

sui generis

Analysen und Perspektiven  
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts  
der Universität Zürich

# R KRISE

Recht in der Krise

Irina Lehner

Caroline Rausch

Lea Ina Schneider

Anna Elisa Stauffer

(Hrsg.)

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags ([www.suigeneris-verlag.ch](http://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».<sup>1</sup> Zu Beginn wurde der Terminus der «Krise» in der Medizin als Fachwort für den kritischen Wendepunkt im Krankheitsverlauf verwendet und schliesslich allgemeiner gebraucht.<sup>2</sup> 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.»<sup>3</sup>

---

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.<sup>4</sup> 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.

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.

## Danksagung

An dieser Stelle möchten wir all jenen Personen und Institutionen danken, welche die Veröffentlichung des vorliegenden Bandes möglich gemacht haben.

Besonders bedanken möchten wir uns bei den Autorinnen und Autoren. Ohne ihren grossen Einsatz, ihr Engagement und ihre Resilienz, die es ihnen möglich machten, auch in der gegenwärtigen unsicheren und verunsichernden Zeit fokussiert kritische Forschung zu betreiben, würde der vorliegende Band nicht existieren. Trotz der vermehrten Isolation, die naturgemäss ohnehin die Dissertations- oder Habilitationszeit prägt, zeigten sie: Die Nachwuchsforschung lässt nicht nach, sondern sie reagiert produktiv auf die Krise und stellt sich den vielfältigen Fragen und Herausforderungen.

Zudem möchten wir den Gastbeitragenden, Prof. Dr. Ulrike Babusiaux und Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kley, herzlich danken für ihre wertvollen Beiträge, die den vorliegenden Band massgeblich bereichern. Vielen Dank insbesondere auch an lic. phil. Larissa Tschudi für die fachkundige Führung des Interviews.

Ein grosser Dank geht an das Prodekanat für Forschung und Nachwuchsförderung, insbesondere an Prof. Dr. Matthias Oesch und Irene Schildknecht, sowie an den gesamten Fakultätsvorstand der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Dank der grosszügigen Unterstützung durch das Prodekanat Nachwuchsförderung wurde die *open access*-Publikation dieses Bandes ermöglicht. Die Chance, im Rahmen des APARIUZ-Bandes zu publizieren, ist für den wissenschaftlichen Nachwuchs zentral. Wir freuen uns, dass die Fakultät dies mit grosser Hilfsbereitschaft würdigt.



Grosser Dank gebührt auch dem sui generis-Verlag, insbesondere Prof. Dr. Marc Thommen und Dr. Simone Walser. Wir sind sehr dankbar für die gute und äusserst angenehme Zusammenarbeit.

Unser besonderer Dank gilt zudem den Gutachterinnen und Gutachtern, welche sich trotz zahlreicher sonstiger Verpflichtungen bereit erklärt haben, die Peer Reviews zu übernehmen. Ohne diese grosszügige, freiwillige und kompetente Unterstützung wäre die Publizierung dieses Bandes nicht möglich gewesen.

Bedanken möchten wir uns ebenfalls bei den Herausgeberinnen und Herausgebern des 22. APARIUZ-Bandes – Lukas Hussmann (Mag. iur., BA), Nicole Nickerson (MLaw, LL.M.), Arezoo Sang Bastian (MLaw, BA) und Youlo Wujohktsang (MLaw) –, welche uns mit ihrer Erfahrung tatkräftig zur Seite gestanden sind.

Schliesslich wünschen wir den Herausgeberinnen und Herausgebern des 24. Bandes viel Erfolg und Freude an der Zusammenarbeit.

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 ..... 1

---

Ulrike Babusiaux	
Krise und römisches Recht .....	3

Andreas Kley, interviewt von Larissa Tschudi	
«Corona wirkt wie ein Vergrößerungsglas.» .....	23

---

## Teil 1: Rechtliche Regulierung von Krisensituationen ..... 31

---

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

Arezoo Sang Bastian	
Anreizmodelle zur Überwindung des Organmangels .....	101

---

## Teil 2: Reaktionen des Rechts auf andere Krisen ..... 117

---

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

---

<b>Teil 3: Krisenrecht während der Corona-Pandemie .....</b>	<b>153</b>
--	------------

---

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

# Abkürzungsverzeichnis

a	alt (= alte Fassung eines Gesetzes) (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. aDSG])
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
ABl	Amtsblatt (des Kantons St. Gallen)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union; Amtsblatt (des Kantons Thurgau)
Abs.	Absatz, Absätze
ACAMS	Association of Certified Anti-Money Laundering Specialists
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ADS	Amtsdruckschrift (des Kantons Schaffhausen)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft; (Kanton) Aargau
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AI	Artificial Intelligence (= Künstliche Intelligenz); (Kanton) Appenzell Innerrhoden
AIA	Automatischer Informationsaustausch
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (AIG; SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
al.	alinéa (= Absatz)
AML	Anti Money Laundering
AmtlBull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AR	(Kanton) Appenzell Ausserrhoden
art.	article(s)
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
Asyl	Asyl – Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (Bern)
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, (AsylG; SR 142.31)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Aufl.	Auflage

AVO	Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) (SR 961.011)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAK	Bundesamt für Kultur
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0)
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	(Kanton) Bern
BEG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, SR 957.1)
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, SR 954.1)
betr.	betreffend
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002)
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
bGS	bereinigte Gesetzessammlung (des Kantons Appenzell Ausserrhoden)
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung (des Kantons Zug)
BIP	Bruttoinlandprodukt
BIS	Bank for International Settlements
BIV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. August 2012 über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA) (SR 952.05)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	(Kanton) Basel-Landschaft
BLaw	Bachelor of Law
BN	Der bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare (Langenthal)

Bot.	Botschaft des Bundesrates
BPR	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
BR	Bundesrat
BR	Bündner Rechtsbuch (systematische Gesetzessammlung des Kantons Graubünden)
BS	(Kanton) Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CapLaw	Swiss Capital Markets Law
cf.	confer
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
consid.	Considérant
Covid-19	coronavirus disease 2019 (= Coronavirus-Krankheit-2019)
Covid-19-Gesetz	— Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102)
CR	Commentaire Romand
CRS	Common Reporting Standard
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
d.h.	das heisst
DeFI	Decentralized Finance
ders.	derselbe (Autor)
DEX	Decentralized Exchange
dies.	dieselbe (Autorin), dieselben (Autoren)
DIGMA	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
DLT	Distributed Ledger Technology
Dr. iur.	Doktor der Rechte
Dr. iur. h.c.	Ehrendoktor der Rechte

