

Historisches Seminar der Universität Zürich

Prof. Dr. Tobias Straumann; MAS Applied History, Modul 2.4 "Diktaturen und Diktatoren"; Frühlingsemester 2020

Notrecht – nicht gekommen, um zu bleiben

Essay vom 23. April 2020



(comic strip von Project Harambe, gefunden auf twitter.com am 14. April 2020)

Daniel Marugg

marugg@marugg-dr.ch

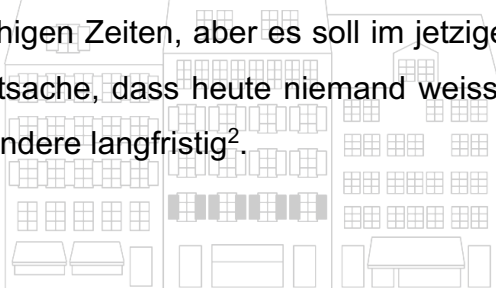
INHALTSVERZEICHNIS

1. EINLEITUNG	3
2. HAUPTTEIL	3
2.1. Notrechtsregime während der Covid-19-Pandemie.....	3
2.2. Vollmachtenregime des 2. Weltkriegs.....	5
2.3. Ausstieg aus dem gegenwärtigen Notrechtsregime	5
3. FAZIT	8



1. Einleitung

- 1 In der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie regiert der Schweizerische Bundesrat seit dem 13. März 2020 mit Notrecht¹. Diese Arbeit diskutiert ausgewählte Aspekte und Auswirkungen dieser Situation und vergleicht sie historisch und rechtlich mit derjenigen des sog. Vollmachtenregimes während und nach dem 2. Weltkrieg. Die rechtlichen Erläuterungen werden dabei so knapp wie möglich gehalten.
- 2 Sodann wird insbesondere behauptet und begründet, weshalb der Ausstieg aus dem derzeitigen Notrechtsregime möglichst rasch vonstatten gehen sollte. Es ist ein Positionspapier in unruhigen Zeiten, aber es soll im jetzigen Moment gewagt werden, eingedenk der Tatsache, dass heute niemand weiss, wie es konkret weitergeht, kurz- und insbesondere langfristig².



2. Hauptteil

2.1. Notrechtsregime während der Covid-19-Pandemie

- 3 Nach ersten implementierten "*Massnahmen in einer besonderen Lage*" gemäss Art. 6 EpG zur Bekämpfung des Coronavirus hat der Bundesrat mit den aktuell geltenden "*Massnahmen in einer ausserordentlichen Lage*" gemäss Art. 7 EpG eskaliert und dazu die sog. COVID-19-Verordnung 2 ("**V2**")³ erlassen.
- 4 Die rechtlich zentrale Bestimmung ist Art. 185 Abs. 3 BV, als Anwendungsfall der sog. polizeilichen Generalklausel⁴. Sie räumt dem Bundesrat als Exekutive die

¹ Notverordnungscompetenz des Bundesrats, vereinfacht "Notrecht" genannt. Verfassungsgrundlagen: Art. 185 Abs. 3 BV grundsätzlich und Art. 58 Abs. 2 BV mit Bezug auf die Armee, gesetzliche Grundlage *in casu*: Art. 7 Epidemiengesetz ("**EpG**"). Hinzu kommen die Kompetenzen der Bundesversammlung zur Gesetzgebung bei Dringlichkeit (Art. 163 BV) und zum Erlass von Notverordnungen (Art. 173 BV Abs. 1 Bst. c BV). Dieses System ist gespiegelt in den Kantonsverfassungen; s. bspw. Art. 72 der Verfassung des Kantons Zürich. Die gestützt auf diese Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen erlassenen Verordnungen und Verfügungen werden für diese Arbeit gesammelt als "**Notrechtsregime**" bezeichnet.

² S. dazu u.a. Stefan Pinker, NZZ vom 11. April 2020, S. 27: "*Das meiste, was nun gesagt und geschrieben wird, wird sich als falsch herausstellen.*"

³ <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20200744/index.html>; Abruf 23.4.2020. Diese befristete Verordnung wurde bereits mehrmals angepasst, sie erfährt laufend weitere Überarbeitungen und wird durch weitere Verordnungen und Verfügungen ergänzt.

