetz*) durch einen Satz ergänzt, der den Personenkreis näher bestimmt. Der im Änderungs- bzw. Erneuerungserlass zum Ausdruck gebrachte Wille des Parlaments kann sich nicht verwirklichen, wenn das Volk die Ausrichtung der Entschädigung des Erwerbsausfalls an sich abgelehnt hätte. Anders verhält es sich jedoch bei jenen Massnahmen, mit denen eine in der Pandemie neue Wirkung erzielt werden soll. Dies wäre z.B. der Fall mit der Änderung vom 18. Dezember 2020 betreffend die Härtefallregelungen (Art. 12 und 13) und der Delegationen an den Bundesrat zu den Impf-, Test- und Genesungsnachweisen (Art. 6a). Auch wenn die Grundkonstruktion, oder anders ausgedrückt die Übungsanlage, des Covid-19-Gesetzes als Sammelsurium von Delegationsbestimmungen gleich ausgestaltet bliebe, wäre die Wirkung der später vom Parlament beschlossenen Massnahmen eine ganz andere als jene der abgelehnten: Unternehmen können Hilfen erhalten; die Zertifikate können genutzt werden, um anlassbezogen das Risiko einer Ansteckung zu definieren. Würde die Wirkung des Erneuerungsverbots auf diese Massnahmen ausgedehnt, wäre dies gleichbedeutend mit einer unzulässigen Erweiterung des Referendumsgegenstands. Die demokratisch legitimierte Willensäusserung, die zu dieser Frage im Parlament stattgefunden hat, würde durch das Referendum zum Grunderlass aufgehoben *und* beim Erneuerungsversuch blockiert. Dies obwohl während der Unterschriftensammlung gegen den Grunderlass die neuen Massnahmen gar noch nicht hätten diskutiert werden können. Werden also in einer gleichbleibenden Lage, eingebettet in ein abgelehntes Rumpfgesetz neue Massnahmen ergriffen, sollte eine Erneuerung zulässig sein. Wollte man die Konstruktion des Delegationssammelsuriums als Art

der Massnahme im Covid-Gesetz an sich ablehnen, liesse sich nur schwer begründen, warum diese besser demokratisch legitimierte Vorgehensweise gegenüber den ansonsten in Betracht kommenden Notverordnungen nach Artikel 185 Absatz 3 BV abzulehnen sein sollen. Zudem bleibt es allfälligen Gegnern unbenommen, die erneuerten Änderungsbestimmungen ebenfalls durch ein Referendum zu bekämpfen.

5. Welche Folgen ein Verstoß gegen Artikel 165 Absatz 4 BV hätte

[25] Offen muss bleiben, wie Gerichte mit dem unwahrscheinlichen Fall umgehen müssten, dass ein Gesetz unter Verstoß gegen Artikel 165 Absatz 4 BV dringlich verabschiedet und gestützt darauf gehandelt würde. Grundsätzlich schützt Artikel 190 BV die Gesetze der Bundesversammlung (HANGARTNER/LOOSER, SG-Kommentar, Art. 190 Rz. 43). Ob hier wirklich von einer in der Lehre entwickelten Anwendungskonstellation einer partiellen Verfassungswidrigkeit auszugehen wäre, namentlich von einer formellen Verfassungswidrigkeit wäre zu diskutieren. HANGARTNER und LOOSER (SG-Kommentar, Art. 190 Rz. 30) halten dies mit weiteren Hinweisen für denkbar, wenn einem Erlass die demokratische Legitimation abzusprechen ist (z.B. wenn Mehrheits – oder Quorumsvorschriften nach Artikel 159 BV oder das Zweikammerprinzip verletzt wurden oder ein Erlass nicht dem Referendum unterstellt wurde). Da auch das entgegen Artikel 165 Absatz 4 dringlich erneuerte Gesetz – mindestens bei überjähriger Geltungsdauer – dem Referendum unterstellt wäre, stellt sich diese Frage nur bei unterjährigen Erlassen bzw. wenn unterjährige Erlasse zur Umgehung eines erneuten Referendums aneinandergereiht werden.

6. Schlussfolgerung

[26] Eine theoretische Erfassung aller denkbaren Kombinationen von dringlichem Ausgangserlass und dem Erneuerungserlass kann dieser Beitrag nicht leisten. Die Differenzierung zwischen dem zugrundeliegenden Sachverhalt einerseits und den Massnahmen andererseits erscheint als sinnvoller Ausgangspunkt für Überlegungen dazu, ob das Erneuerungsverbot greifen soll. Eine Auslegung der Gründe der Ablehnung an der Urne zur Ermittlung der Erneuerungsmöglichkeiten verbietet sich, da trotz Umfragen die Ursachen für das Wahlergebnis immer spekulativ bleiben werden.

