

**Irina Lehner
Caroline Rausch
Lea Ina Schneider
Anna Elisa Stauffer
(Hrsg.)**

Recht in der Krise

APARIUZ XXIII

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

**Irina Lehner
Caroline Rausch
Lea Ina Schneider
Anna Elisa Stauffer**
(Hrsg.)

Recht in der Krise

APARIUZ XXIII

Mit Beiträgen von
**Sandro Bernet
Filippo Contarini
Claude Humbel
Mei Yi Lew
Romane Loviat
Luka Markić
Alexander Salamon
Arezo Sang Bastian
Thomas Schaad
Giulia Walter
Martin Wilhelm**

Mit Gastbeiträgen von
**Prof. Dr. Ulrike Babusiaux
Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kley**

Vorwort

Seit dem Jahr 1999 legt der rechtswissenschaftliche Nachwuchs der Universität Zürich im Rahmen der Schriftenreihe APARIUZ (Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich) jährlich einen Sammelband vor. Mit dem vorliegenden Band geht diese Tradition bereits in die 23. Runde.

Der 23. Band entstand unter schwierigen Bedingungen. In den vergangenen zwei Jahren dominierte die Thematik der Krise in Form des global wütenden Corona-Virus unser Leben. In Anbetracht einer derartigen Omnipräsenz einer Krise ist die Auseinandersetzung mit dieser Thematik auf der wissenschaftlichen Ebene eine zusätzliche Herausforderung. Dieser Aufgabe widmeten sich die Nachwuchsforschenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich nichtsdestotrotz. Im Angesicht der Pandemiekrise sollen und wollen wir bewusst aufmerksam bleiben und uns dem Thema stellen. Die Lockdowns und die damit einhergehende Verlangsamung des öffentlichen Lebens gaben uns die Chance, innezuhalten, über das gegenwärtige Recht zu reflektieren und dieses, wenn notwendig, auch zu kritisieren. Es wurde ein neuer Raum geschaffen, um sich den spezifischen, aber auch grundsätzlichen Fragen der Zweckerfüllung des Rechts zu stellen. Der diesjährige Band soll entsprechend Platz zur Reflexion und Kritik bieten.

Was aber steckt hinter dem Schlagwort «Krise»? Unter einer Krise kann man sich allgemein eine schwierige Lage vorstellen. Aus dem Griechischen *krisis* bedeutet der Begriff wörtlich «Entscheidung» oder «Scheidung».¹ Zu Beginn wurde der Terminus der «Krise» in der Medizin als Fachwort für den kritischen Wendepunkt im Krankheitsverlauf verwendet und schliesslich allgemeiner gebraucht.² Man kann sodann von diesem kritischen Punkt aus weiterdenken: Unter einer Krise kann man eine Reihe von möglichen Herausforderungen fassen, die zum Umdenken oder Reagieren anspornen – oder gar zwingen. Der Historiker JAKOB TANNER hat den Begriff als rhetorische Figur betrachtet: «Krise ist eine rhetorische Figur der Kritik – und umgekehrt. Wer von Krise spricht, kritisiert Zustände. Und wer Zustände kritisieren möchte, sagt Krise.»³

1 FRIEDRICH KLUGE, «Krise», in: Friedrich Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Berlin 2011.

2 KLUGE (Anm. 1), «Krise».

3 JAKOB TANNER, Krise, in: Christof Dekung / Monika Dommann / Daniel Speich Chassé (Hrsg.), Auf der Suche nach der Ökonomie: historische Annäherungen, Tübingen 2014, 153-181, 153.

Krisenzeiten werden aber meist erst im Rückblick als solche benannt und bewertet, im Lichte der Auswirkungen, die sich manifestiert hatten. Der Gastbeitrag von Prof. Dr. ULRIKE BABUSIAUX zeigt ebendies auf und widmet sich dem Wechselspiel zwischen Krise und Recht aus einer römischrechtlichen Perspektive.

Ob die jetzige Lage, und welche Aspekte davon, auch zukünftig als eine solche Krisensituation bewertet werden wird, ist zum heutigen Zeitpunkt noch unsicher. Im Interview mit Prof. Dr. Dr. h.c. ANDREAS KLEY zeigt sich, dass nicht (nur) die Corona-Pandemie als solche, sondern (auch) die nachfolgenden Auswirkungen auf das Gesundheitswesen und die Politik als Krise bezeichnet werden können.

