

Über die Grenzen der Notrechtskompetenz des Bundesrates in der «Corona-Krise»

Paul Richli/Agata Zielniewicz¹

Nach den nahezu durchgehend positiven Reaktionen auf die finanziellen Abfederungsmassnahmen des Bundesrates im Zusammenhang mit der «Corona-Krise» beginnt nun der parlamentarische Aufarbeitungsprozess. Die vorberatenden Kommissionen, insbesondere auch die Finanzkommissionen in ihrer Rolle als Aufsichtskommissionen, sind dabei weitgehend den vorgeschlagenen Massnahmen des Bundesrates nicht nur in ihrer Höhe, sondern auch in ihrer rechtlichen Ausgestaltung gefolgt. Dennoch stellen sich im Vorfeld der geplanten ausserordentlichen Session einige komplexe rechtliche Fragen, die angesichts der enormen Summen sorgfältig geprüft werden sollten. Das Ergebnis dieser Rechtsanalysen könnte mitunter erhebliche Auswirkungen auf die Vorstösse der Mitglieder haben.

Diesbezüglich wäre es wohl angezeigt, dass die Bundesversammlung auch - vor allem von der Bundesverwaltung - unabhängige Beratungsleistungen aus der Rechtswissenschaft in Anspruch nähme, nachdem schon andere wissenschaftliche Disziplinen in die Bewältigung der «Corona-Krise» einbezogen worden sind.

Wir erlauben uns insofern, die Ratsmitglieder auf die folgenden rechtlichen Problemfelder aufmerksam zu machen:

I. Zusammenfassung

1. Unklare Rechtslage für die Leistungen gemäss COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

Es wäre rechtlich abzuklären, ob sich staatliche Leistungen zur Abfederung der Folgen des Lockdown, wie insbesondere die Bürgschaftsleistungen des Bundes, aber auch die allfällige Beteiligung an Geschäftsmieten, direkt auf das Epidemien-gesetz (EpG) abstützen liessen. Allerdings wäre eine präzisierende Ergänzung in Art. 63 EpG angebracht. Der Erlass der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV steht jedenfalls auf rechtlich sehr «dünnem Eis», weil es hier in erster Linie um wirtschaftspolitische Regelungen geht. Die Kredite benötigen wie die materielle Regelung eine klare Rechtsgrundlage. Für die Betriebsschliessungen und die anderen schweren Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie, welche die COVID-19-Verordnung 2 mit sich bringt, beruft sich der Bundesrat demgegenüber richtigerweise auf eine klare gesetzliche Grundlage, nämlich auf Art. 7 EpG, und nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV.

2. Fehlende Verfassungsmässigkeit eines allfälligen Zugriffs des Bundes auf Reserven der SNB

Angesichts der hohen Reserven der Schweizerischen Nationalbank (SNB) könnte der Gedanke aufkommen, die SNB zu verpflichten, bestimmte Summen für die Finanzierung von «Corona-Massnahmen» abzuliefern. Ein solches Vorhaben wäre verfassungsrechtlich unzulässig und auch ein Verstoss gegen das Nationalbankgesetz. Der Verstoss wäre noch gravierender, wenn

der Bund sogar den Kantonsanteil von zwei Dritteln für sich beanspruchen wollte, dies z.B. mit dem Argument, er habe viel höhere Kosten zu tragen als die Kantone.

II. Im Einzelnen

1. COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

Diese Verordnung, welche Bürgschaften in Milliardenhöhe auslöst, verweist auf Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV). Danach kann der Bundesrat, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, befristete Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden *schweren Störungen der öffentlichen Ordnung* oder der *inneren oder äusseren Sicherheit* zu begegnen. In dieser Bestimmung steht nichts von finanziellen Leistungen.² Demgegenüber beruft sich der Bundesrat in der COVID-19-Verordnung 2 für die materiellen Massnahmen wie Geschäftsschliessungen zu Recht auf eine gesetzliche Grundlage, nämlich auf Art. 7 EpG.

Erstmals zu finanziellen Leistungen grossen Ausmasses gestützt auf eine Notverordnung des Bundesrates auf der Grundlage von Art. 185 Abs. 3 BV kam es im Zusammenhang mit der «Rettung der UBS».³ Die damals anschliessende rechtliche Aufarbeitung der notrechtlichen Problematik rund um die staatliche Unterstützung der UBS liefert wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung der aktuellen Lage. Denn was damals galt, gilt auch in der heutigen Situation:

Die Pflicht des Staates, in Notsituationen zu handeln, geht einher mit Einschränkungen des demokratischen und rechtsstaatlichen Verfahrens der Rechtsetzung sowie teilweise mit gravierenden Eingriffen in die Grundrechte, wie sie jetzt auch durch die Massnahmen des Bundesrates in Form von massiven Beschränkungen der verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) in Erscheinung treten.