Dr. rer. publ.	Doktor der Staatswissenschaften
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, ABl. 2016 L 119/1)
Dublin-III-Verordnung	— Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist vom 26. Juni 2013 (Dublin-III-Verordnung; Verordnung Nr. 604/2013)
E	Entwurf (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. E-DSG])
E-BankG 2002	Entwurf des Bundesrates vom 20. November 2002 zur Änderung des Bankengesetzes (BankG), BBl. 2002 8117
E-BankG 2010	Entwurf des Bundesrates vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes (BankG), BBl. 2010 4039
E-VAG 2020	Entwurf des Bundesrates vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl. 2020 8967
E.	Erwägung(en)
ebd.	ebenda
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
ECMH	Efficient Capital Market Hypothesis
éd.	édition
édit.	éditeur·e·(s)
EF	Expert Focus (Zürich)
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EÖBV	Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronische Beglaubigungen (SR 211.435.1)
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101)



et al.	et alia/aliae/alii (= und andere)
etc.	et cetera (= und die übrigen)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule Zürich
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
exkl.	exklusive
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgend/e/er/es
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fedpol	Bundesamt für Polizei
ff.	und die folgenden
FIDLEG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, SR 950.1)
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, SR 958.1)
FINIG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, SR 954.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) (SR 956.1)
FMedG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, SR 810.11)
Fn.	Fussnote(n)
FR	(Kanton) Freiburg
FS	Festschrift
G 20	Gruppe der Zwanzig (wichtigsten Industrie- und Schwellenländern)
GE	(Kanton) Genf; République et canton de Genève
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
ggf.	gegebenenfalls
GL	(Kanton) Glarus
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GR	(Kanton) Graubünden
grds.	grundsätzlich

GS	(systematische) Gesetzessammlung (des Kantons Appenzell Innerrhoden)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HG	Handelsgericht
HLL	Handbuch der lateinischen Literatur der Antike
Hrsg.	Herausgeber(in)/Herausgeber(innen)
i.c.	in casu (= im vorliegenden Fall)
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne; in Sachen
i.s.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ICO	Initial Coin Offering
IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers
IGH	Internationaler Gerichtshof der Vereinten Nationen
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501)
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IOM	Internationale Organisation für Migration
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
ISA	ideologische Staatsapparate
IWF	Internationaler Währungsfonds
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JRA	Journal of Roman Archaeology
JZ	JuristenZeitung
KAB	Kantonsamtsblatt Graubünden
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz, SR 951.31)
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, SR 251)
KGer	Kantonsgericht
KI	Künstliche Intelligenz
KKG	Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1)

KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOF	Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich
KV/AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR131.227)
KV/AI	Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell Inner- rhoden vom 24. Wintermonat 1872 (SR131.224.2)
KV/AR	Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR131.224.1)
KV/BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (SR131.212)
KV/BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR131.222.2)
KV/BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt (SR131.222.1)
KV/FR	Verfassung des Kantons Freiburg (SR131.219)
KV/GE	Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR131.234)
KV/GL	Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 (SR131.217)
KV/GR	Verfassung des Kantons Graubünden vom 18. Mai 2003 / 14. September 2003 (SR131.226)
KV/JU	Verfassung der Republik und des Kantons Jura (SR131.235)
KV/LU	Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SR131.213)
KV/NE	Verfassung von Kanton und Republik Neuenburg vom 24. September 2000 (SR131.233)
KV/NW	Verfassung des Kantons Nidwalden vom 10. Oktober 1965 (SR131.216.2)
KV/OW	Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968 (SR131.216.1)
KV/SG	Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (SR131.225)
KV/SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SR131.223)
KV/SO	Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (SR131.221)
KV/SZ	Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (SR131.215)
KV/TG	Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (SR131.228)
KV/TI	Verfassung von Republik und Kanton Tessin vom 14. Dezember 1997 (SR131.229)
KV/UR	Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (SR131.214)

KV/VD	Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003 (SR 131.231)
KV/VS	Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (SR 131.232)
KV/ZG	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (SR 131.218)
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101; SR 131.211)
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211)
KVAG	Bundesgesetz vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Kranken- versicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) (SR 832.12)
L-QIF	Limited Qualified Investor Funds
LDP	Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS 161.1)
lit.	litera (= Buchstabe, lettera)
LL.M.	Master of Laws
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
Mia.	Milliarde(n)
mind.	mindestens
Mio.	Million(en)
MLaw	Master of Law
MPIfG	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
N	Note(n)
n. Chr.	nach Christus
Nachf.Bd.	Nachführungsband
NATO	North Atlantic Treaty Organization (= Organisation des Nordatlantikvertrags)
nbp	note(s) de bas de page
NEK	Nationale Ethikkommission für Humanmedizin
No.	number / numéro (= Entscheidungsnummer EGMR)
not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Lausanne)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
odgl.	oder dergleichen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development

OFK	Orell Füssli-Kommentar
OGer	Obergericht
ONU-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
OS	Offizielle Gesetzessammlung des Kantons Zürich
ÖSA	ökonomischer Staatsapparat
p.	page
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
Pra	Die Praxis (Basel)
Prof.	Professor/in
publ.	publiziert
RB	Regierungsbeschluss (Graubünden) / Rechtsbuch (systematische Gesetzessammlung des Kantons Thurgau / des Kantons Uri)
RDS	Revue de droit suisse
resp.	respektive
revVAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) (SR 961.01) in der Fassung der Änderung vom 18. März 2022 (BBl. 2022 704)
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger
RL	Raccolta delle leggi del Cantone Ticino
Rn.	Randnummer(n)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RR-VR	Recht relevant. für Verwaltungsräte (Zürich)
RRB	Regierungsratsbeschluss (Thurgau)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	repressive Staatsapparate
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
RW	Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (Baden-Baden)
Rz.	Randziffer(n)
s.	Siehe / suivant-e
S.	Seite; Satz

S&P	Standard & Poor's
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR281.1)
SchlT	Schlusstitel
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
SEM	Staatssekretariat für Migration SEM
SG	Systematische Gesetzessammlung (des Kantons Basel-Stadt)
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGK	St. Galler BV-Kommentar
sGS	Systematische Gesetzessammlung (des Kantons St. Gallen)
SGS	Systematische Gesetzessammlung (des Kantons Basel-Landschaft / des Kantons Wallis)
SHK	Stämpfli Handkommentar
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch (Systematische Gesetzessammlung des Kantons Schaffhausen)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Schulthess Kommentar
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz (EuGH)
SNB	Schweizerische Nationalbank
SO	(Kanton) Solothurn
sog.	sogenannt/e/er/es
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts; Ständerat
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
ss	suivant-e-s
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
St.	Saint-e-(s)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0)
SVP	Schweizerische Volkspartei
SYRIZA	Synaspismos Rizospastikis Aristeras (= Koalition der Radikalen Linken)
SZ	(Kanton) Schwyz; Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung

SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TF	Tribunal federal suisse
TPF	Tribunale penale federale (= Bundesstrafgericht)
TPG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21)
u.	unten
u.a.	und andere/m/er/es; unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
udgl.	und dergleichen
UN	United Nations (= Vereinte Nationen)
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120)
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (=Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen)
UNO	United Nations Organization (= Organisation der Vereinten Nationen)
USA	United States of America (= Vereinigte Staaten von Amerika)
usw.	und so weiter
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) (SR 961.01)
VE	Vorentwurf (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. VE-DSG])
VE-VAG 2018	Vorentwurf des Bundesrates vom 14. November 2018 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG)
VEV	Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung vom 15. August 2018 (VEV; SR 142.204)
VGer	Verwaltungsgericht
VGer ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
vgl.	vergleiche
VIX	Volatility Index
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VRG/ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz (des Kantons Zürich) vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) (SR 221.229.1)

WEKO	Wettbewerbskommission
WHO	World Health Organization (= Weltgesundheitsorganisation)
WIPO	World Intellectual Property Organization (= Weltorganisation für geistiges Eigentum)
WOZ	Wochenzeitung (Zürich)
WTO	World Trade Organization (= Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZG	(Kanton) Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	(Kanton) Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPE	Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPol	Zeitschrift für Politologie
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich/St. Gallen)



# AutorInnenverzeichnis

ULRIKE BABUSIAUX, die Gastautorin, ist Professorin für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

SANDRO BERNET hat Rechtswissenschaft (MLaw UZH) in Zürich und Leuven (Belgien) studiert und war wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone an der Universität Zürich (emeritiert seit dem 1. Februar 2022). Er verfasst seine Dissertation zum aktienrechtlichen Kapitalband und ist in Zürich als Anwalt tätig. Zu seinen Forschungsschwerpunkten zählen das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht.

FILIPPO CONTARINI studierte Rechtswissenschaft in Luzern (MLaw) und erlangte dort 2020 seinen Dokortitel mit einer Dissertation über die Geschichte der Geschworenengerichtsbarkeit und die Anwendbarkeit der Systemtheorie im Recht. Nach mehrjähriger Arbeit als Assistent vom Prof. Dr. Michele Luminati, ist er seit 2021 Lehrbeauftragter an derselben Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Er ist derzeit PostDoc Fellow am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie und wird sich ab Oktober 2022 an die Université Paris-Panthéon-Assas begeben (SNF PostDoc.Mobility), um sich an der Rechtsgeschichte des Schweizer atlantischen Dreieckshandels im 17.-18. Jahrhundert zu widmen.

CLAUDE HUMBEL ist Habilitand und Postdoktorand an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, an welcher er zudem verschiedene Lehraufträge hält. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Gesellschafts- und Finanzmarktrecht mit besonderem Fokus auf der Regulierung von «decentralized finance».

ANDREAS KLEY, der im vorliegenden Band interviewt wird, ist Professor für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich.

MEI YI LEW studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Luzern und Neuchâtel und schloss 2018 ihren Master (MLaw Luzern/Neuchâtel) ab. Seit 2019 doktoriert sie im Bereich des Migrationsrecht und der Menschenrechte und ist am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht von Prof. Dr. iur Biaggini tätig.

ROMANE LOVIAT est titulaire d'un Bachelor of Law bilingue de l'Université de Fribourg et du Master of Law de l'Université de Zurich. Elle travaille comme assistante de recherche et doctorante au Zentrum für Demokratie Aarau et rédige sa thèse de doctorat sur les limites matérielles du droit d'urgence du Gouvernement.

LUKA MARKIĆ schloss sein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich 2017 ab. 2021 folgte die Promotion an der gleichen Universität. Nach seiner Tätigkeit als Assistent am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Staats- und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kley absolvierte er ein Praktikum an der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts. Zurzeit arbeitet er als juristischer Mitarbeiter in einer Rechtsanwaltskanzlei in Schwyz.

ALEXANDER SALAMON ist Doktorand an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und seit September 2020 wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt. Er verfasst eine Dissertation zum zukünftigen Sanierungsverfahren im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht. Vor seiner Tätigkeit als Assistent und vor dem Beginn des Doktorats schloss Alexander Salamon bereits das Bachelor- und das Masterstudium an der Universität Zürich ab. Während seines Studiums arbeitete er bei der BianchiSchwald GmbH und absolvierte Praktika bei der BianchiSchwald GmbH, am Kantonsgericht Schaffhausen und in der Legal & Compliance-Abteilung von Generali Schweiz. Nach Abschluss des Masterstudiums folgte ein halbjähriges Praktikum bei der Coop Rechtsschutz AG.

AREZOO SANG BASTIAN studierte Rechtswissenschaft (MLaw) und Islamwissenschaft an der Universität Zürich und Strassburg. Sie ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Andrea Büchler und ist Geschäftsleiterin des Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies (CIMELS). In ihrer Dissertation befasst sie sich mit den Organtransplantationsgesetzen der islamischen Welt.

THOMAS SCHAAD studierte bis 2010 Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Anschliessend war er als Substitut in einer Anwaltskanzlei tätig und erlangte 2013 das Anwaltspatent des Kantons Zürich. Danach war er als prozessierender Rechtsanwalt vorwiegend im Straf- und Migrationsrecht tätig. Seit 2019 ist er wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Giovanni Biaggini für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht der Universität Zürich. Zudem doktoriert er seit 2019 an der Universität Bern bei Prof. Dr. Alberto Achermann zur ausländerrechtlichen Mitwirkungspflicht.

LARISSA TSCHUDI ist freie Journalistin und lebt in Zürich. Von 2019 bis 2021 arbeitete sie am Institut für Völkerrecht der UZH. Sie hat in Zürich und Lausanne Politikwissenschaft, Philosophie und Völkerrecht studiert.

GIULIA WALTER hat von 2013 bis 2019 Rechtswissenschaft an den Universitäten Luzern, Wien und Genf studiert. In Genf absolvierte sie das CTL (Certificate of Transnational Law). In Luzern arbeitete sie neben dem Studium als Assistentin für den Lehrstuhl «Rechtsgeschichte und Rechtstheorie» von Prof. Dr. iur. Michele Luminati. Seit April 2020 ist sie wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Christoph Beat Graber an der Universität Zürich. Als Kunstenthusiastin befasst sie sich vornehmlich mit wissenschaftlichen Themen an der Schnittstelle zwischen Kunst und Recht.