Angesichts der noch andauernden Pandemiesituation beschäftigt uns einerseits die Frage, welche Folgen die durch die Corona-Pandemie verursachte Krise für das Recht haben kann. So lässt sich der vorliegende Band (auch) der stetig wachsenden «Corona-Rechtsliteratur» zuordnen.⁴ Darüber hinaus interessiert uns aber auch die Frage, wie das Recht *grundsätzlich* auf Krisen unterschiedlicher Art reagiert oder reagieren sollte. Über die gegenwärtige Corona-Krise hinaus denken Nachwuchsforschende somit über verschiedene Krisen und deren rechtliche Implikationen nach. Dieser weitere Sinn des Begriffs «Krise» ist Ausgangspunkt des Sammelbandes und wird im Verlauf des Buches auf verschiedene Arten enger gefasst und näher betrachtet.

Im ersten Teil stellen sich die Beiträge zunächst dem grundsätzlichen Problem, wie Recht auf Krisen wirtschaftlicher oder politischer Natur reagiert.

Den Auftakt macht der Beitrag «Die Krise als Sachverhalt» von GIULIA WALTER und FILIPPO CONTARINI. In ihrer Reflexion beziehen sie sich auf die Luhmann'sche Systemtheorie und wenden ihre Erkenntnisse auf die Klimakrise, die Corona-Pandemie, und deren rechtliche Würdigung durch das Schweizerische Bundesgericht an.

Weiter gespannt wird der Bogen von CLAUDE HUMBEL in seinem Beitrag über die gegenwärtige Vertrauenskrise, die das Finanzmarktrecht erfährt, ausgelöst durch die Finanzkrisen und bemerkbar in den schlagartigen, heftigen Reaktionen seitens der AnlegerInnen (Stichwort «GameStop-Aktie»). Der Autor legt den Stellenwert von Vertrauen als Fundament des Finanzmarkts dar und beleuchtet das Thema auch unter Zuhilfenahme soziologischer Erklärungs- und Lösungsansätze.

4 So etwa: ZSR-Sondernummer «Pandemie und Recht»; Helbling Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19. Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona Krise, Basel 2020.

Sodann folgt ein Beitrag zur Krisenbewältigung von Unternehmen mit finanziellen Schwierigkeiten: ALEXANDER SALAMON analysiert in seinem Beitrag «Versicherungsunternehmen in der Krise – Notwendigkeit eines Sanierungsrechts?» die Instrumente, die Versicherungsunternehmen dazu zur Verfügung stehen. Das Sanierungsrecht, welchem dabei eine entscheidende Rolle zukommt, weist im Bereich des Versicherungsrechts besondere Schwierigkeiten auf, deren Untersuchung und Kritik Gegenstand des Beitrags sind.

SANDRO BERNET widmet sich der spezifischen Krise der Überschuldung einer Aktiengesellschaft im Aktienrecht. Das bisherige Recht der Unternehmenskrise erfuhr im Rahmen der Aktienrechtsrevision und aufgrund der unerwarteten Covid-19-Krise Anpassungen. Vor diesem Hintergrund analysiert er den Aufschub der Überschuldungsanzeige mit Fokus auf den neuen Art. 725b Abs. 4 revOR.

Die Privatrechtlerin AREZOO SANG BASTIAN analysiert rechtliche Lösungen, um die gegenwärtige Krise des Organmangels zu beheben. In einem Rechtsvergleich untersucht sie, ob die rechtlichen Modelle des israelischen und des iranischen Rechts auch in der schweizerischen Rechtsordnung Anwendung finden könnten.

Im zweiten Teil widmen sich die Beiträge der Frage, inwiefern eine Krise das Recht beeinflussen oder gar verändern kann.

MEI YI LEW nimmt in ihrem Beitrag «Die humanitäre Aufnahme von geflüchteten Personen in der Krise» die Krisensituationen in Griechenland nach dem Brand des Lagers von Moria und in Afghanistan nach der Machtübernahme der Taliban zum Anlass, die humanitäre Tradition der Schweiz genauer zu untersuchen. Sie erläutert verschiedene Möglichkeiten des schweizerischen Rechts, geflüchtete Personen in Krisensituationen aufzunehmen, und plädiert dafür, diese Möglichkeiten vor dem Hintergrund der humanitären Tradition der Schweiz aktiver zu nutzen.

