



# Verfassungsrechtliches Notrecht und spezialgesetzliche Krisenklauseln

Gratwanderung zwischen Effektivität und Legitimation

*Carl Jauslin und Marc Schinzel*

44. Forum für Rechtsetzung vom 30. Oktober 2024



# Notrecht – auch eine Krise des Rechtsstaates?

## Reaktionen und Diskussionen

*«Notrecht wird zur Gewohnheit» – Prof. Andreas Kley*

*«Schon wieder Notrecht» – Prof. Giovanni Biaggini*

*«Die Schweiz besitzt eine demokratische und rechtsstaatliche Verfassung. Diese ist darauf angelegt, in Normal- und in Krisenzeiten zu funktionieren. Der Griff in die Sterne ist nicht vorgesehen.»*

Prof. Andreas Kley

*«Wenn die Regierung in Notsituationen geltendes Recht brechen darf, wird sie dann nicht einfach Notsituationen schaffen, um das geltende Recht zu brechen?»*

Sarah Regez, Chefin Strategie Junge SVP Schweiz.



# I. Auftrag

## Postulat 23.3438 RK-N «Anwendung von Notrecht»

23.3438 POSTULAT

### Anwendung von Notrecht

<b>Eingereicht von:</b>	<u>KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN NR</u>
<b>Berichterstattung:</b>	<u>MARKWALDER CHRISTA</u>
<b>Einreichungsdatum:</b>	24.03.2023
<b>Eingereicht im:</b>	Nationalrat
<b>Stand der Beratungen:</b>	Bericht in Erfüllung des Vorstosses liegt vor

- Das Parlament beauftragt den Bundesrat, die Grundlagen und Grenzen des Notrechts (Art. 184 und 185 BV) in einem Bericht aufzuzeigen.



## II. Vorgehensweise

# Notrechtspraxis vor Hintergrund der Notrechtstheorie

Der Bericht behandelt die **Notrechtspraxis** vor dem Hintergrund der **Notrechtstheorie**

Das Bundesamt für Justiz bildete zu diesem Zweck je eine:

- *verwaltungsinterne* Arbeitsgruppe: EFV, SIF, BAG, BK, WBF/SECO/BWL, EDA
- *verwaltungsexterne* Expertengruppe: Prof. Belser, Hertig, Saxer, Kley, Künzli

Notrechtspraxis	Notrechtstheorie
Verwaltungspraxis (Rechtswirklichkeit)	Akademischer Diskurs (Rechtsdogmatik)
Begründungsmuster und -Strategien sowie Reaktionen darauf	Anwendungs- und Zulässigkeitsvoraussetzungen
<i>Verwaltungsinterne</i> Arbeitsgruppe	<i>Verwaltungsexterne</i> Expertengruppe



# III. Analyse bedeutender Notrechtsfälle

## Fallstudien und Vergleichsparameter

### Fallstudien

- UBS-Rekapitalisierung 2008
- COVID-19 Verordnungen 2020
- Axpo-Rettungsschirm 2022
- CS-Übernahme 2023

### Vergleichsparameter

1. Ausgangslage
2. Rechtsgrundlagen
3. Notverordnung
4. Begründung
5. Alternativen
6. Überführung
7. Reaktionen
8. Evaluation



# VII. Grundlagen des Notrechts

## Drei Kategorien

Extrakonstitutionelles Notrecht	Intrakonstitutionelles Notrecht	Spezialgesetzliches Notrecht
Notrecht, das <i>ohne</i> Verfassungsgrundlage im Falle eines Staatsnotstandes oder einer existenzbedrohenden Lage für die Nation erlassen werden kann.	Notverordnungen, die sich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung stützen.	Verordnungen, die der Bundesrat gestützt auf spezialgesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung erlassen kann.



# A. Verfassungsrechtliches Notrecht

## Notrechtslage gemäss Art. 185 Abs. 3 BV

### **Art. 185 Abs. 3 BV**

«Er [der Bundesrat] kann, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen.»