MARTIN WILHELM hat Rechtswissenschaft (MLaw UZH) und Kommunikationswissenschaft (BA ZFH) in Zürich, Winterthur und Berlin studiert und ist wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. Felix Uhlmann an der Universität Zürich. Zu seinen Forschungsschwerpunkten zählt die rechtliche Bewältigung von Krisen.

## HerausgeberInnenverzeichnis

IRINA LEHNER ist wissenschaftliche Assistentin und stellvertretende Abteilungsleiterin am Zentrum für Demokratie Aarau. Seit Abschluss des Double Degrees MLaw (Universität Zürich) und LL.M. (King's College London) doktoriert sie an der Universität Zürich. Sie forscht und publiziert zu verschiedenen Themen im Bereich der politischen Rechte und verfasst ihre Dissertation zum Umgang mit Volksinitiativen, die in Konflikt mit dem bilateralen Recht Schweiz-EU stehen.

CAROLINE RAUSCH studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Sie arbeitet als wissenschaftliche Assistentin an Prof. Dr. Glasers Lehrstuhl für Öffentliches Recht und am ECR Projekt von Prof. Dr. Moeckli mit. In ihrer Dissertation geht sie der Frage nach, wie der Rechtsstaat auf unerfüllte Gesetzaufträge reagieren kann.

LEA INA SCHNEIDER absolvierte ihr Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und am King's College London. Seit Abschluss des Studiums arbeitet sie als wissenschaftliche Assistentin von Prof. Dr.

Dr. h.c. Andreas Kley an der Universität Zürich und ist Doktorandin im Bereich Business and Human Rights/Transnational Law, betreut von Prof. Dr. Christine Kaufmann. Ab September 2022 ist sie UZH.Doc.Mobility-Stipendiatin mit Forschungsaufenthalten am Lauterpacht Centre in Cambridge und an der University of Michigan.

ANNA ELISA STAUFFER, MLaw, LL.M. (King's College London) ist Doktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und forscht in ihrer Dissertation zu den Innominatverträgen aus einer rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Perspektive. Zudem ist sie Assistentin am Lehrstuhl für Römisches Privatrecht, Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Ulrike Babusiaux an der Universität Zürich.

# 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.»** ..... 23



Ulrike Babusiaux

# Krise und römisches Recht

---

<b>I.</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>4</b>
-----------	-------------------------	----------

---

<b>II.</b>	<b>Die «Krise» des 3. Jahrhunderts n. Chr.</b> .....	<b>5</b>
<b>1.</b>	<b>Die Kennzeichen der Epoche</b> .....	<b>6</b>
<b>2.</b>	<b>«Krisenhafte» Elemente der Epoche</b> .....	<b>10</b>
<b>3.</b>	<b>Bewertungen und Erklärungsansätze</b> .....	<b>12</b>

---

<b>III.</b>	<b>Recht und Rechtswissenschaft 235-284 n. Chr.</b> .....	<b>13</b>
<b>1.</b>	<b>Das «Ende» der römischen Rechtswissenschaft?</b> .....	<b>13</b>
<b>2.</b>	<b>Zur Kontinuität der kaiserlichen Reskriptenkanzlei</b> .....	<b>15</b>
<b>3.</b>	<b>Deutungsansätze zu Kontinuität und Wandel     im Recht des 3. Jahrhunderts</b> .....	<b>16</b>

---

<b>IV.</b>	<b>Krise und Recht im 3. Jahrhundert n. Chr.</b> .....	<b>18</b>
------------	--	-----------

---

<b>V.</b>	<b>Schlusswort</b> .....	<b>20</b>
-----------	--------------------------	-----------

## I. Einleitung

Im Jahr 476 wird die Stadt Rom, die zu dieser Zeit Hauptstadt des Weströmischen Reiches ist, unter der Führung Odoakers erobert und der weströmische Kaiser Romulus abgesetzt. Die Kaiserinsignien werden nach Konstantinopel geschickt; Odoaker lässt sich zum König über Italien ausrufen.<sup>1</sup> Das Weströmische Reich ist damit untergegangen. Obwohl das Oströmische Reich noch knapp eintausend Jahre weiterbestehen wird, gilt das Datum als einschneidende Zäsur in der Geschichte Roms und hat nicht nur die Zeitgenossen, sondern auch die Historiographie vielfach beschäftigt.<sup>2</sup>

Die Einnahme der Stadt Rom und die Absetzung des Kaisers werden dabei in der Regel nicht als isoliertes Ereignis, sondern als Endpunkt einer längeren, und meist als Niedergang geschilderten Entwicklung dargestellt. Berühmt geworden ist die Schilderung in EDWARD GIBBONS (1737-1794) «History of the Decline and the Fall of the Roman Empire», die eine langsame Zersetzung des Römischen Reiches von Innen heraus beschreibt. Aber auch die aktuelle Forschung sieht trotz einer zunehmend nuancierten Bewertung der Spätantike das Jahr 476 nur als einen Mosaikstein in einem krisenhaften Prozess, der das ehemalige Weltreich schrittweise zerfallen liess. Als Beginn dieses Prozesses gilt meist die sog. Zeit der «Soldatenkaiser», d.h. die fünfzig Jahre von 235 bis 284 n. Chr.<sup>3</sup>

Die Epoche der «Soldatenkaiser» ist aus rechtshistorischer und damit auch aus rechtsdogmatischer Sicht von Interesse, wenn es darum geht, das Verhältnis von «Krise» und «Recht» auszuloten, da sie auch mit einer klaren Zäsur in der Entwicklung des römischen Rechts und der römischen Rechtswissenschaft einhergeht: Die römische Rechtsliteratur, die sich in der Kaiserzeit neben der kaiserlichen Rechtssetzung als eigene Stimme der Rechtsent-

---

1 Zum Fall Roms vgl. nur PETER HEATHER, *The Fall of the Roman Empire*, London 2006, 349-459; ALEXANDER DEMANDT, *Der Fall Roms. Die Auflösung des römischen Reiches im Urteil der Nachwelt*, München 2014, insb. 13-42.

