

# Notrecht im Rechtsstaat vor dem Hintergrund der Corona Krise

Referat Walter Haller, Rotary Club Küsnacht, 3.9.20

In einem *autoritären Regime* werden alle grundlegenden Entscheide durch den Staatschef, eine Militärjunta oder die Parteiführung getroffen. Das gilt auch dort wo – wie in China – ein Scheinparlament wie der Nationale Volkskongress mit seinen 3000 Delegierten – diese Entscheide (jeweils einstimmig) absegnen.

In einem *Rechtsstaat* ist das anders. Alle Träger staatlicher Macht unterstehen dem Recht, und dieses Recht (Verfassung, Gesetze) geht vom Volk aus, sei es direkt via Referendum, sei es durch volkgewählte Parlamente. Die Regierungen sind an dieses Recht gebunden (Legalitätsprinzip). Unabhängige Gerichte überwachen deren Einhaltung. Es findet also eine Gewaltenteilung statt (Montesquieu; checks and balances). Die Machtteilung erfolgt, um die Würde und Freiheit des Einzelnen vor staatlicher Willkür zu schützen.

Gilt dies auch bei einem *Staatsnotstand*, d.h. wenn der Staat und seine Bevölkerung durch Krieg, Naturkatastrophen, Atomunfälle wie in Fukushima, koordinierte terroristische Akte wie vor 5 Jahren in Paris oder eine Epidemie erschüttert werden? Unbedingt notwendige Massnahmen müssen dann sehr rasch angeordnet werden. Es bleibt keine Zeit, um im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu entscheiden, eine sorgfältige Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Grundrechte ist nur beschränkt möglich. All das erfordert eine Kompetenzverlagerung vom Parlament auf die Regierung und von den Gliedstaaten auf die Zentralregierung, ferner sind besondere Einschränkungen der Grundrechte (z.B. bei einer Pandemie der Versammlungs- und der Wirtschaftsfreiheit) unumgänglich. Dabei besteht die Gefahr, dass eine machthungrige Regierung den Notstand bloss vorschiebt, d.h. den Notstand missbräuchlich anruft und sich nach Beendigung der Notlage an ihre Notstandsbefugnisse klammert.

Gliederung Referat in zwei Teile:

1. Wie ist das Problem des Notstandes in ausgewählten Demokratien und in verschiedenen Epochen angegangen worden? Natürlich kann das nur skizzenhaft und selektiv erfolgen.
2. Wie wurde die Corona-Krise in der Schweiz bisher *rechtlich* bewältigt?

Die Geschichte liefert uns ein eindrückliches Beispiel dafür, wie Notrecht zur Errichtung einer Diktatur missbraucht werden kann. Man denkt vor allem an den berühmten

„Notstandsartikel“ 48 der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Dieser stellte dem Reichspräsidenten einen Blankocheck aus, um bei ernsthafter Störung der Sicherheit und Ordnung die zu deren Wiederherstellung nötigen Massnahmen zu treffen, notfalls mit Hilfe des Militärs. Nach dem Reichstagsbrand 1933, der den Kommunisten untergeschoben wurde, ebnete diese ominöse Bestimmung den Weg für die permanente Ausschaltung des Parlaments und die totalitäre Diktatur Hitlers.

Schon das Staatsrecht der *römischen Republik* erkannte das Problem, dass Kriege und andere staatsbedrohende Krisen die Ausstattung einer Person mit weitreichenden ausserordentlichen Vollmachten erfordern können. Es traf aber Vorsorge gegen den Missbrauch solcher Vollmachten. Vor allem zwei Sicherungen sind hier zu nennen: 1. Nur der Senat durfte den Entscheid treffen, ob ein Notstand vorliege. Eine Selbsteinsetzung als Diktator kam also nicht in Frage. 2. Die Sondervollmachten waren zeitlich befristet: Sie fielen spätestens nach 6 Monaten automatisch dahin.

Verschiedene Verfassungen enthalten keine spezifischen Regelungen für den Notstand, stellen aber andere Lösungen für dringliches Handeln zur Verfügung. So stehen dem *amerikanischen Präsidenten* weitreichende Befugnisse zu, um unter Umgehung des Kongresses Dringlichkeitsrecht zu erlassen. Allerdings werden ihm institutionelle Schranken gesetzt. Beispiel: Als mitten im Koreakrieg Arbeitskonflikte die Stahlproduktion fast lähmten, liess Präsident Truman kurzerhand die Stahlwerke beschlagnahmen. Das wurde gerichtlich angefochten. Der Supreme Court hiess die Klage gut, weil er im Vorgehen Trumans eine unzulässige, dem Kongress vorbehaltene Ausübung legislativer Befugnisse sah. Präsident Trump, aber auch seine Vorgänger George W. Bush und Obama, haben einen ausgiebigen Gebrauch von diesen sog. *executive agreements* gemacht. Gerichtliche Tests stehen noch an. Jedenfalls rechtfertigt die Angst eines Präsidenten um seine Wiederwahl nicht den Einsatz von Notrecht.