THOMAS SCHAAD gibt uns einen Einblick in das Werk Nicos Poulantzas'. Anhand ausgewählter Elemente der Corona-Krise wird dargelegt, weshalb sich eine Auseinandersetzung mit dem Konzept des autoritären Etatismus lohnt, um über bedeutende Fragen der Corona-Krise nachzudenken.

Im dritten Teil fragen die Beiträge konkret, ob das Recht selbst in eine Krise zu geraten droht. Wie setzt sich das Recht an sich mit kritischen rechtlichen Situationen auseinander? In allen Beiträgen ist es die Corona-Pandemie, die Anlass zu diesen Fragen gibt.

LUKA MARKIĆ untersucht in seinem Beitrag die «Einschränkungen der politischen Rechte in Notsituationen» anhand der wichtigsten neuen Ent-

scheide der obersten kantonalen Gerichte und des Bundesgerichts während der Corona-Pandemie. Dabei konstatiert er, dass einerseits die Interessenabwägung zu Recht an Bedeutung gewonnen hat, andererseits aber die Bedeutung einer formell-gesetzlichen Grundlage für die Einschränkungen der politischen Rechte in den Urteilen unterschätzt wird.

ROMANE LOVIAT widmet sich dem Notrecht als Basis für Einschränkungen der politischen Rechte. Sie untersucht schwerpunktmässig, worin mögliche Problemfelder, aber auch Rechtfertigungsgründe für die Einschränkungen aus demokratischer Sicht liegen und ob die im Rahmen der Corona-Pandemie ergriffenen Massnahmen *in concreto* gerechtfertigt waren.

MARTIN WILHELM befasst sich mit Notrechtsklauseln in kantonalen Verfassungen. Er stellt eine Übersicht über die kantonalen Notrechtsgrundlagen sowie die Notrechtspraxis während der Corona-Pandemie auf und nimmt eine Einschätzung vor, wie gut die Kantone für weitere Krisen vorbereitet sind.

Zürich, Mai 2022

Irina Lehner

Caroline Rausch

Lea Ina Schneider

Anna Elisa Stauffer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
AutorInnenverzeichnis	XXV
HerausgeberInnenverzeichnis	XXVII

Gastbeiträge

Ulrike Babusiaux Krise und römisches Recht	3
---	---

Andreas Kley, interviewt von Larissa Tschudi «Corona wirkt wie ein Vergrößerungsglas: Es bringt die heikelsten Themen unseres Zusammenlebens an den Tag.»	23
---	----

Teil 1: Rechtliche Regulierung von Krisensituationen

Giulia Walter / Filippo Contarini Die Krise als Sachverhalt	33
--	----

Claude Humbel Finanzmarktrecht, Vertrauen und die «permanente Krise»	49
---	----

Alexander Salamon Versicherungsunternehmen in der Krise – Notwendigkeit eines Sanierungsrechts?	67
---	----

Sandro Bernet Aufschub der Überschuldungsanzeige im neuen Aktienrecht ..	83
---	----

Arezo Sang Bastian Anreizmodelle zur Überwindung des Organmangels	101
--	-----

Teil 2: Reaktionen des Rechts auf andere Krisen

Mei Yi Lew Die humanitäre Aufnahme von geflüchteten Personen in der Krise	119
---	-----

Thomas Schaad	
Mit Poulantzas über die Corona-Krise nachdenken?	
Einführende Überlegungen	135

Teil 3: Krisenrecht während der Corona-Pandemie	153
--	------------

Luka Markić	
Einschränkungen der politischen Rechte in Notsituationen ..	155

Romane Loviat	
Le droit d'urgence et la restriction des droits politiques	169

Martin Wilhelm	
Kantonales Notrecht: Bewährungsprobe bestanden?	181

Gastbeiträge

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux

Krise und römisches Recht 3

Interview mit Staatsrechtler Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kley

**«Corona wirkt wie ein Vergrößerungsglas: Es bringt die
heikelsten Themen unseres Zusammenlebens an den Tag.»** 23

«Corona wirkt wie ein Vergrösserungsglas»

Mit Ausbruch der Corona-Pandemie entstand weltweit politischer Handlungsdruck, und in der Hast wurden auch in der Schweiz Verordnungen und Gesetze erlassen, die aus Sicht von Staatsrechtsprofessor Andreas Kley nicht alle verfassungskonform sind. Er erklärt im Interview, wie Corona - vergleichbar mit einem Mikroskop - die Schwachstellen unseres politischen Systems sichtbar machte.