⁴ Die polizeiliche Generalklausel kann angerufen werden, wenn fünf Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Bedrohtes, fundamentales Rechtsgut (Leib und Leben als klassischer Fall), 2. Schwere

ausserordentliche Kompetenz ein, ohne Zustimmung des Parlaments und der Kantone sowie Miteinbezug des Volks und ohne besondere gesetzliche Grundlage die ihm notwendig erscheinenden Verordnungen und Verfügungen zu erlassen. Damit sind zum einen die in der Bundesverfassung verankerte Gewaltentrennung, die institutionellen *checks and balances*, ausser Kraft gesetzt. Zum anderen bedeuten die angeordneten Einschränkungen teilweise massive Eingriffe in die Grundrechte, u.a. namentlich in die Versammlungsfreiheit⁵ oder in die Wirtschaftsfreiheit⁶. Solche Eingriffe sind nur gestattet, wenn das öffentliche Interesse solche erfordert und sie verhältnismässig sind⁷.

5 Zur teilweisen Abfederung der wirtschaftlichen Folgen hat der Bundesrat ein umfassendes Massnahmenpaket⁸ erlassen, das laufend erweitert wird, wohl dann auch durch das Parlament kraft seiner in Fn 1 erwähnten Kompetenzen, u.a. in der ab dem 4. Mai 2020 beginnenden Ausserordentlichen Session.

6 Die massiven Grundrechtseingriffe wurden bei Erlass und in den ersten Wochen von Volk und Politik grundsätzlich akzeptiert. Weil sich mit dem Zeitablauf einerseits die schlimmsten Befürchtungen betreffend Verbreitung der Pandemie und namentlich der Überlastung des Gesundheitswesens hierzulande bislang nicht bewahrheitet haben und weil andererseits die wirtschaftlichen Folgen immer schmerzhafter erlebt werden, geht es seit dem 16. April 2020⁹ um den Ausstieg aus diesem Notrechtsregime, unter Weiterführung und Anpassung der flankierenden wirtschaftlichen Linderungsmaßnahmen. Ohnehin ist für eine demokratische Rechtsordnung inhärent, dass es Notrecht nur temporär geben darf.

Störung oder Gefahr, 3. Dringlichkeit, 4. Subsidiarität (wenn die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen zur Abwehr der Störung nicht ausreichen), 5. Verhältnismässigkeit.

⁵ Art. 22 BV; so sind u.a. Art. 7 Bst. c V2 Menschenansammlungen von mehr als 5 Personen im öffentlichen Raum verboten.

⁶ Art. 27 BV; so sind u.a. gemäss Art. 6 Abs. 2 V2 zahlreiche Wirtschaftsbetriebe geschlossen.

⁷ Art. 36 BV. Konkret: Ist die Massnahme geeignet, notwendig und zumutbar? Unsere Rechtsordnung kennt im Gegensatz bspw. zu den USA keine Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze. Das Bundesamt für Justiz ("BJ") obliegt im Einzelfall die Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme, wobei sich der Bundesrat über das ihm hierarchisch untergeordnete BJ hinwegsetzen kann.

⁸ Übersicht Massnahmenpaket, abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus.html (Abruf 23.4.2020).

⁹ Ankündigung des Bundesrats der ersten gestaffelten Lockerungen von Massnahmen.