Gibt es in der *geltenden schweizerischen Bundesverfassung* eine Notstandsregelung? Zwar fehlt eine eigentliche Regelung für den Notstand, wie sie einige Nachbarstaaten kennen. Das heisst aber nicht, dass der Bundesrat tatenlos zusehen muss, wenn eine schwere Krise rasches Handeln erfordert. Dazu möchte ich einen kleinen verfassungsgeschichtlichen Einschub einfügen. Die *alte BV von 1874* sah den Einsatz von Notrecht nicht vor. Sie war ganz auf Schönwetterlagen ausgerichtet. Um aber die Existenz und Funktionsfähigkeit des Staats auch in den *beiden Weltkriegen* sicherzustellen, erliess die Bundesversammlung bei Kriegsausbruch Vollmachtenbeschlüsse, die den Bundesrat mit fast unbeschränkten

Kompetenzen ausstattete, um die zur Behauptung der Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität und zur wirtschaftlichen Sicherung der Schweiz erforderlichen Massnahmen zu treffen. Die Übertragung derart weitreichender, in der Verfassung nicht vorgesehener Vollmachten wurde als „*extrakonstitutionelles Notstandsrecht*“ gerechtfertigt. Zudem war die Kompetenzverlagerung von den Kantonen auf den Bund und dort auf die nationale Exekutive durch die Beschlüsse der Bundesversammlung legitimiert. Besonders gravierend war, dass der Bundesrat auch in der Zwischenkriegszeit und nach Ende des Zweiten Weltkriegs an seinem „*Vollmachtenregime*“ festhielt und unter Umgehung von Parlament und Volk eine Fülle von neuem Recht erliess. Einen Kulminationspunkt erreichte dieser liederliche Umgang mit der Verfassung in den Dreissigerjahren, vor allem während der wirtschaftlichen Depression. In einer 1934 gehaltenen Rede verteidigte Bundesrat Edmund Schulthess das Vorgehen der Landesregierung mit folgenden Worten:

„Während Juristen über die Zulässigkeit ... zu philosophieren Zeit haben, musste ich im Interesse der Aufrechterhaltung unserer Wirtschaft ohne Verzug handeln, sollte diese nicht zusammenbrechen und unser Land einem Chaos entgegengehen. Wir haben aus Notrecht gehandelt, das bestehen muss, und sollten wir es aus den Sternen holen müssen“.

Zur Zeit des Zweiten Weltkrieges fand in den Medien eine stark beachtete *Kontroverse zwischen den beiden Zürcher Staatsrechtslehrern ZACCARIA GIACOMETTI und DIETRICH SCHINDLER SEN. über die Zulässigkeit von Notrecht* statt, die während der Corona Krise wieder herausbeschworen wurde.

Bei der Totalrevision der BV vor zwanzig Jahren, bei der es im Wesentlichen um eine „Nachführung“ des bestehenden Verfassungsrechts ging, sah man von einer ausdrücklichen Regelung des Notstandes ab. Die Verfassung gibt allerdings dem Bundesrat ein wichtiges Instrument in die Hand, um gewissen Notstandssituationen zu begegnen. Er kann nämlich ohne vorgängige Zustimmung des Parlaments zwei Arten von befristeten Verordnungen erlassen: solche zur Wahrung der ausserpolitischen Interessen der Schweiz (z.B. Einfrieren der Konten Mubaraks nach seinem Sturz), ferner sog. *Polizeinotverordnungen* bei schweren Störungen der öffentlichen Sicherheit und grosser zeitlicher Dringlichkeit, die den Erlass entsprechender Vorschriften im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausschliessen.

Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, ist manchmal sehr umstritten. Besonders strapaziert wurde die Ermächtigung im Fall UBS, als während der Finanzkrise 2008 der Bundesrat ein Massnahmenpaket „zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems“ erliess, das u.a. eine Beteiligung des Bundes bis zu 60 Milliarden CHF an der Rekapitalisierung der UBS einschloss. Tangiert das Missmanagement einer Grossbank die öffentliche Sicherheit?