Larissa Tschudi: *Herr Kley, Sie betrachten die Gesetzgebung, die in der Schweiz zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erlassen wurde, als mangelhaft. Beginnen wir mit den Covid-Verordnungen. Was stört Sie daran?*

Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kley: Die Covid-19-Verordnungen des Bundesrats – und von denen gibt es sehr viele – sind vom Text her ausgesprochen schwer zu verstehen. Man kann sich teilweise fast nicht vorstellen, wie dieses Recht umgesetzt werden soll. Die Verordnungen enthalten Fehler, Widersprüche und unverständliche Passagen. So haben etwa alle Corona-Verordnungen sowie das Covid-19-Gesetz Befristungen drin. Fast jeder Artikel und Absatz – ich übertreibe jetzt ein wenig – hat eine andere Befristung und Geltungsdauer. Es ist schwierig herauszufinden, was eigentlich heute gilt. Das Bundesamt für Gesundheit hat das Problem – vermutlich unfreiwillig – anerkannt, indem es in einem Text in leichter Sprache erläuterte: «Welche Regeln gelten? Die Regeln ändern sich immer wieder.» Das ist keine Antwort auf die Frage und trifft trotzdem den wunden Punkt der Covid-19-Rechtsetzung.

Was ist der Grund für die handwerklich schlecht gemachten Verordnungen?

Der Grund ist eine grosse Übereilung, vor allem in der Anfangsphase. Damals wurde im Bundesratszimmer beraten, sehr schnell und überstürzt. Wenn man sich in einer Krisensituation glaubt, handelt man hastig – egal, ob es sich tatsächlich um eine Krise handelt oder nicht. Offenbar

sind wir in einer Krise, also handeln wir überstürzt und unüberlegt. Dann entstehen solche Texte.

Sie sagen, wir seien «offenbar» in einer Krise – ist die Corona-Pandemie aus Ihrer Sicht keine Krise?

Ich betrachte die Pandemie vom Phänomenologischen her nicht als Krise. Wir können noch immer frei herumgehen, essen, trinken, es fallen keine Bomben vom Himmel, es fällt niemand tot um auf der Strasse. Man sagte uns, das Corona-Virus sei sehr gefährlich und ansteckend und es würden viele Menschen daran sterben. Das ist bisher jedoch nicht in diesem Ausmass eingetreten. Stattdessen haben wir inzwischen eine Art Sekundärkrise, eine Kommunikations- und Rechtskrise, weil in dieser Eile nicht sorgfältig gearbeitet werden kann.

Im Frühling 2020 wussten wir aber noch sehr viel weniger über das Corona-Virus. Zudem stand der Bundesrat stark unter dem Eindruck der Situation im Ausland, beispielsweise jener in Italien. Waren das keine Krisensituationen?

Ja, das stimmt, die Situation in Oberitalien beispielsweise, in Bergamo, wo es viele Tote gab – diese kann man als punktuelle Krise bezeichnen. Die Bilder mit den Transporten von Verstorbenen spielten tatsächlich eine grosse Rolle. China ging mit drastischen Massnahmen voran und zeigte dem Rest der Welt, dass man hart durchgreifen muss, mit Lockdowns und Ausgangssperren. Es entstand Handlungsdruck. Diesen Druck hatte aber auch der Bundesrat selbst erzeugt. Ab dem 18. März 2020 wurden über das Radio regelmässige Warnmeldungen verbreitet. Stündlich hiess es da: «Bleiben Sie zu Hause, insbesondere, wenn Sie alt oder krank sind. Es sei denn, Sie müssen zur Arbeit gehen und können nicht von zu Hause aus arbeiten; es sei denn, Sie müssen zum Arzt oder zur Apotheke gehen; es sei denn, Sie müssen Lebensmittel einkaufen oder jemandem helfen.» Dies war natürlich eine verheerende Nachricht. Wer solche Nachrichten verbreitet, darf sich nicht wundern, wenn bei den Leuten Panik hochkommt.