2 Ein umfassender Überblick bei DEMANDT (Anm. 1), 170-241.

3 Für Forschungen zum 3. Jahrhundert siehe die Beiträge in Klaus-Peter Johné/Thomas Gerhardt/Udo Hartmann (Hrsg.), *Deleto paene imperio Romano. Transformationsprozesse des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert und ihre Rezeption in der Neuzeit*, Stuttgart 2006; Marie-Henriette Quet (Hrsg.), *La «crise» de l'Empire romain. De Marc-Aurèle à Constantin. Mutations, continuités, ruptures*, Paris 2006; Klaus-Peter Johné (Hrsg.), *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284)*, 2 Bände, Berlin 2008; CLIFFORD ANDO, *Imperial Rome AD 193 to 284*, Edinburgh 2012; Armin Eich/Stefan Freund/Meike Rühl/Christoph Schubert (Hrsg.), *Das dritte Jahrhundert. Kontinuitäten, Brüche, Übergänge*, Stuttgart 2017; MICHAEL SOMMER, *Die Soldatenkaiser*, 4. Aufl., Darmstadt 2020.



wicklung etabliert hatte, scheint zu verstummen.<sup>4</sup> Jedenfalls sind in der justinianischen Sammlung der Schriften der römischen Juristen, den Digesten (531 n. Chr.), keine Autoren aus dieser Zeit bezeugt, während später schreibende Rechtsexperten, wie etwa der diocletianische Jurist Arcadius Charisius, Aufnahme gefunden haben.<sup>5</sup>

Um zu ermitteln, in welcher Weise die «Reichskrise» des 3. Jahrhunderts auch eine «Rechtskrise» darstellt und welche Zusammenhänge und Interaktionen zwischen beiden Phänomenen bestehen, ist zunächst die Ereignisgeschichte der Jahre 235 bis 284 n. Chr. zu skizzieren, bevor nach ihrer Krisenhaftigkeit und den Ursachen der Veränderungen zu fragen ist. Schliesslich ist die besondere Rolle des Rechts wie der Rechtswissenschaft in dieser Krisenzeit zu beleuchten und nach dem Verhältnis von Reichs- und Rechtskrise zu fragen.

## II. Die «Krise» des 3. Jahrhunderts n. Chr.

Schon Zeitgenossen, etwa der griechischsprachige Geschichtsschreiber Herodian, sahen das 3. Jahrhundert als «Krise» an, die mit dem Tod des «guten Herrschers» Marc Aurel begonnen habe.<sup>6</sup> Dabei galten laut Herodian bereits Septimius Severus und seine Nachfolger als Ausdruck eines Niedergangs des römischen Prinzipats. Für den Geschichtsschreiber zeigt sich dies in der angeborenen Ungeeignetheit der auf Marc Aurel folgenden Herrscher, die Herodian entweder als Tyrannen oder unfähige Usurpatoren charakterisiert. Eher am Rande erwähnt er in seiner Darstellung andere krisenhafte Elemente, die nach seiner Meinung einen baldigen Untergang des Römischen Reiches ankündigen sollen: Krieg nach Aussen und im Innern, Aufstände, Zerstörung von Städten durch Feuer und Willkür; ferner Erdbeben und Luftverschmutzung.<sup>7</sup>

---

4 Zum Recht im 3. Jahrhundert vgl. v.a. FRANZ WIEACKER, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien*, RHDFE 1971, 201-223; ANDO (Anm. 3), 76-99; Beiträge in Ulrike Babusiaux/Anne Kolb (Hrsg.), *Das Recht der Soldatenkaiser. Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin 2015.

5 Zu Aurelius Arcadius Charisius, vgl. HLL V-DETLEF LIEBS, in: Reinhart Herzog (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike. Fünfter Band: Restauration und Erneuerung. Die lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr.*, München 1989 (zit. HLL V-VERFASSERIN), § 508.1, 69-71.

6 Zu Herodian, vgl. GEZA ALFÖLDY, *Zeitgeschichte und Krisenempfindung bei Herodian*, Hermes 1971, 429-449; so auch noch MARTIN ZIMMERMANN, *Kaiser und Ereignis. Studien zum Geschichtswerk Herodians*, München 1999, insb. 17-41 (moralisierende Darstellung der Kaiser nach Marc Aurel).

7 Herodian 1.1.4 «Wenn jemand die gesamte Zeit von Augustus her, seit sich die Römerherrschaft zur Monarchie gewandelt hat, überschaute, so fände er wohl in den rund

## 1. Die Kennzeichen der Epoche

In der Tat zeichnet sich die Zeit seit dem Herrschaftsende des letzten severischen Kaisers, Alexander Severus (222-235 n. Chr.), durch häufige Herrscherwechsel aus. Sieht man von den ebenfalls sehr zahlreichen gescheiterten Usurpationen oder nur sehr kurzfristigen lokalen Machtübernahmen ab, lassen sich im Zeitraum von knapp 50 Jahren (235-284 n. Chr.) deutlich mehr als 20 Kaiser zählen.

Viele von diesen regieren nur wenige Monate;<sup>8</sup> manche bleiben sogar nur Tage im Amt, bevor sie oft eines gewaltsamen Todes sterben. Dies gilt besonders im Sechs-Kaiser-Jahr 238, in dem die Samtherrscher Gordian I. und Gordian II. nur 20 Tage regieren, bevor Gordian der II. im Kampf fällt und Gordian I. Selbstmord begeht.<sup>9</sup> Auch ihre unmittelbaren Nachfolger, die glücklosen Kaiser Pupienus und Balbinus, regieren nur 90 Tage, bis sie von den Prätorianern ermordet werden.<sup>10</sup> Ähnlich kurze Regierungszeiten finden sich im Höhepunkt der Krise zwischen 260 und 281 n. Chr. So dauert die Herrschaft des Florianus (Mitte 276 bis September 276) nur 88 Tage, bevor er von Soldaten ermordet wird.<sup>11</sup> Ähnlich ergeht es Quintillus, der im September 270 für ein paar Tage die Kaiserwürde trägt, bevor er in Aquileia ebenfalls durch Soldaten den Tod findet.<sup>12</sup>

Auch die Gewalttätigkeit der häufigen Machtwechsel ist ein Zeichen der Epoche, wie schon die genannten Beispiele der kurzfristigen Thronbesteigung belegen. Selbst Kaiser, die sich länger an der Macht halten können und sogar klare militärische Erfolge vorweisen können, werden oft durch Soldaten, und nicht selten durch ihre eigenen, aus dem Weg geräumt. Hier ist etwa Philippus Arabs<sup>13</sup> zu nennen, der trotz seines Triumphs über die Karpen und

---

zweihundert Jahren bis zu den Zeiten des Marc Aurels weder so viele Herrschaftsfolgen nacheinander noch so vielfältige Wechselfälle innerer und äusserer Kriege, Unruhen der Provinzen und Eroberungen von Städten in unserem Lande und in vielen Barbarenländern, Erdbeben und Seuchen, unverhoffte Lebensläufe von Usurpatoren und Kaisern, wie sie früher nur selten oder überhaupt nicht zu erwähnen waren.» (Übersetzung von FRIEDHELM L. MÜLLER, Herodian. Geschichte des Kaisertums nach Marc Aurel: Griechisch und Deutsch, Stuttgart 1996, 36 f.).