2.2. Vollmachtenregime des 2. Weltkriegs

- 7 Ein Bundesbeschluss der Bundesversammlung vom 30. August 1939 erteilte dem Bundesrat "*unbeschränkte Vollmacht zur Vornahme aller Massnahmen*" zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität, unter Einräumung eines "*unbegrenzte[n] Kredit[s]*"¹⁰. Der Beschluss gestattete dem Bundesrat u.a. den Erlass von Verordnungen ohne Gesetzes- und Verfassungsgrundlage.
- 8 Der Bundesrat interpretierte seine Vollmachten weit, im Sinne eines exekutiven "Durchregierens". Kritik oder gar Widerspruch regte sich im damaligen Zeitgeist der geistigen Landesverteidigung wenig. Der Bundesrat masste sich mit Zustimmung der Mehrheit der Bundesversammlung sogar Befugnisse an, die nach der hier vertretenen Auffassung nicht nur aus heutiger Sicht klar rechtswidrig waren¹¹, und er wollte dieses Zepter nach Kriegsende freiwillig nicht mehr abgeben – dem Kampf gegen den Faschismus folgte nun der Kalte Krieg. Erst zwei Volksinitiativen¹² führten Ende 1952 zur Aufhebung der letzten Vollmachtenerlasse. Der durch das erlassene Vollmachtenrecht entstandene Wildwuchs musste schliesslich mit einer Rechtsbereinigung aufgeräumt werden¹³.

2.3. Ausstieg aus dem gegenwärtigen Notrechtsregime

- 9 Die Bekämpfung eines Virus ist kein Krieg, auch wenn die Kriegsmetapher weiterhin gedankenlos oder machtgetrieben verwendet wird, und dem heute amtierenden Bundesrat ist zuzubilligen, sich verantwortungsbewusst und nicht so zu verhalten wie der "Kriegsbundesrat". Der heutige Zeitgeist ist zudem ein anderer als

¹⁰ Botschaft und Bundesbeschluss sowie Bundesblatt im Originaltext abrufbar auf der Website des IVR der Universität Zürich: <https://www.ivr.uzh.ch/dam/jcr:00000000-57f0-cba7-0000-000006676517/Vollmachtenbeschluesse.pdf> (Abruf 23.4.2020).

¹¹ Bspw. der berüchtigte Beschluss, Schweizerinnen auszubürgern, wenn sie einen Ausländer heirateten. Weiter wurden auch die Wehrsteuer, die heutige direkte Bundessteuer, während des Vollmachtenregimes erlassen, sowie auch verschiedene sozialpolitische Massnahmen/Errungenschaften (Arbeitnehmer-, Mieter- und Konsumentenschutz).

¹² S. namentlich die am 11. September 1949 angenommene "Eidgenössische Volksinitiative 'für die Rückkehr zur direkten Demokratie'" (<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19490911/det148.html>; Abruf 23.4.2020).

¹³ Seit dem 1. Januar 1948 vereinigt die 15-bändige Bereinigte Sammlung das Bundesrecht (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-65759.html>; Abruf 23.4.2020).

derjenige während der existenziellen Bedrohung des 2. Weltkriegs sowie während des Kalten Kriegs.

- 10 Weiter ist das heutige Notrechtsregime im Gegensatz zum Vollmachtenregime nicht extrakonstitutionell, sondern legitim. Auch sind die bundesrätlichen Verordnungen und Verfügungen im Gegensatz zu denjenigen während dem 2. Weltkrieg befristet¹⁴, und das heutige Parlament ist gewillt, seine verfassungsmässige Funktion bald wieder aufzunehmen.
- 11 Die Gefahr liegt andernorts. Sie ist sowohl schleichend wie auch systemisch. Die Einführung eines Notrechtsregimes ist schneller getan als dessen Wiederabschaffung. Direktes exekutives Regieren mit Notrechtskompetenzen ist einfacher als dasjenige nach erfolgtem parlamentarischem Diskurs, und namentlich die Verwaltung richtet sich ohne ausreichende Kontrolle – und durchaus ohne explizit bösen Willen – strukturell rasch ein in dieser Situation. Die Ideen der BJ und BAG sowie der kantonalen Gesundheitsdirektion, die Sitzung des Zürcher Kantonsrats am 30. März 2020 in der Messe Zürich aus gesundheitlichen Überlegungen zu untersagen, können bspw. noch gutgemeintem Übereifer zugeschrieben werden. Sie wurden auch rasch als rechtswidrig erkannt und verworfen¹⁵.
- 12 Während jedoch die schweizerische Wirtschaft unter den massiven Eingriffen leidet und Unternehmungen in Konkurs gehen und die Arbeitslosenzahl steigt, sind ähnliche Schicksale für die Staatsadministration und deren Mitarbeiter nicht zu erwarten. Im Gegenteil, die Verteilung der finanziellen Mittel sowie die absolut notwendige Kontrolle und gegebenenfalls (Straf-)Verfolgung von Missbrauchenden dieser Steuergelder erfordern wohl zusätzliche Staatsressourcen. Dasselbe gilt für Korrekturen und den teilweise notwendigen Ausbau (oder Wiederaufbau) im Gesundheitswesen. Aber es gilt das Diktum: Was man dem Staat an neuen Kompetenzen gibt, gibt er so schnell nicht wieder her. Staatliche Institutionen sind notwendig, aber es ist dafür Sorge zu tragen, dass diese jetzt erst recht nicht ins Uferlose wachsen, ebenso, dass der Staat die ihm übertragenen Aufgaben effizient erledigt.