Das Covid-19-Gesetz ist aus Ihrer Sicht nicht verfassungskonform. Weshalb?

Rein rechtswissenschaftlich betrachtet war dieses Covid-Gesetz eine schlechte Lösung, weil es ein «Kompetenzverschiebungsgesetz» ist: Es verschiebt Kompetenzen der Bundesversammlung auf den Bundesrat. Aber es sagt nicht, wie diese Kompetenzen gebraucht werden sollen. Normalerweise regeln Bundesgesetze in zahlreichen Artikeln einen Aufgabenbereich und schreiben genau vor, wie man verfahren muss. Beim Covid-Gesetz werden etwa 20 Aufgabenbereiche erfasst, aber statt dass

diese Bereiche je ein ausführliches Bundesgesetz erhalten, gibt es nur einen einzigen Gesetzesartikel für jeden Aufgabenbereich. Richtigerweise müsste die Bundesversammlung bei jedem Aufgabenbereich in 20 bis 100 Artikeln genau sagen, wie vorgegangen werden muss – beispielsweise mit dem Covid-Zertifikat.

Aus den Abstimmungen vom Juni und November 2021 resultierte zweimal ein klares Ja zum Covid-19-Gesetz. Sind solche Referenden nicht eine gute Art und Weise, die Rechtsstaatlichkeit wiederherzustellen?

Nein, das sehe ich nicht so. Demokratisch betrachtet ist es nun legitimiert. Man kann sagen: Wir haben jetzt eine sehr satte Mehrheit. Wenn das Gesetz im Referendum angenommen wird, ist es von der Mehrheit *politisch* akzeptiert. Dies ist schon einmal etwas. Man darf hier nicht von Diktatur und Ähnlichem sprechen. Aber rechtsstaatlich ist es nicht in Ordnung, was Bundesrat und Bundesversammlung gemacht haben. Rechtsstaatlich hätten sie das Problem anders lösen müssen.

Wie hätte man richtigerweise handeln sollen?

Wenn tatsächlich Zeitnot herrscht, dann kann man die Verfassung temporär ändern, mit einem dringlichen verfassungsändernden Bundesgesetz gemäss Artikel 165 BV. Dies erlaubt es, Kompetenzen während einer befristeten Zeit auf den Bundesrat zu übertragen. Man hätte von Anfang an sagen sollen: Wir benötigen ein auf fünf oder zehn Jahre befristetes Covid-19-Gesetz. Ein solches Bundesgesetz beschliesst man mit *obligatorischem* Referendum von Volk und Ständen. Das wäre rechtsstaatlich korrekt gewesen, weil genau dieses Verfahren in der Bundesverfassung vorgesehen ist. Nach fünf oder zehn Jahren hätten wir für eine allfällige Verlängerung dieser Verfassungsänderung erneut abstimmen müssen.

Was haben wir stattdessen?

Jetzt haben wir ein lediglich normales Gesetz, das die Verfassung ändert. Man hat sich einfach gesagt: Unter Anwendung der Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Artikel 190 BV) lassen sich Bundesgesetze erlassen, die über der Verfassung stehen, und niemand darf dagegen vorgehen – lasst uns das tun. Man hat so die geltende Verfassung gebrochen oder, milder ausgedrückt, verboten. Im Covid-19-Gesetz haben wir dadurch zwar kein verfassungsmässiges, aber immerhin ein durchsetzbares «Notrecht». Die Demokratie verträgt es nicht, dass man die in der Verfassung geregelten Verfahrensvorschriften verletzt – in diesem Fall ohne jede Not und Notwendigkeit.

Beim Covid-19-Gesetz geht es also um mehr als um einen juristischen Schönheitsfehler?

Ja. Es ist nicht rechtmässig, dass die Regierung durch ein blosses Bundesgesetz so viele Kompetenzen erhält. Dafür müsste die Verfassung geändert werden. Dass wir hier den Verfassungsgeber nicht einschalten, ist ein gravierender Mangel, der sich nun bei jeder Verlängerung des Covid-19-Gesetzes fortpflanzt.

Wir setzen uns über die geltenden Normen hinweg.