---

8 Ein Beispiel bildet Tacitus, der von November 275 bis Mitte 276 n. Chr. regiert, vgl. DIETMAR KIENAST, Römische Kaisertabelle. Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie, 3. Aufl., Darmstadt 2004, 250 f.

9 Zu Gordian I./II., vgl. KIENAST (Anm. 8), 189 f.

10 KIENAST (Anm. 8), 191-194.

11 KIENAST (Anm. 8), 252.

12 KIENAST (Anm. 8), 233.

13 KIENAST (Anm. 8), 198 f., Regierungszeit des Philippus Arabs: Anfang 244-September/Oktober 249.

die Germanen im Jahre 247 bereits zwei Jahre später durch Soldaten ermordet wird. Auch Aurelian,<sup>14</sup> der sich grosse Verdienste um die Wiederherstellung des Reiches erwirbt, wird kurz nach seinem Erfolg von Soldaten umgebracht. Erst recht tragisch scheint das Schicksal des Probus,<sup>15</sup> der trotz erfolgreicher Heerzüge in Europa, Kleinasien und Ägypten im Herbst 282 von seinen eigenen Soldaten erschlagen wird, die einen konkurrierenden Heerführer vorziehen. Vergleichbar ist das Schicksal des Carinus,<sup>16</sup> der im August/September 285 von seinen eigenen Soldaten getötet wird, die sich lieber Diocles, dem späteren Kaiser Diocletian, anschliessen.<sup>17</sup> Besonderer Erwähnung bedarf das Schicksal Valerians,<sup>18</sup> der im Sommer 260 vom Perserkönig Šapur gefangen genommen wird, was schon allein wegen der darin liegenden Demütigung Roms als ein Höhepunkt der Krise angesehen wird.<sup>19</sup> Seltener sind Krankheiten die Ursache für eine kurze Herrschaftsdauer: Nur der Tod des Claudius II. Gothicus im September 270 wird auf die Pest zurückgeführt;<sup>20</sup> auch Carus soll an einer Krankheit verstorben sein.<sup>21</sup>

Die fehlende politische Kontinuität und die Gewaltsamkeit des Machtwechsels hängen mit dem dritten Merkmal der Epoche zusammen: der Vormacht des Militärs. Deshalb verwendet die deutschsprachige Forschung – trotz mancher Bedenken – noch immer den Begriff der «Soldatenkaiser».<sup>22</sup> Richtig daran ist, dass die Kaiserwürde nun nicht mehr an Herkunft und Stand geknüpft wird, sondern an militärische Erfolge und die Ausrufung durch das

---

14 KIENAST (Anm. 8), 234-238, Regierungszeit des Aurelian: September 270-September/Okttober 275.

15 KIENAST (Anm. 8), 253-257, Regierungszeit des Probus: Sommer 276-Herbst 282.

16 KIENAST (Anm. 8), 261-263, Regierungszeit des Carinus: Frühjahr 283-August/September 285.

17 GERALD KREUCHER, Probus und Carus, in: Klaus-Peter Johné (Hrsg.), Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284), Bd. I, Berlin 2008, 395-423, 421.

18 KIENAST (Anm. 8), 214-217, Regierungszeit des Valerian: Juni/August 253-Juni 260.

19 Zu Valerians Gefangennahme (*clades Valeriana*) vgl. nun nuancierend: TONI GLAS, Valerian. Kaisertum und Reformansätze in der Krisenphase des Römischen Reiches, Paderborn 2014, 13-18.

20 KIENAST (Anm. 8), 231f., Regierungszeit des Claudius II. Gothicus: September/Okttober 268-September 270.

21 KIENAST (Anm. 8), 258f., Regierungszeit des Carus: August/September 282-Juli/August 283; zur Todesursache vgl. KREUCHER (Anm. 17), 420.

22 Zum Begriff vgl. MICHAEL SOMMER, A vast scene of confusion – Die Krise des 3. Jahrhunderts in der Forschung, in: Ulrike Babusiaux/ Anne Kolb (Hrsg.), Das Recht der Soldatenkaiser, Berlin 2015, 15-30; MICHAEL A. SPEIDEL, Kaiserliche Privilegien, Urkunden und die «Militärararchie» des Zeitalters der «Soldatenkaiser». Einige Beobachtungen, in: Ulrike Babusiaux/ Anne Kolb (Hrsg.), Das Recht der Soldatenkaiser, Berlin 2015, 46-64.

Heer. Bereits der erste Regent dieser Zeit, Maximinus Thrax, bildet ein klares Beispiel für diesen Paradigmenwechsel, denn er stammt aus einfachen Verhältnissen und steht damit für die erstaunliche Karriere vom einfachen, nicht-römischen Soldaten zum Kaiser. Dass dies gegen die bestehende Ordnung verstößt, zeigt die Reaktion des Senats in Rom, der ihn zum Staatsfeind (*hostis*) erklärt<sup>23</sup> und die bereits erwähnten Gordiane als Gegenkaiser einzusetzen sucht.<sup>24</sup> Auf Dauer kann sich der Senat freilich nicht behaupten und wird im Laufe der Zeit die vom Militär eingesetzten Kaiser bestätigen und sogar mit allen ihnen gebührenden Zeremonien in Rom empfangen. So wird zum Beispiel Aemilius Aemilianus<sup>25</sup> im Jahre 253 zuerst von den Soldaten in Moesien zum Kaiser ausgerufen, bevor ihn der Senat anerkennt. Auch Valerian wird durch die Truppen in Raetien und Noricum im Herbst 253 zum Kaiser erhoben und erst nachträglich in Italien mit allen Ehren empfangen, was man als Sanktion der soldatischen Akklamation auffassen kann.<sup>26</sup> Öfter wird die stadtrömische Anerkennung mit einem Triumphzug des siegreichen *imperator* verbunden.<sup>27</sup> In jedem Fall hält sich der Kaiser immer nur kurz in Rom auf und ist meist auf Reisen, was Kontakt und Austausch mit dem Senat und mit der stadtrömischen *plebs* verhindert. Die Hauptaufgabe des Kaisers liegt freilich nicht mehr in der zentralen Repräsentation der Macht, sondern in der Niederschlagung von Aufständen und Usurpationen sowie in der Abwehr der vielfältigen Gefahren von Aussen. Der Kaiser ist – wie das Beispiel des Probus zeigt<sup>28</sup> – ständig unterwegs und auf seine militärische Funktion konzentriert, wenn nicht «beschränkt». Fast alle Herrscher dieser Epoche sind daher entweder Heerführer oder – wie der bereits erwähnte Philippus Arabs – Prätorianerpräfekte, d.h. militärische Aufsteiger aus verschiedenen Teilen des Reiches.<sup>29</sup>

---

23 KLAUS-PETER JOHNE et al., Das Kaisertum und die Herrscherwechsel, in: Klaus-Peter Johne, Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284), Bd. I, Berlin 2008, 583-632, 588.