¹⁴ Die Situation ist rechtlich nicht so eindeutig, wie man aufgrund der vielzitierten Befristung der V2 mit sechs Monaten meinen könnte, weil Verlängerungen an sich möglich sind.

¹⁵ Art. 72 Abs. 2 KV; s. u.a. https://www.kantonsrat.zh.ch/media/35876/medienmitteilung_gl_notstandsmassnahmen.pdf (Abruf 23.4.2020).

13 Wiewohl auf die Einschätzungen und Empfehlungen der Epidemiologen und Virologen zu hören ist¹⁶, muss rasch eine Balance gefunden werden zwischen medizinischen Massnahmen und den gravierenden wirtschaftlichen¹⁷ und gesellschaftlichen Folgen des Notrechtsregimes. Man weiss heute empirisch mehr als zu Beginn der Pandemie und kann entsprechend reagieren. Diese Diskussion ist politisch breit zu führen, im Parlament, unter Anhörung der Stände und der Interessensvertreter, und allenfalls muss in bestimmten Fällen der Souverän seinen Willen mit seinen verfassungsmässigen Rechten durchsetzen. Zu dieser Diskussion gehören zu gegebenem Zeitpunkt – wenn etwas Ruhe eingekehrt ist – auch die Analyse der angeordneten Massnahmen und die schonungslose Aufarbeitung von Fehlern und Versäumnissen. Exekutive und Verwaltung obliegt die nachträgliche Rechenschaftspflicht.

14 Es finden sich reihum auch ausreichend Befürworter, unbedarfte Staatsgläubige oder solche mit einer expliziten Agenda, die in der gegenwärtigen Bedrohungssituation Gefallen an diesem exekutivlastigen System finden und insbesondere die gegenwärtige Verteilung oder Umverteilung von Steuergeldern für ihre Zwecke noch erweitern wollen. Es geht dabei durchaus nicht nur um Forderungen aus dem politisch linken Spektrum. Die massiven Eingriffe in die Wirtschaft zeitigen querverbeet einschneidende Konsequenzen, und entsprechend ertönen aus allen Ecken Rufe nach finanzieller Hilfe. Das ist dort an sich verständlich, wo die wirtschaftliche Notlage durch die bundesrätlichen Massnahmen unverschuldet entstanden ist, jedoch namentlich dort genauer zu prüfen, wo sich unternehmerisches Unvermögen jetzt einfach akzentuiert¹⁸. Und es ist dort inakzeptabel und nicht gutzuheissen, wo

¹⁶ Aber nicht unkritisch, sind sich die Wissenschaftler doch nicht einig, wie täglich den Medien entnommen werden kann. Ohne Vorliegen eines Impfstoffs wird es wohl auf die Tatsache hinauslaufen, dass eine zu rasche sog. Durchseuchung der Bevölkerung mit dem Virus das Gesundheitssystem und eine zu langsame Wirtschaft und Bevölkerung überfordern würde.