Genau. Die rechtsstaatliche, freiheitliche Demokratie beruht auf Entscheidungsverfahren, und Verfahren benötigen Formen, wie etwa Alexis de Tocqueville pointiert dargelegt hat. In einer Demokratie sind die Entscheide reguliert. Man beschliesst nicht einfach etwas, sondern man organisiert eine Abstimmung mit genauen Verfahrensvorschriften, die in der Verfassung und z.T. in Gesetzen niedergelegt sind. Die Verfassung definiert, wer stimmberechtigt ist und wie die Stimmen auszuzählen sind. Diese Vorschriften bestehen vor und während der Abstimmung. Die Behörden müssen sie einhalten bis nach Abschluss des Abstimmungsverfahrens. Sollen diese demokratischen Verfahrensvorschriften geändert werden, so dürfen die Abstimmungsregeln nicht einfach gebrochen werden, sondern Parlament und Regierung müssen ein Verfahren zur Änderung der Verfassung durchführen.

Wir hatten im Frühling 2020 ja die besondere Situation, dass das Parlament seine Session aufgelöst hat. Wenn sich das Parlament nicht an seinen Auftrag hält, wird es auch mit den besten Normen schwierig.

Ja, absolut. Am 15. März 2020, als die Büros der beiden Räte beschlossen, die Session abubrechen, da geschah staatsrechtlich und auch politisch eines der schlimmsten Ereignisse. Das ist seit 1848 nie vorgekommen, auch nicht während der beiden Weltkriege. Das oberste Organ des Bundes, die Bundesversammlung, verlässt sozusagen das Bundesschiff als Erste. Das darf es nicht geben. Das ist das Ende der Demokratie. Die Demokratie findet zuerst im Parlament statt, es ist staatsrechtlich und faktisch das wichtigste Organ. Wenn das wichtigste Organ ausfällt und nur noch die Regierung da ist, dann ist tatsächlich eine Art Notlage vorhanden. Diese trat nicht wegen des Virus ein, sondern wegen des Ausfalls der Bundesversammlung. Das politische Personal im Parlament hat versagt.

Wie konnte es dazu kommen?

Hier muss man sich rein politisch fragen: Was haben wir eigentlich für Parlamentarier und Parlamentarierinnen? Was wollen diese Leute in Bern genau erreichen? Staatstheoretisch gesehen sind es die «Volksvertreter» und «Volksvertreterinnen». Tatsächlich sind es Lobbyisten, die partikuläre Interessen verfolgen und sich weniger für das staatspolitische Gedeihen der Schweiz interessieren. Das Volk hat offenbar die falschen Leute gewählt.

Das ist aber ein von Corona unabhängiges Problem.

Das stimmt, aber Corona hat dies ans Licht gebracht. Corona wirkt wie ein Vergrößerungsglas, ein Mikroskop. Das halte ich für eine wichtige Beobachtung: Corona bringt die heikelsten Themen zur Sprache, und zwar keine Corona-Themen, sondern Probleme unseres gemeinsamen Zusammenlebens im Staat.

Die Kritik wurde dennoch häufig auf den Bundesrat gelenkt, es fielen Stichworte wie «Selbstermächtigung» oder «Diktatur».

Dem Bundesrat kann man fast nichts vorwerfen. Er wurde in diese Rolle gedrängt und hat sie unwillig wahrgenommen. Aber als oberste ausführende Instanz musste er handeln, eben auch ohne Begleitung durch die Bundesversammlung.

Vertrauen Sie dem Bundesrat?

Die Demokratie und der Rechtsstaat verlangen von niemandem Vertrauen in jene, die an der Macht sind. Denn die Erfahrung der menschlichen Geschichte sagt ja – und hier kommt der Staatsphilosoph Montesquieu ins Spiel –: Wer Macht hat, wird immer auch Macht missbrauchen. Das ist ein Naturgesetz des gesellschaftlichen Lebens. Ein guter Demokrat muss sich ein gesundes Misstrauen bewahren, soweit es um den Machtgebrauch der Regierung und aller staatlichen Funktionäre geht. Allerdings fangen die modernen Verfassungen dieses Misstrauen auf: Der Rechtsstaat ist mit Kontrollen und Gegengewichten (oder mit «Checks and Balances», wie die amerikanischen Verfassungsschöpfer sagten) versehen, damit die Machtträger ihre Macht nicht missbrauchen oder ein Missbrauch sanktioniert wird.

