

Notrecht ist kein Freipass für entschädigungslose staatliche Betriebsschliessungen

Prof. em. Dr. iur. Paul Richli, Universität Luzern

Es ist zu Recht allgemein begrüsst worden, dass der Bundesrat nach seinen Anordnungen für Betriebsschliessungen im Rahmen seiner Corona-Massnahmen in Zusammenarbeit mit den Banken sozusagen über Nacht Entlastungsmassnahmen für die hart getroffenen Branchen bzw. Unternehmensgruppen getroffen hat. Er hat seither auch «nachgefasst» und Entlastungen für weitere Fälle getroffen. Indessen sind damit keineswegs alle Härten abgemildert worden, welche die Beschränkungsmassnahmen mit sich bringen. Es bleiben Beschränkungen ohne Entschädigung, welche im Interesse der Wahrung der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie sowie der Wertungskongruenz innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung ins Licht gerückt werden müssen. Andernfalls erweist sich das Notrecht in gewissen Bereichen geradezu als Freipass für Beschränkungen in die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie – mit enteignungsähnlicher Wirkung – in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Solche Wirkungen müssen auch in einer Notsituation als verfassungsrechtlich unzulässig gelten. Notrecht legitimiert nicht jedweden entschädigungslosen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und in die Eigentumsgarantie.

Es soll hier kein umfassender Katalog von bisherigen Beschränkungen des Bundesrates mit allfälligen verfassungswidrigen Wirkungen auf die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie sowie mit Widersprüchen unter Aspekten der Wertungskongruenz der Regelungen innerhalb der einheimischen Rechtsordnung aufgestellt werden. Ins Blickfeld gerückt werden müssen aber mindestens die Mietverhältnisse für behördlich geschlossene Geschäfte und die dadurch bewirkte Verhinderung von Geschäftsabschlüssen. Dabei sind die fragwürdigen Massnahmen im Interesse der Prüfung der Wertungskongruenz innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung vorweg an den Regelungen im Landesversorgungsgesetz und im Epidemienengesetz zu messen.

Aufgrund des Landesversorgungsgesetzes (LVG), das Massnahmen zur Sicherstellung der Versorgung des Landes mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen in schweren Mangellagen, denen die Wirtschaft nicht selber zu begegnen vermag, regelt, können z.B. Wohnungen, Geschäftsräume und Transportfahrzeuge requiriert werden. Das bedeutet, dass den Eigentümerinnen und Eigentümern die Verfügungsmacht darüber für eine beschränkte Zeit entzogen wird. Diese können darin bzw. damit keine Erwerbstätigkeit mehr durchführen und erleiden Einkommensausfälle. Weiter können Betriebsschliessungen angeordnet werden. Für solche (und andere Fälle) sieht Artikel 38 LVG Abgeltungen vor. Damit soll die mit solchen staatlichen Beschränkungen auferlegte Last der Betroffenen gemildert werden. Für Transportleistungen wird diese Bestimmung durch Artikel 10 der Verordnung über vorrangige Transporte in Ausnahmesituationen konkretisiert.

Das Geschäftsschliessungsgebot ist zwar keine Requisition. Der Bundesrat erliess diese Massnahme nicht zur Deckung eines bestimmten Bedarfs des Landes, sondern im Interesse der Verminderung der Virusverbreitung. Für die Geschäftsinhaber wirkt sich diese Massnahme aber ähnlich wie eine Requisition aus. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Bund diesbezüglich nicht auch entschädigungspflichtig werden sollte. Man kann sich lediglich fragen, wie weit die Entschädigungspflicht gehen sollte.

Analysiert man das Epidemiengesetz (EPG) so zeigt sich, dass auch dort Entschädigungsbestimmungen enthalten sind. Nach Artikel 63 kann die anordnende Behörde Personen, die aufgrund bestimmter behördlicher Massnahmen Schäden erleiden, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Personen entschädigen, soweit die Schäden nicht anderweitig gedeckt werden. Entschädigungsfähige Ausfälle im Sinn von Artikel 38 können daraus entstehen, dass eine Person, der insbesondere wegen Krankheit, Krankheitsverdacht oder Ansteckungsverdacht die Ausübung bestimmter Tätigkeiten oder ihres Berufs ganz oder teilweise untersagt wird, nicht mehr arbeiten und damit kein Einkommen mehr erzielen kann. Artikel 38 EPG ist zwar auf Einzelfälle und nicht auf ganze Branchen oder Berufszweige zugeschnitten (siehe Botschaft des Bundesrates zum Epidemiengesetz, Bundesblatt 2011, S. 410). In einer Krise, wie sie heute gegeben ist, ist aber eine analoge Anwendung auf ganze Berufsgruppen geboten. Solche Krisen wurden bei Erlass des Epidemiengesetzes anscheinend nicht antizipiert.