Deshalb ist eine möglichst klare Eingrenzung des Anwendungsbereichs der bundesrätlichen Notrechtskompetenzen notwendig. Anknüpfungspunkt für diese Kompetenz muss ein sicherheitspolitisches Anliegen sein, auch wenn es daneben – aber eben nicht stattdessen – auch um wirtschaftspolitische Anliegen gehen darf. Der Bundesrat erlässt im Rahmen dieser notrechtlichen Verordnungskompetenz staatspolitische Massnahmen, mit welchen er im Sinne von «*actes de gouvernement*» nicht nur allein bedrohliche Lagen abwendet, sondern insbesondere auch eine mitunter längerfristige und sensibilisierende Ausrichtung der Staatspolitik betreibt.

Die Anwendung der bundesrätlichen «polizeilichen Generalklausel sollte zudem nur auf einen echten und unvorhersehbaren Notfall beschränkt bleiben. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit soll zum einen verhindern, dass der Gesetzgeber von seinen gesetzgeberischen Pflichten, die er vorausschauend im offenen politischen Prozess hätte wahrnehmen können, befreit wird, indem er sich aus politischer Bequemlichkeit auf die Anwendung der polizeilichen Generalklausel verlässt. Zum anderen soll die Exekutive nicht Massnahmen ergreifen dürfen, denen der Gesetzgeber schon im Vorfeld eindeutig ablehnend gegenüberstand. Ein Rückgriff auf konstitutio-

nelles Notrecht ist demnach für den Bundesrat ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber im konkreten Fall ein Nichthandeln der Regierung beabsichtigt hatte, weil er die vorhandenen Rechtsgrundlagen für ausreichend hielt (so genanntes «qualifiziertes Schweigen»).

Sollten Leistungen für rechtmässige Massnahmen des Bundes nach dem Epidemien-gesetz (EpG) durch ein «qualifiziertes Schweigen» grundsätzlich ausgeschlossen sein, weil der damalige Gesetzgeber sich bewusst gegen finanzielle Stützmassnahmen entschieden haben sollte – wie das Bundesamt für Justiz hinsichtlich der Gewerbemieten anzunehmen scheint⁴ –, hätte das auch Auswirkungen auf die Bürgschaften: Diese könnten nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV abgestützt werden, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich nicht wollte, dass finanzielle Hilfen in eben solchen Fällen geleistet werden. Das könnte der Bundesrat dann auch nicht mit Notrecht umgehen, d.h. dass sämtliche finanziellen Leistungen aufgrund von Massnahmen nach EpG *ohne Rechtsgrundlage eingeführt worden wären*.

Rechtsgrundlage für die Solidarbürgschaften

Analysiert man das EpG, so zeigt sich, dass darin sehr wohl Entschädigungsbestimmungen enthalten sind. Nach Art. 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 Art. 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. Art. 38 EpG ist zwar auf Einzelfälle und nicht auf ganze Branchen oder Berufszweige zugeschnitten.⁵ In einer Krise, wie sie heute gegeben ist, ist aber eine analoge Anwendung auf ganze Berufsgruppen bzw. das Füllen einer so genannten «echten» Gesetzeslücke durch Auslegung möglich und geboten. Solche Krisen wurden bei Erlass des EpG - entgegen der Meinung des Bundesamtes für Justiz – anscheinend nicht antizipiert.⁶

Diese Argumentation kann noch mit Querbezügen insbesondere zum Landesversorgungsgesetz (LVG) verstärkt werden.⁷ Für Fälle von Einschränkungen der Erwerbstätigkeit oder Betriebs-schliessungen sieht Art. 38 LVG dort staatliche Abgeltungen vor. Damit soll die mit solchen staatlichen Beschränkungen auferlegte Last der Betroffenen gemildert werden.

Die Schlussfolgerung ist daher naheliegend, dass der Bundesgesetzgeber im Interesse der Wahrung der Wertungskongruenz der zu schützenden Rechtsgüter (bes. Gesundheit, Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie) im EpG eine Entschädigungsmöglichkeit vorgesehen hätte, wenn er an eine Situation wie die heutige gedacht hätte. Es ist daher von einer so genannten «echten Gesetzeslücke» auszugehen, welche der Bundesrat oder auch das Bundesparlament im Sinne der Regelungen im LVG füllen kann. Durch eine solche «Lückenfüllung» ergibt sich die Möglichkeit von finanziellen Leistungen im Sinne von Solidarbürgschaften im Zusammenhang mit der

Corona-Bürgschaftsverordnung. Zum selben Ergebnis würde man mit einer analogen Anwendung von Art. 63 EpG gelangen.