Was müssen wir ändern, damit es bei der nächsten Krise rechtsstaatlicher zu und her geht?

Aus meiner Sicht reicht es, wenn wir, wenn immer möglich, genau so vorgehen, wie unsere Bundesverfassung dies vorsieht. Sie sieht alles vor:

beschleunigte Gesetzgebungsverfahren, beschleunigte Verfassungsänderungsverfahren. Falls es einen neuen Krieg in Europa mit direkter Gefahr für die Schweiz gibt, müssten wir dasselbe tun wie während der Weltkriege und der Kriege im 19. Jahrhundert. Die Eidgenossenschaft müsste ein Vollmachtenregime errichten. In so einem Fall kündigt das Parlament ausdrücklich und in einer Sitzung an, dass es sich ausserstande sieht, die bevorstehende Krise und den drohenden Krieg zu bewältigen, und dass auch keine Zeit mehr bleibt, die Verfassung zu ändern. Es erstellt deshalb ein formelles Dokument, einen Vollmachtenbeschluss, der dem Bundesrat die gesamte Staatsmacht übergibt, also einen unbegrenzten Kredit und die Rechtsetzung von Verfassung bis Verordnung.

Ist eine solche Machtübergabe rechtsstaatlich nicht äusserst heikel?

Sie ist nur sinnvoll, wenn die drohende Gefahr so gross ist, dass man vernünftigerweise nicht mehr mit dem Parlament rechnen kann. Gemeint ist eine Gefahr, die so gross ist, wie nur ein Krieg es sein kann. Die Aufrechterhaltung des Friedens ist das höchste Gut, das wir in Europa zu bewahren haben. Ich habe manchmal den Eindruck, dass diese wichtige Einsicht immer mehr vergessen geht. Für diese Situation und für keine andere hat die Eidgenossenschaft seit 1848 jeweils Vollmachtenregime des Bundesrates vorgesehen.

Mir scheint, unter den Staatsrechtlern stellen Sie mit Ihrer dezidierten Kritik am Covid-Gesetz eher eine Ausnahme dar. Nehmen Sie das selbst auch so wahr?

Das ist so, weil ich mich gerne klar äussere und sage, dass diese Gesetzgebung offensichtlich verfassungswidrig ist. Die Rechtswissenschaft ist binär: Etwas ist entweder rechtswidrig oder rechtskonform. Aber es kann nicht zu 50 Prozent rechtmässig sein. Es gibt allerdings durchaus Kollegen, die im Kern dasselbe sagen wie ich, was das Covid-19-Gesetz betrifft, sie drücken sich einfach etwas milder aus und bezeichnen es als «nicht ideal» oder «problematisch». Aber ihre Begründung ist genau dieselbe: Dass nämlich mit dem Covid-19-Gesetz das Gesetzmässigkeitsprinzip unterlaufen wird, also die Herrschaft des formellen Gesetzes, des Parlamentsgesetzes, nicht mehr besteht.

Was sagen Sie zum «Applaus» von teilweise fragwürdiger Seite, wenn Sie als Rechtsgelehrter die Covid-19-Gesetzgebung scharf kritisieren?

Dieses Phänomen, dass man instrumentalisiert wird, ist unangenehm, aber je nach Thema nicht zu vermeiden. Denn ich leugne weder die Existenz von Corona, noch ziehe ich die Gefährlichkeit des Virus in Zweifel.

Wenn ich mich öffentlich äussere, dann argumentiere ich ausschliesslich rechtswissenschaftlich und sage, wie wir das Problem lösen müssen, wenn wir uns an der Verfassung orientieren wollen. Diese hat den Anspruch, die oberste Norm in unserem Staat zu sein. Etwas anderes habe ich nicht zu sagen, meine politische Meinung ist für die Gesellschaft irrelevant. Ich spreche nur als Jurist. Diese beiden Sphären muss ich als Wissenschaftler unbedingt trennen. Wir Professoren sollten daher nicht politisch werden, indem wir Aussagen treffen wie: «Ja, wir haben Verständnis, der Bundesrat musste rasch handeln». Das ist nicht unsere Aufgabe als Juristen. Oder, um Zaccaria Giacometti zu zitieren: «Was notwendig ist, ist noch lange nicht immer rechtmässig.»

Interview: Larissa Tschudi, 21.12.2021