Lehre und Rechtsprechung leiten daraus folgende Voraussetzungen ab:

- (1) Relevantes Schutzgut
- (2) Subsidiarität
- (3) Sachliche und zeitliche Dringlichkeit



# 1. Relevantes Schutzgut

## Ökonomische Stabilität und Schutz des Finanzmarktes?

**Frage:** Ist der Erlass von Notrecht auf den Polizeigüterschutz beschränkt?

Nur Polizeigüterschutz?	Auch andere Rechtsgüter?	Weitere gesellschaftspolitische Interessen?
Notrecht darf nur zum Schutz von Polizeigütern wie Leib, Leben, Freiheit, Eigentum, öffentliche Gesundheit, Ruhe und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eingesetzt werden.	Notrecht darf darüber hinaus auch zum Schutz von anderen individuellen sowie kollektiven Rechtsgütern erlassen werden (z. B. Geheim- und Privatbereich, Familie, öffentlicher Friede, öffentliche Gewalt, Volkswille, Rechtspflege).	Notrecht soll immer dann genutzt werden, wenn seine Nichtanwendung gesamtgesellschaftlich unverantwortlich erscheint.

**Anschlussfrage:** Wo ist der Schutz der Volkswirtschaft zu verorten?



## 2. Subsidiarität

### Unvorhersehbarkeit für den Gesetzgeber?

**Frage:** Ist der Erlass von Notrecht auf unvorhersehbare Notlagen beschränkt?

«ein Untätigsein des Gesetzgebers [kann] den Staat in einer Notsituation nicht zur Hingabe fundamentaler Rechts- bzw. Polizeigüter zwingen, wenn diese Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden.» BGE 137 II 431 E. 3.3



# Zwischenfazit: Notrechtslage

- Der Staat hat nicht nur negative Unterlassungspflichten, sondern gerade in Krisensituationen auch **positive Handlungspflichten**.
- **Staatliche Schutzpflichten** sind **nicht auf klassische Polizeigüter beschränkt**, sondern umfassen auch anderen Rechtsgüter oder gesellschaftspolitische Interessen.
- Kann der Bundesrat seinen Schutzpflichten nicht anders nachkommen, ist er verpflichtet, als ***ultima ratio*** auf das Notrecht zurückzugreifen.
- Entscheidend ist dabei die **Systemrelevanz des Schutzgutes**.



# Rechtsbindung des Notrechts

**Frage:** Muss sich das Notrecht an die Gesetze und die Verfassung halten oder darf es unter gewissen Umständen davon abweichen?

praeter legem	contra legem	contra constitutionem
Notrecht darf Gesetze <i>ergänzen</i> , nicht abändern	Notrecht darf im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips von Gesetzen <i>abweichen</i>	Notrecht darf unter gewissen Umständen Verfassungsbestimmungen <i>einschränken</i>



# Verfassungs- und völkerrechtliche Schranken

Anerkannte Grenzen des konstitutionellen Notrechts:

- das Verhältnismässigkeitsprinzip
- das Diskriminierungsverbot
- die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (*ius cogens*)
- die notstandsfesten Garantien der Menschenrechte (nicht derogierbare Inhalte) gemäss Art. 4 Abs. 2 UNO-Pakt II und Art. 15 EMRK
- Kerngehalte gemäss Art. 36 Abs. 4 BV

Die CH kennt jedoch zurzeit *keine* verfassungsautonomen Schranken des Notrechts.



# Zwischenfazit: Notrechtshandlung

**Notverordnungen *contra legem* sind zulässig**, um die Handlungsfähigkeit des Bundes in Krisenlagen zu gewährleisten.

**Grösste Zurückhaltung** ist jedoch insbesondere in drei Fällen geboten:

- Beim **Abweichen von spezialgesetzlichen Bestimmungen** zur Krisenbewältigung
- Beim **Ausserkraftsetzen des Zugangs zu amtlichen Dokumenten** nach dem Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ)
- Bei der **Einführung von Strafbestimmungen** in Notverordnungen



## B. Spezialgesetzliche Krisenklauseln

Neben den Notverordnungen, die der Bundesrat direkt gestützt auf die Verfassung erlassen kann (Art. 184 und 185 BV) stützt, können auch Spezialgesetze den Bundesrat ermächtigen, in Krisensituationen Verordnungen zu erlassen.