Wenn sie „too big to fail“ ist, vielleicht schon. Zwar genehmigte die Bundesversammlung diese Verordnung nachträglich, aber sie stand dabei vor einem *fait accompli*.

Ich komme zum zweiten Teil, zur *Bewältigung der Corona-Krise in der Schweiz*, wobei ich mich auf die *staatsrechtlichen* Aspekte konzentriere. Wie die Epidemiologen haben auch die Juristen dazu keine einhellige Meinung, und einige entwickeln sich gleichsam fast über Nacht zu gefragten Fachspezialisten auf dem Gebiet; je kämpferischer sie ihre Meinungen formulieren, desto grösser der Nachhall in den Medien. Ein geachteter Fachkollege schrieb eine stark beachteten Artikel in der NZZ mit dem Titel „Notrecht in der Corona Pandemie: Der Bundesrat hat die geltende Rechts- und Verfassungsordnung verlassen“. Postwendend zeigten drei prominente Kollegen in einem fundierten, leider nur als Leserbrief publizierten und gekürzten Artikel auf, dass der Bundesrat die ihm von Verfassung und Gesetz in einer Notstandssituation zugedachte Rolle wahrgenommen hat und dass der Vorwurf einer „exekutiven Selbstermächtigung“ fehl am Platz ist.

Die *Zuständigkeiten* sind in unserem Bundesstaat so verteilt, dass die Kantone grundsätzlich für das Gesundheitswesen zuständig sind, der Bund aber in diesem Bereich über wichtige Teilkompetenzen verfügt. Dazu gehört u.a. die Verpflichtung, Vorschriften zu erlassen über die Bekämpfung stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten. Covid-19 fällt zweifellos darunter. Vor acht Jahren erliess der Bundesgesetzgeber ein neues *Epidemiengesetz*. Dieses unterscheidet zwischen *besonderen* und *ausserordentlichen Lagen*. Eine besondere Lage ist gegeben, wenn die ordentlichen Vollzugsorgane nicht imstande sind, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen. Das Gesetz sieht für diesen Fall spezifische Massnahmen gegen einzelnen Personen, der Bevölkerung sowie Medizinalpersonen vor. Genügt das nicht, so spricht das Gesetz von einer ausserordentlichen Lage. In diesem Fall kann der Bundestat für das ganze Land oder einzelne Landesteile die „notwendigen Massnahmen“ anordnen. Dadurch erhält die Landesregierung Notstandskompetenzen. Diese sind auf die Eindämmung übertragbarer Krankheiten fokussiert.

Unmittelbar gestützt auf die Ermächtigung in Art. 7 dieses Gesetzes erliess der Bundesrat am 13. März eine umfassende Regelung in der COVID-19-Verordnung 2, die in der Folge mehrfach angepasst wurde. Andere Notverordnungen stützten sich auch oder sogar ausschliesslich auf die *Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass von Polizeinotverordnungen* und betrafen unterschiedlichste Bereiche, wie z.B. Abfederungsmassnahmen in der Wirtschaft, den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren sowie für die

Einreichung von Volksinitiativen und Referendum. Die Notverordnungen beinhalteten oft schwere Beschränkungen der Grundrechte, namentlich der persönlichen Freiheit, der Versammlungsfreiheit, der Wirtschaftsfreiheit, des Anspruchs auf Grundschulunterricht und des Verbots der Altersdiskriminierung. Teilweise dienten sie nicht direkt der Eindämmung des Coronavirus, sondern der Abfederung der damit einhergehenden Folgen. Im Bereich der Wirtschaft bezweckten solche Erlasse Konkurse abzuwenden sowie Einkommens- und Ertragsverluste zu mildern (z.B. durch Ausdehnung der Ansprüche auf Kurzarbeitsentschädigung oder finanzielle Unterstützung bestimmter Betriebe oder Tätigkeiten). Das alles kostete viele Milliarden, die erstaunlich rasch bereitgestellt wurden.

Wie weit alle diese Bestimmungen, soweit sie nicht eine klare Grundlage im Epidemien-gesetz hatten, durch das Polizeinotverordnungsrecht gedeckt waren, darüber kann man verschiedener Ansicht sein, ebenso ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei Einschränkungen der Freiheit immer genügend beachtet wurde. Ich gebe aber zu bedenken, dass unter enormem Zeitdruck Prognosen ohne gesicherte Erkenntnisse und Güterabwägungen vorgenommen werden mussten, die sonst das Parlament gestützt auf monatelange Vorbereitung durch Verwaltung und Expertengremien, nach Durchführung von Vernehmlassungsverfahren und gestützt auf bundesrätliche Botchaften in Kommissionen und im Plenum beliebig lang debattieren kann. Eine absolute Priorisierung des epidemiologischen Aspekts hätte das Wirtschaftsleben völlig zum Erliegen gebracht, eine einseitige Gewichtung wirtschaftlicher Anliegen, wie in Brasilien und lange Zeit in den USA mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu viel mehr Infektionen und Todesfällen geführt. Fehler zu finden fällt leichter, wenn man die Ereignisse im Rückblick analysiert, kritisiert und keine politische Verantwortung dafür trägt.