24 Einzelheiten bei ULRICH HUTTNER, Von Maximinus Thrax bis Aemilianus, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284), Bd. I, Berlin 2008, 161-221, 162; KLAUS-PETER JOHNE, Der römische Staat, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284), Bd. I, Berlin 2008, 583-632, 586.

25 KIENAST (Anm. 8), 212 f., Regierungsdaten des Aemilius Aemilianus: Juli/August-September/Okttober 253.

26 ANDREAS GOLTZ / UDO HARTMANN, Valerianus und Gallienus, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284), Bd. I, Berlin 2008., 223-295, 223f. mit Fn. 2.

27 Beispiele hierfür sind Aurelian (Triumph 273) und Probus (Triumph 281), vgl. KREUCHER (Anm. 17), 414.

28 KREUCHER (Anm. 17), 409.

29 HUTTNER (Anm. 24), 190 f.

Die Tendenz, «barbarische» Soldaten an die Spitze des Reiches zu berufen, zeigt sich erst recht mit den seit 268 n. Chr. dominierenden «illyrischen Kaisern», Claudius II. Gothicus und Aurelian.<sup>30</sup>

Die Verlagerung der Herrscherwahl vom Senat auf das Militär hat eine wichtige geographische Konsequenz.<sup>31</sup> Da die Usurpationen meist an den Aussengrenzen des Reiches stattfinden,<sup>32</sup> verlagert sich das innenpolitische Geschehen vom Zentrum an die Peripherie. Auf diese Weise wird die Verbindung zur Stadt Rom, dem bis dato unbestrittenen Zentrum des Römischen Reiches, gelockert oder aufgegeben. Einige Kaiser, etwa der bereits erwähnte Maximinus, betreten die Stadt nie; andere Kaiser reisen nur für Triumphzüge an, um dann in den nächsten Krieg aufzubrechen, wie sich am Beispiel Aurelians zeigen lässt: Er wird im September 270 in Sirmium zum Kaiser erhoben und hält sich im Winter 270/271 in Rom auf, bevor er im Jahre 271 Feldzüge gegen Vandalen, Juthungen und Sarmaten führt; der Winter 271/272 führt ihn erneut nach Rom; das weitere Regierungsgeschehen besteht aus militärischen Operationen in allen Gebieten des Reiches, als weiterer Romaufenthalt ist ein Triumphzug für 273 belegt, bevor Aurelian 275 in Caenophurium (heutiges Silivri, Türkei) ermordet wird.

Das deutlichste Zeichen der Verlagerung des Geschehens in die Peripherie liegt in der Abspaltung von Herrschaftsgebieten des Römischen Reiches. Sie treten nicht zufällig dort auf, wo auch das Kriegsgeschehen und die Bedrohung von Aussen am stärksten sind: So bildet sich in der Provinz Syria das Sonderreich um die Stadt Palmyra aus, das – mit unterschiedlichen Autonomiestatus – seit der Gefangennahme Valerians durch die Perser 260 bis zur Wiedereroberung durch Aurelian 272 besteht und dessen Königin Zenobia einer breiteren Öffentlichkeit bekannt geworden ist.<sup>33</sup> Im Norden entsteht ein gallisches Sonderreich mit der Hauptstadt Köln, das sich ebenfalls im Jahr 260 abspaltet und bis 274 unabhängig ist.<sup>34</sup> All diese Entwicklungen hatten zur

---

30 UDO HARTMANN, *Claudius Gothicus und Aurelianus*, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284)*, Bd. I, Berlin 2008, 297-323; JOHNE (Anm. 23), 599.

31 JOHNE (Anm. 23), 594.

32 Die Forschung hat für die Zeit von 235 bis 284 an der Rheingrenze 16 Kaiserproklamationen gezählt, an der Donaugrenze zehn, in Norditalien vier und an der Euphratgrenze neun, im Reichsinnern hingegen «nur» drei in Afrika, drei in Ägypten und sechs in Rom, vgl. JOHNE (Anm. 23), 595.

33 Zum Sonderreich Palmyra vgl. UDO HARTMANN, *Das palmyrenische Teilreich*, Stuttgart 2001; populärwissenschaftlich: NATHANAEL J. ANDRADE, *Zenobia. Shooting Star of Palmyra*, Oxford 2018.

34 Zum gallischen Sonderreich vgl. ANDREAS LUTHER, *Das gallische Sonderreich*, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284)*, Bd. I, Berlin 2008, 325-341; zu

Folge, dass nicht mehr die Stadt Rom als Ort, sondern der Kaiser als Person als Zentralorgan des Reiches angesehen wurde.<sup>35</sup>

## 2. «Krisenhafte» Elemente der Epoche

Die skizzierte Ereignisgeschichte hat bereits die wesentlichen «krisenhaften» Elemente der Zeit hervortreten lassen. Auslöser der meisten Schwierigkeiten waren die zahlreichen Kriege und massiven militärischen Bedrohungen, die vor allem im Osten vom Perserreich (Sasanidenreich)<sup>36</sup> und im Westen und Norden von Einfällen von Germanen und Goten ausgingen.