Diese Folgerung ist angesichts der zur Diskussion stehenden Milliardenbeträge zwar auch «mutig». Sie ist aber jedenfalls besser vertretbar als die Abstützung der Massnahmen auf Art. 185 Abs. 3 BV trotz des angeblichen «qualifizierten Schweigens» des Gesetzgebers mit Bezug auf Art. 63 EPG. Geboten ist allerdings dennoch, dass der Gesetzgeber die «Corona-Krise» zum Anlass nimmt, Art. 63 EPG zu ergänzen und ausdrücklich auch auf Fälle der hier fraglichen Art auszudehnen.⁸ Wer unter die Gruppen für die Gewährung von Unterstützungsmassnahmen fällt, sollte in einem demokratischen Prozess entschieden und sodann gesetzlich festgelegt werden.

2. Zugriff auf die Reserven der Schweizerischen Nationalbank

Dem Vernehmen nach besteht in einzelnen Kreisen die Absicht, angesichts der grossen finanziellen Belastung des Bundes durch die «Corona-Krise» auf die Reserven bzw. Gewinne der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zuzugreifen.

Die Rechtslage hinsichtlich des Zugriffs auf Mittel der Nationalbank ist klar: ein solcher Zugriff *gegen den Willen oder ohne die Zustimmung der SNB* wäre verfassungsrechtlich unzulässig. Nach Art. 99 Abs. 2 BV führt die SNB als unabhängige Zentralbank eine Geld- und Währungspolitik, die dem Gesamtinteresse des Landes dient. Nach Abs. 3 bildet die SNB aus ihren Erträgen ausreichende Währungsreserven, wobei ein Teil dieser Reserven in Gold gehalten wird. Das Nationalbankgesetz (NBG) konkretisiert diesen Auftrag in Art. 5 Abs. 1 dahin, dass die SNB die Geld- und Währungspolitik im Gesamtinteresse des Landes führt. Sie gewährleistet die Preisstabilität, wobei sie der konjunkturellen Entwicklung Rechnung trägt.

Es wäre verfassungsrechtlich unzulässig und auch ein Verstoss gegen das NBG, wenn der Bundesrat die SNB *verpflichten* wollte, einen politisch bestimmten Anteil der Reserven oder Gewinne zur Deckung der Bundeskosten aus den «Corona-Massnahmen» abzuliefern. Dasselbe würde gelten, falls die eidgenössischen Räte gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst. b und c BV eine solche Abschöpfung beschliessen wollten. Dieser erlaubt, wie auch Art. 185 Abs. 3 BV im Falle des Bundesrates, keine Abweichungen von der BV und von Bundesgesetzen durch Verordnungen bzw. durch einfache Bundesbeschlüsse. Es wäre angesichts von Art. 99 Abs. 2 BV auch unzulässig, das NBG mit einer Ablieferungspflicht der SNB an den Bund zu ergänzen.

Was die Verwendung der von der Nationalbank an den Bund abgeführten Überschüsse betrifft, so ist auf Art. 99 Abs. 4 BV hinzuweisen. Danach geht der Reingewinn der SNB zu mindestens zwei Dritteln an die Kantone. Diese Bestimmung wird im NBG konkretisiert. Nach Art. 31 Abs. 2 fällt der Betrag des Bilanzgewinns, der die Dividendenausschüttung übersteigt, zu einem Drittel an den Bund und zu zwei Dritteln an die Kantone. Das Departement und die Nationalbank vereinbaren für einen bestimmten Zeitraum die Höhe der jährlichen Gewinnausschüttungen an Bund und Kantone mit dem Ziel, diese mittelfristig zu verstetigen.

Es wäre demnach ein klarer Verstoss gegen die BV und zugleich gegen das NBG, wenn der Bund die gesamten von der SNB gestützt auf eine Vereinbarung abgelieferten finanziellen Leistungen

für eigene Bedürfnisse einbehalten und den Kantonen ihren Anteil von zwei Dritteln entziehen wollte.