Man kann darüber argumentieren, ob die Eidg. Räte nicht überstürzt handelten, als sie die Frühjahressession Mitte März vorzeitig abbrachen, ohne vor dieser „Selbst- Quarantäne“ dem Bundesrat irgendwelche Vorgaben mit auf den Weg zu geben. Auf jeden Fall wäre das Parlament nicht in der Lage gewesen, die für die rasche Eindämmung der Pandemie erforderlichen Massnahmen zeit- und sachgerecht zu treffen. In dieser Situation konnte der Bundesrat gar nicht anders handeln, als via Notrecht rasch einzugreifen.

Mein Eindruck ist, dass er dabei verantwortungsbewusst und überlegen vorging. Mit den Kantonen bestanden durchaus Rückkoppelungen, und offenbar erfolgten, wie wir letzte Woche im Referat von Roland Müller vernahmen, sehr konstruktive Kontakte mit den Spitzenverbänden der Wirtschaft statt. Der Bundesrat setzte mehr auf Überzeugungskraft als

auf Zwang und genoss in der Bevölkerung breite Unterstützung. Dabei trat das Siebnergremium sehr geschlossen auf, etwas was man in früheren Jahren oft vermisst hatte.

Ich fokussiere auf die *strategische Ebene*. Dass es bei der *praktischen Umsetzung* viele Pannen gab, kann wohl zu Recht kritisiert werden, z.B. bei der Durchführung von Tests mit enormem Zeitverzug bei Auswertung der Ergebnisse, beim Contact-Tracing und bei der Kontrolle, ob Rückkehrer aus Risikoländern die Quarantäne einhielten.

Unverkennbar war für mich das Bestreben des Bundesrates, die allgemeine Zuständigkeit der Kantone für das Gesundheitswesen möglichst bald wiederherzustellen, indem er schon nach gut 2 Monaten [19.6.20] von der „ausserordentlichen Lage“ in die „besondere Lage“ herabstufte. Jetzt können die Kantone weitgehend selber entscheiden über das Reizthema Maskenpflicht für Läden, über die Schutzkonzepte an öffentlichen Schulen und manches andere. Das für den öffentlichen Verkehr eine Bundeslösung getroffen wurde, leuchtet ein. Fährt man mit der SBB von Zürich nach Genf, so überquert man ca. 5 Kantonsgrenzen. Zudem liegt die Zuständigkeit für den öffentlichen Verkehr weitgehend beim Bund.

Auch im Verhältnis zum Parlament klammerte sich der Bundesrat – ganz anders als nach dem Zweiten Weltkrieg – nicht an die vorübergehend ausgeübten Notbefugnisse. Es war ihm ein wichtiges Anliegen, Massnahmen zur Krisenbewältigung gesetzlich besser abzustützen. Am 12. August verabschiedete er zuhanden des Parlaments eine Botschaft mit einem befristeten Gesetzesentwurf zu einem Covid 19-Gesetz, das indes viele Vollmachten Erteilungen an den Bundesrat ohne materielle Vorgaben enthält und bei den Parteien vorab auf Kritik stiess.

In autoritär regierten Staaten wurde die Pandemie als Vorwand für die Sicherheitsorgane missbraucht, um die Bürger noch stärker überwachen zu können. Diese Gefahr muss im Auge behalten werden. Sie ist m.E. für die Schweiz nicht besonders akut.

Für Staatsrecht und Politik stellt sich die wichtige Aufgabe, aus der Corona Krise Lehren zu ziehen, die über die Bekämpfung einer Pandemie hinausgehen. Das bedingt eine kritische Prüfung von Entscheidungsmechanismen beim plötzlichen Eintritt eines Notstandes, der sich auch in einer ganz anderen Konstellation ergeben kann, z.B. bei einer schweren Naturkatastrophe. Wie sind die Kantone und das Parlament einzubeziehen, oder zum mindesten parlamentarische Leitungsorgane wie die Geschäftsprüfungsdelegation der beiden Räte? Wie sind verfügbare Mittel der modernen Technik wie Videokonferenzen für die rasche Kommunikation und Koordination einzusetzen?