Konstitutionelles Notrecht	Spezialgesetzliches Notrecht
Grundlage in der Verfassung	Grundlage in einem Spezialgesetz
Selbständige Verordnungen des Bundesrates	Unselbständige Verordnungen des Bundesrates



# B. Spezialgesetzliche Krisenklauseln

## Beispiele

Epidemiengesetz, (EpG SR, 818.101)

### Art. 6 Besondere Lage

<sup>2</sup> Der Bundesrat kann *nach Anhörung der Kantone* folgende Massnahmen anordnen:  
[...]

### Art. 7 Ausserordentliche Lage

Wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen.



# B. Spezialgesetzliche Krisenklauseln

## Beispiele

### Asylgesetz (AsylG, SR 142.31)

#### Art. 55 Ausnahmesituationen

<sup>1</sup> In Zeiten erhöhter internationaler Spannungen, bei Ausbruch eines bewaffneten Konfliktes [...]

<sup>2</sup> Der Bundesrat trifft die erforderlichen Massnahmen. Er kann, *in Abweichung vom Gesetz*, die Voraussetzungen für die Asylgewährung und die Rechtsstellung der Flüchtlinge *einschränken* und *besondere* Verfahrensbestimmungen aufstellen. Er erstattet der Bundesversammlung darüber unverzüglich Bericht.



# B. Spezialgesetzliche Krisenklauseln

## Beispiele

### Landesversorgungsgesetz (LVG, SR 531)

#### **Art. 31 Vorschriften über lebenswichtige Güter**

<sup>1</sup> Im Fall einer unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden schweren Mangellage kann der Bundesrat zeitlich begrenzte wirtschaftliche Interventionsmassnahmen ergreifen, um die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern sicherzustellen.

<sup>2</sup> Er kann Vorschriften erlassen über:

- a. die Beschaffung, Zuteilung, Verwendung und den Verbrauch; [...]
- h. die Förderung von Importen;
- i. die Beschränkung von Ausfuhren.

<sup>3</sup> Er kann, soweit erforderlich, *Rechtsgeschäfte auf Kosten des Bundes abschliessen.*



# B. Spezialgesetzliche Krisenklauseln

## Pro und Contra

**Pro:** Für die Einführung von spezialgesetzliche Krisenklauseln spricht...

- Der Gesetzgeber kann die verfassungsrechtliche Notrechtskompetenz des Bundesrates konkretisieren, was zu einer Stärkung der demokratischen Legitimation von Notmassnahmen führt
- Der Bundesrat wird gezwungen, sich möglichst an die besonderen Notbestimmungen im Spezialgesetz zu halten und nur im absoluten Ausnahmefall auf verfassungsunmittelbares Notrecht zurückzugreifen



# Spezialgesetzliche Krisenklauseln

## Pro und Contra

**Contra:** *Gegen* die Einführung von spezialgesetzlichen Krisenklauseln spricht...

- Spezialgesetze wiederholen regelmässig die verfassungsrechtliche Notrechtskompetenz und konkretisieren diese nicht
- Es stellen sich neue Fragen zum *Verhältnis* zwischen den spezialgesetzlichen Notbestimmungen und dem verfassungsmässigen Notrecht



# B. Spezialgesetzliche Krisenklauseln

## Ausgestaltung

Wenn Spezialgesetze sich an gewisse **Leitplanken** halten, können sie zur *Konkretisierung der Verhältnismässigkeit von Notrechtsmassnahmen* dienen:

- Werden im Spezialgesetz die **relevanten Rechtsgüter** konkretisiert?
- Wird gesagt, was **zeitliche und sachliche Dringlichkeit** im Kontext des Spezialerlasses bedeutet?
- Wird eine zeitliche **Befristung** der Notrechtsmassnahmen vorgesehen?
- Wird gesagt, **von welchen Normen in der Notlage abgewichen werden darf** und von welchen unter keinen Umständen abgewichen werden darf?



# VIII. Kontrolle von Notrecht

## Ausgangslage

- Eine vorgängige abstrakte Rechtskontrolle sieht das geltende Recht grundsätzlich nicht vor (Art. 189 Abs. 4 BV).
- Die richterliche Überprüfung der verfassungsunmittelbaren Notrechtsverordnungen selber ist einzig *indirekt* auf dem Weg der Anfechtung einer darauf gestützten Verfügung möglich.
- Entsprechende parlamentarische Vorstösse zur Einführung einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen wurden abgelehnt (Pa. Iv. 20.430 Grüne Fraktion «Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen» und Pa. Iv. 21.404 Addor «Für eine gerichtliche Kontrolle der auf Notrecht gestützten Akte des Bundesrates»).