¹⁷ Erst recht kritisch ist der jüngst ergangenen Prognose des IMF zu begegnen, wonach die Weltwirtschaft 2020 nun um 3% schrumpfen werde (<https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>; Abruf 23.4.2020), können doch auch Ökonomen zur Stunde viel zu wenig wissen, um seriöse Prognosen in dieser Dimension abzugeben.

¹⁸ Bspw. erleiden die allermeisten schweizerischen Unternehmen und v.a. KMUs jetzt finanzielle Einbussen verschiedenster Art, es muss jedoch die Frage gestellt werden, ob es richtig ist, jede Unternehmung, welche in besseren Zeiten nicht für mindestens ein paar Monate "Reserven" ge-
öffnet hat, nun mit Steuergeldern über Wasser zu halten.

gleichzeitig Staatshilfe beantragt und Dividenden ausgeschüttet werden, selbst wenn das mit "vorher", bspw. dem "guten Geschäftsjahr 2019", begründet wird¹⁹.

- 15 Ebenso haben Politik und letztlich der Souverän sorgsam darauf zu achten, insofern politische Akteure nun versuchen, das staatliche Füllhorn weiter zu öffnen oder damit noch anderes zu finanzieren, was nicht durch die Pandemie und die zu ihrer Bekämpfung erlassenen Massnahmen verursacht worden ist. Die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen des Notrechtsregimes sind bereits gravierend genug und dürfen nach der hier vertretenen Ansicht nicht noch durch Forderungen wie bspw. die Einführung eines unbedingten Grundeinkommens, zusätzlichen Vermögenssteuern oder von weitergehenden "keynesianischen" Konjunkturprogrammen und damit der weiteren Erhöhung der Staatsquote verstärkt werden.

3. Fazit

- 16 Die Covid-19-Pandemie fordert und testet Staat und Gesellschaft tiefgreifend. Trotzdem und umso mehr ist die verfassungsmässige Ordnung möglichst bald wiederherzustellen und das Notrechtsregime ganz zurückzufahren, ohne Überführung, auch nicht teilweise, ins ordentliche Recht. Je rascher in einer freien Gesellschaft die Grundrechte wieder etabliert sind, desto eher besteht die Möglichkeit, dass sie sich auch mit Eigeninitiative zu erholen vermag, nicht nur wirtschaftlich.
- 17 Aber auch in der laufenden "Übergangszeit" ist Zurückhaltung und Augenmass bei allfällig weiteren Notrechtssetzungen und den noch andauernden Grundrechtseingriffen sowie der Mittelverteilung zu üben. Es ist ja nicht absehbar, wie lange diese Pandemie andauert sowie ob uns, wie verschiedentlich prophezeit, in den kommenden Jahren weitere Pandemien heimsuchen werden. Freie Gesellschaften und Staaten müssen sich solchen Bedrohungen zukünftig stellen können, ohne jeweils in einen Notrechtsmodus umzuschalten. Das sind grosse Herausforderungen, die nach der hier vertretenen Überzeugung nur freie Gesellschaften und Rechtsstaaten auf Dauer und effektiv bewältigen können.

¹⁹ Verluste werden sozialisiert, Gewinne dagegen privatisiert. Das gewählte Titelbild ist denn auch namentlich in diesem Sinn zu verstehen.

LITERATURVERZEICHNIS

Gasser, C. (19. Oktober 2015). Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Eine Inhaltsanalyse zur Begründung der Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit aus demokratietheoretischer Sicht. Kerns.

Giacometti, Z. (1945). *Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft*. Zürich: Polygraphischer Verlag.

Kley, A. (2020). *Verfassungsgeschichte der Neuzeit: Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz* (4. Ausg.). Bern: Stämpfli.

Rechsteiner, D. (2016). Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen. Dike Verlag Zürich/St. Gallen.

Schnurr, E.-M. (23. März 2020). Herfried Münkler über die Coronakrise: "Keine Gefahr für unsere Demokratie". *Der Spiegel*.

Tschentscher, A. (2014). Supreme Court und Schweizerisches Bundesgericht als Modelle integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit. *Beihefte zu Der Staat, Heft 22, Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte : Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012*.