Fussnoten

1. Dr. iur. Paul Richli, em. Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Luzern; RA. Agata Zielniewicz LL.M., Zentrum für die Unterstützung parlamentarischer Aufsicht in der Schweiz (www.zupas.ch)
2. Auch in der Botschaft des Bundesrates zur Bundesverfassung stösst man nicht auf Hinweise auf mögliche finanzielle Leistungen gestützt auf diese Bestimmung (in der Vorlage des Bundesrates noch Art. 173 Abs. 2 und 3). Es war ausschliesslich von «Anordnungen» die Rede.
3. Damals stützte sich der Bundesrat zum ersten Mal auf eine Notverordnung, um eine Finanzhilfe an eine Grossbank auszurichten. Das Bankengesetz enthielt diesbezüglich keine Grundlage. Notverordnungen, so lautete damals die Argumentation des Bundesrates, sollten sich «nicht nur auf den Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung, sondern auch auf Massnahmen, die bei katastrophalen und unvorhergesehenen Ereignissen notwendig sind, um Bedrohungen von Staat und Gesellschaft abzuwenden», beziehen können. Als eine solche Bedrohung wurden dabei auch die «gravierenden volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Ausfalls einer Grossbank» betrachtet, namentlich die zumindest kurzfristige «Lahmlegung des Zahlungsverkehrs» sowie der «langfristige Wachstumsverlust» der Schweizer Volkswirtschaft. Der Bundesrat verstand dabei die Abwendung solcher Gefahren als Ausdruck seiner sicherheitspolitischen Aufgabe.
4. In diesem Zusammenhang stellt sich heute – im Anschluss an eine Meinungsäusserung des Bundesamtes für Justiz zu einer Analyse des Erstautors des vorliegenden Textes – die Frage, ob das Epidemiengesetz (EPG) ein «qualifiziertes Schweigen» in dem Sinne enthalte, dass der Bund keine finanziellen Leistungen insbesondere für Schäden von Mietern behördlich geschlossener Geschäfte erbringen könne. Das Bundesamt für Justiz scheint sich auf den Standpunkt zu stellen, dass «ein bewusster Entscheid des damaligen Gesetzgebers» bestanden habe, der Bund habe «für rechtmässige Massnahmen des Bundes keine Entschädigung zu zahlen». Aus den Verhandlungen der Räte ergeben sich jedoch keine solchen Hinweise. Die gleiche Frage nach einem «qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers» stellt sich insbesondere hinsichtlich der Rechtsgrundlage für Corona-Bürgschaften.
5. siehe Botschaft des Bundesrates zum EPG, Bundesblatt 2011, S. 410.
6. Dies lässt sich jedenfalls der Botschaft des Bundesrates zum EPG entnehmen. Dort führte der Bundesrat nämlich folgendes aus (Bundesblatt 2011, S. 392): «Neben der Beurteilung des Risikos für die öffentliche Gesundheit sind bei der Prüfung entsprechender Einschränkungen auch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen insbesondere im Falle von Veranstaltungsverböten, der Schliessung von Schulen oder Unternehmen in Betracht zu ziehen. Nach Absatz 2 können die zuständigen kantonalen Behörden Veranstaltungen verböten oder einschränken (Bst. a), Schulen oder andere öffentliche Anstalten und private Unternehmen schliessen oder gegenüber diesen besondere Vorschriften zum Betrieb (z. B. Hygienemassnahmen) verfügen (Bst. b) oder das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebäude oder Gebiete und bestimmte Aktivitäten an definierten Orten, wie das Baden verböten oder einschränken (Bst. c). Das revidierte Gesetz enthält ... eine Regelung, welche es den zuständigen Behörden ermöglicht, das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebiete zeitweise einzuschränken. Diese Ergänzung ist notwendig, weil sich gerade im Zusammenhang mit der Bekämpfung der häufig tödlich verlaufenden Lungenkrankheit SARS gezeigt hat, dass mit der Absperrung bestimmter Quartiere oder Häusergruppen (z. B. in Hongkong) die Weiterverbreitung der Krankheit signifikant eingeschränkt werden konnte. Die Absperrung ganzer Ortschaften soll aber nur in Ausnahmesituationen möglich sein.».
7. Das LVG enthält Massnahmen zur Sicherstellung der Versorgung des Landes mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen in schweren Mangellagen, denen die Wirtschaft nicht selber zu begegnen vermag. Es 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.

8. Aus rechtlicher Sicht ist es unter diesen Umständen sehr zu begrüßen, dass die Finanzkommission des Nationalrates erste Schritte in Richtung Legalisierung von staatlichen Leistungen unternommen hat, indem sie in ihrer vorberatenden Sitzung im April den Bundesrat aufforderte, in schriftlichen Berichten aufzuzeigen, welche weiteren Unterstützungsmassnahmen in Form von Steuererleichterungen und anderen Hilfsmassnahmen an besonders stark von den Folgen der Pandemie betroffene Wirtschaftszweige bzw. Wirtschaftsteilnehmer denkbar wären. Nun wäre es aber auch an der Zeit, konkrete parlamentarische Gesetzesvorschläge zu formulieren, um den Bereich des fragwürdigen bundesrätlichen Notrechts gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV zu verlassen.