[27] Für die Frage, ob eine Massnahme dem Erneuerungsverbot unterliegt, ist darauf abzustellen, ob der Erneuerungserlass gleichartige Belastungen für die Rechtsgüter derselben gesellschaftlichen Gruppen oder für öffentliche Interessen herbeiführt. Ein gleichartiger aber in der Schwere abgemildeter Eingriff sollte zulässig sein, insbesondere wenn keine anderen mildereren Mittel zur Verfügung stehen.

[28] In der Praxis ist davon auszugehen, dass die Initianten eines dringlichen Erlasses, um die Auslösung des Erneuerungsverbots zu verhindern, ganz bewusst versuchen werden, diesen inhaltlich so auszutarieren, dass alle am Kompromiss beteiligten Akteure und ihre politischen Anhänger bei einer Ablehnung zu viel zu verlieren hätten. Auf diese Weise wirkt das Erneuerungsverbot präventiv, indem es nicht konsensfähige dringliche Vorlagen verhindert.

[29] Blicke zu erwähnen, dass der Bundesrat seinerseits keinem Erneuerungsverbot unterliegt, was seine verfassungsunmittelbaren Verordnungen betrifft. Beurteilt er eine Lage in einer Weise, dass er eine Massnahme verordnen will, die in Gestalt eines dringlichen Grunderlasses bereits

vom Stimmvolk an der Urne abgelehnt wurde, so verbietet es die Verfassung ihm nicht, eine entsprechende Verordnung nach Artikel 184 Absatz 3 oder Artikel 185 Absatz 3 BV zu beschliessen.

MIRIAM SAHLFELD, Dr. iur, LL.M, Rechtsanwältin, Bundesamt für Justiz, Chefin Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung II.

Literatur

BIAGGINI, GIOVANNI (2017): Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich, Art. 165.

BÜHLER DENNIS (2021): Und wenn das Covid-19-Gesetz abgelehnt wird?, in: Republik online, 2. Juni 2021, <https://www.republik.ch/2021/06/02/und-wenn-das-covid-19-gesetz-abgelehnt-wird> [25.10.2022].

GÄCHTER, THOMAS (2021): 5. Teil Demokratisch-rechtsstaatliche Prozesse, in: Giovanni Biaggini / Thomas Gächter / Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, S. 326–359.

GIACOMETTI, ZACCARIA (1937): Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.) Festgabe Fritz Fleiner, Zürich, S. 45ff.

GRIFFEL, ALAIN (2022) zitiert im Beitrag von Oliver Washington: «Dringliches Energiegesetz-Umweltrechtler sieht forcierte Solaroffensive kritisch» in: SRF, Echo der Zeit vom 28. September 2022, Dringliches Energiegesetz – Umweltrechtler sieht forcierte Solaroffensive kritisch – News – SRF [25.10.2022].

HANGARTNER, YVO / LOOSER, MARTIN E. (2014): Art. 190, in: Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Auflage. Zürich, Rz. 43.

MÄGLI, PATRICK (2023): Referenden bei dringlich erklärten Bundesgesetzen. Umgang mit Änderungen an der Referendumsvorlage, die vor der Volksabstimmung gemacht werden, in: LeGes 33 (2022) 3.

RIELLE, YVAN (2010): Erfolgreiche Initiative setzt den Dringlichkeitskompetenzen des Parlaments Grenzen, in: Wolf Linder / Christian Bolliger / Yvan Rielle (Hrsg.): Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007. Bern, S. 217–219.

SÄGESSER, THOMAS (2000): Die Bundesbehörden, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Bern, Rz. 501.

SCHMID, STEFAN G. / HERZOG, MICHA / STIFFLER DUMENIG (2021): Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, in: Jusletter 7. Juni 2021, S. 1.

SCHMID, STEFAN G. / HERZOG, MICHA (2021): Dringliche Gesetzgebung auf dem Prüfstand, in: Jusletter 22. November 2021.

TSCHANNEN, PIERRE (2014): Art. 165, in: Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich, Rz. 24.

Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom 19. September 2022 zur Verfassungsmässigkeit von Artikel 71a E-Energiegesetz gemäss Beschluss des Ständerats vom 15.09.2022, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20210501/Gutachten%20BJ%20D.pdf> [25.10.2022].