# VIII. Kontrolle von Notrecht

## Argumente Pro

*Für* die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle bei Notverordnungen spricht:

- Effektiver Rechtsschutz erhöht das *Vertrauen* in das Krisenmanagement
- Richterliche Kontrolle ermöglicht *Verhältnismässigkeitsprüfung* von notrechtlichen Eingriffen in die Grundrechte
- Abstrakte Normenkontrolle hätte eine *präventive Wirkung*: Die Zulässigkeit von Notrechtsmassnahmen würde beim Erlass von Notverordnungen stärker gewichtet



# VIII. Kontrolle von Notrecht

## Argumente Contra

*Gegen* die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle bei Notverordnungen spricht:

- Wahrung der *Handlungsfähigkeit des Bundesrates* in Krisenlagen
- *Rechtsunsicherheit*, da eine rechtlich seriöse Kontrolle Zeit braucht
- *Rechtsunsicherheit*, weil die Rechtslage zum Zeitpunkt des Urteils wieder geändert haben kann
- Das *Parlament und nicht die Gerichte* sollten bundesrätliche Notverordnungen kontrollieren
- Abstrakte Normenkontrolle wäre *systemfremd*, da sie aufgrund von Artikel 190 BV für ordentliches Recht, konkret für Bundesgesetze, nicht vorgesehen ist



# VIII. Kontrolle von Notrecht

## Gutachterfunktion des Bundesgericht

- Eine Möglichkeit, eine richterliche und damit von der Verwaltung unabhängige Instanz in die Überprüfung von bundesrätlichen Notverordnungen einzubeziehen, wäre der Einbezug des Bundesgerichts *mittels Gutachten*.
- Die Idee wurde von der Arbeits- und Expertengruppe verworfen: Ein solches Instrument sei ein *Fremdkörper*. Zudem besteht bei der Gutachterfunktion des Bundesgerichts die *Gefahr der Selbstbindung* bei der nachträglichen, konkreten Normenkontrolle.



# VIII. Kontrolle von Notrecht

## Politische Instrumente

### Konsultationspflicht (pa. Iv. 20.437 und 20.438)

- Gemäss dem neuen Art. 151 Abs. 2<sup>bis</sup> ParlG konsultiert der Bundesrat die zuständigen Kommissionen zu den Entwürfen für Verordnungen, die er gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV oder gestützt auf eine gesetzliche Ermächtigung zur Bewältigung einer Krise nach Anhang 2 erlässt.



# IX. Ergebnisse des Berichts

## Beschlossene Massnahmen des Bundesrates

«Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Artikel 184 und 185 BV als Rechtsgrundlage genügen [...] um effektiv auf Krisen reagieren zu können.

Im Wissen um die Machtfülle, die ihm temporär während Notlagen zukommt, und die damit verbundenen, systeminhärenten Risiken für Demokratie, Rechtsstaat, Föderalismus und Menschenrechtsschutz, ergreift der Bundesrat die nachfolgenden Massnahmen im Zusammenhang mit der Anwendung von Notrecht.»

1. Transparenz schaffen
2. Rechtssicherheit fördern
3. Resilienz stärken

BBI 2024 1784, S. 100



# IX. Massnahmen des Bundesrates (I)

## Transparenz schaffen

- Prüfung der Einführung einer expliziten **Begründungspflicht** beim Erlass von Notrecht im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG
- Vgl. auch pa. Iv. 23.439 Caroni «Begründungspflicht beim Erlass von Notrecht»



# IX. Massnahmen des Bundesrates (II)

## Rechtssicherheit fördern

- Erarbeitung eines **Prüfschemas für die Notrechtspraxis** zuhanden der Ämter
- Stärkung der **präventiven Rechtskontrolle** von Notverordnungen durch das Bundesamt für Justiz



# IX. Massnahmen des Bundesrates (III)

## Resilienz stärken

- **Leitlinien für die Erarbeitung von spezialgesetzlichen Krisenbestimmungen** zuhanden der Ämter in der Bundesverwaltung (sog. krisenfeste Gesetzgebung)
- **Institutioneller Lernprozess** nach Krisen



SCHEID