Mit Sicherheit reicht es angesichts dieser in der Schweizer Rechtsordnung getroffenen regulatorischen Entscheidungen und der damit verbundenen Wertungen nicht aus, wenn der Bundesrat die Vermieter und Mieter lediglich dazu aufruft, sich über die Frage einer allfälligen Mietzinsreduktion zu einigen. Der Bundesrat übergeht auf diese Weise einerseits die aufgezeigten Wertungen des LVG und des EPG und andererseits auch noch den sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz der «*clausula rebus sic stantibus*» (neben allfälligen Anspruchstiteln aus dem Obligationenrecht). Danach hat ein Vertragspartner Anspruch auf Anpassung eines Vertrags, wenn er sich einem krassen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände ausgesetzt sieht, welches das Beharren des Vertragspartners auf seinem Vertragsanspruch geradezu als wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses erscheinen lässt (siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts in BGE 122 III 98 E. 3.a). Die «*clausula rebus sic stantibus*» muss jedenfalls spätestens dann Geltung beanspruchen, wenn – wie dies derzeit häufig geltend gemacht wird – der Mieter ohne Vertragsanpassung in finanzielle Schwierigkeiten geraten würde.

Aufgrund der «*clausula rebus sic stantibus*» besteht demnach eine Rechtspflicht der Vermieterseite, sich angesichts der staatlich angeordneten Geschäftsschliessung auf eine Vertragsanpassung einzulassen. Wie diese genau aussehen soll, ist entweder im Einzelfall oder im Sinn einer allgemeinen Regel mit Härtefallklausel zu entscheiden. Angesichts der heutigen Sondersituation dürfte die zweitgenannte Lösung im Vordergrund stehen. Als Lösung kämen beispielsweise die zwei folgenden Alternativen in Frage:

Alternative 1: (1) Der Bund übernimmt mindestens einen Drittel der Miete für die Zeit des Tätigkeitsverbots. (2) Vermieter und Mieter tragen den Restbetrag zu gleichen Teilen, Härtefälle auf der einen oder anderen Seite vorbehalten.

Alternative 2: (1) Der Bund übernimmt die Hälfte der Miete. Vom Rest erlassen die Vermieter zwei Drittel der Miete, Härtefälle auf ihrer Seite vorbehalten.

Noch mehr in der Pflicht steht der Bund mindestens mit Bezug auf jene Geschäfte, für welche die Schliessung nicht nur einen Ausfall von Geschäftsabschlüssen bedeutet, sondern zugleich eine Vernichtung von verderblichen Produkten. Dies trifft insbesondere für Gärtnereien zu; diese müssen den grössten Teil des Frühlingsflors entsorgen. Diesbezüglich hat das Schliessungsgebot die Wirkung einer entschädigungspflichtigen materiellen Enteignung. In einer ähnlichen Situation befinden sich sodann Geschäfte, die wiederkehrende Leistungen

erbringen, wie namentlich Coiffeursalons, aber mindestens teilweise unter anderem auch Arzt- und Zahnarztpraxen. Dort bewirkt das Schliessungsgebot zwar keine enteignungsähnliche Wirkung auf Objekte im Geltungsbereich der Eigentumsgarantie. Aber diese Geschäfte bzw. Praxen müssen in ihrer Tätigkeit ähnlich gravierende Einschränkungen und Verluste in Kauf nehmen. Diesbezüglich bringt die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Vertrauensschutz ins Spiel und stellt auch die Frage nach einer direkten Entschädigungspflicht aus dem Gleichbehandlungsgebot nach (damals) Artikel 4 BV bzw. (heute) Artikel 8 BV (BGE 118 Ib 249 E. 5, bes. E. 5e).