Die notwendige Verteidigung nach Aussen führt zu einer Überbetonung militärischer Kompetenzen nach Innen. Vor allem wird nun der Herrscher hauptsächlich nach militärischen Fähigkeiten und aus der situativen Entscheidung eines einzelnen Feldzugs durch eine Heeresgruppe bestimmt, was zu häufigen Herrscherwechseln nahezu ohne Kontinuität führt. An Versuchen, das dynastische Element zu stärken und damit eine gewisse Planbarkeit der Herrschaft zu gewährleisten, hat es dennoch nicht gefehlt. Exemplarisch erwähnt sei Decius,<sup>37</sup> der Mitte 250 seinen Sohn, Q. Herennius Etruscus Messius Decius, zum Caesar erhob und wenige Monate später dessen jüngeren Bruder, C. Valens Hostilianus Messius Quintus.<sup>38</sup> Dieser Versuch, die Herrschaft an eine Familie zu binden, fand ein jähes Ende, als sich die Grenzkonflikte mit den Goten auf dem Balkan zuspitzten und Decius in der Entscheidungsschlacht in der Gegend von Atritus (Moesien) im Juni 251 den Tod fand, woraufhin Trebonianus Gallus zum Kaiser ausgerufen wurde.<sup>39</sup>

An diesem Beispiel zeigt sich auch, dass die Konflikte um die Herrscherwürde vielfach aus der geographischen Dispersion verschiedener Heeresteile entstanden: Da das Heer in verschiedenen Konfliktzonen im Einsatz war und Nachrichten nicht zwingend in kurzer Zeit übermittelt werden konnten,<sup>40</sup>

---

Köln vgl. WERNER ECK, Ein gallisches Teilreich mit Köln als Zentrum (260-274), in: ders. (Hrsg.), Köln in römischer Zeit. Geschichte einer Stadt im Rahmen des Imperium Romanum, Köln 2004, 565-585.

---

35 JOHNE (Anm. 23), 631.

---

36 Zur Konfrontation zwischen Rom und dem Sasanidischen Reich vgl. ERICH KETTENHOFEN, Die römisch-persischen Kriege des 3. Jahrhunderts n. Chr. Nach der Inschrift Sähpuhrs I. an der Ka'be-ye Zartošt (ŠKZ), Wiesbaden 1982.

---

37 KIENAST (Anm. 8), 204-208, Regierungszeit des Decius: September/Oktober 249-Juni 251.

---

38 HUTTNER (Anm. 24), 205f.

---

39 HUTTNER (Anm. 24), 211, 218f.

---

40 Zur Dauer des Nachrichtentransfers vgl. ANNE KOLB, Transport und Nachrichtentransfer im Römischen Reich, Berlin 2000, 264-307.

kam es häufiger zu widersprechenden Akklamationen von Feldherren zum Kaiser, die sodann – der militärischen Prägung der Herrschaft entsprechend – gewaltsam gelöst werden mussten.

Die durch die verschiedenen Truppeneinsätze notwendige Machtteilung hatte zudem ein Auseinanderstreben von Reichsteilen zur Folge. Dieses zeigt sich nicht nur in den beiden bereits erwähnten Sonderreichen Palmyra und Gallien, sondern auch in der teilweise gänzlich unterschiedlichen Entwicklung in örtlich verschiedenen Reichsteilen: Während einige Teile des *Imperium Romanum* in relativem Frieden lebten und teilweise sogar eine Blüte erlebten, waren vor allem die Grenzregionen der ständigen Bedrohung durch kriegerische Handlungen und den Plünderungen durch fremde und eigene Soldaten ausgesetzt. Verschiedene Bittschriften und «Hilferufe» aus den Provinzen an den Kaiser geben hierüber Auskunft.<sup>41</sup>

Damit verbunden waren wirtschaftliche Probleme (Geldabwertung, brach liegende Felder, geringe landwirtschaftliche Erträge) sowie die Ausbeutung der ohnehin an der Kriegswirtschaft leidenden Bevölkerung durch die Praxis der Requisitionen:<sup>42</sup> Die jeweiligen Truppen versorgten sich aus dem umliegenden Land, sodass auch die römischen Soldaten eine Bedrohung für die Landbewohner darstellten. Erst recht galt dies für den Durchzug oder die Eroberungszüge eines feindlichen Heeres. Ein Beispiel für die schrecklichen Folgen der Kriegsführung, auch für die Zivilbevölkerung, bildet die in der zeitgenössischen Geschichtsschreibung thematisierte (mehrfache) Einnahme und Zerstörung Antiochias durch die Perser.<sup>43</sup>

Nur erwähnt seien Seuchen, vor allem die als «Cyprianische Pest» bezeichnete Pandemie, die in den Jahren 250 bis 270 in Europa und Nordafrika wütete und ihren Ursprung wahrscheinlich in einem Heerlager hatte.<sup>44</sup> Sie stellt sich allerdings – wie die Zerstörung von Städten und die wirtschaftliche

---

41 PETER HERRMANN, *Hilferufe aus römischen Provinzen. Ein Aspekt der Krise des römischen Reiches im 3. Jhd. n. Chr.*, Hamburg/Göttingen 1990; MONIKA SCHUOL, *Das Recht*, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284)*, I, Berlin 2008, 633-640, 636; nuancierend: SPEIDEL (Anm. 22).

42 Überblick hierzu bei KAI RUFFING, *Die Wirtschaft*, in: Klaus-Peter Johne (Hrsg.), *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284)*, Bd. I, Berlin 2008, 817-841, 831f.

43 TIMOTHY D. BARNES, *The Persian Sack of Antioch*, ZPE 2009, 294-296 m.w.H.; GOLTZ/HARTMANN (Anm. 26) 234 f.; zum Forschungsstand vgl. ebd. 258, Fn. 188.

44 HUTTNER (Anm. 24), 214; diese Seuche hat erst in der jüngeren Forschung grössere Aufmerksamkeit erhalten, vgl. KYLE HARPER, *Pandemics and passages to late antiquity. Rethinking the plague of c.249-270 described by Cyprian*, JRA 2015, 223-260; wichtige Korrekturen bei SABINE R. HUEBNER, *The «Plague of Cyprian»: A revised view of the origin and the spread of the 3rd.-c. CE pandemic*, JRA 2021, 151-174.

Notlage der Bevölkerung – nicht als autonome Ursache der Krise, sondern eher als Folge der bestehenden aussenpolitischen Bedrohung des Römischen Reiches dar. In jedem Fall führte sie zu einem Bevölkerungsschwund und verschärfte damit auch das Rekrutierungsproblem der römischen Armee.

### 3. Bewertungen und Erklärungsansätze

Einigkeit besteht in der Forschung darüber, dass die intensiven Belastungen durch die Verteidigung gegen die Sasaniden im Osten einerseits und die Abwehr der Goteneinfälle an Donau und Schwarzem Meer im Norden andererseits die Hauptursachen der innenpolitischen Krise sind. Die Instabilität des kaiserlichen Amtes offenbarte allerdings eine bereits in der Konstruktion des Prinzipats angelegte Schwäche der kaiserlichen Nachfolgeregelung: Zwar hatten einige Herrscher – zuletzt Septimius Severus – mit Erfolg ihre leiblichen oder adoptierten Söhne zu Nachfolgern auserkoren und somit schon vor ihrem eigenen Tod für die Sicherung der Nachfolge gesorgt. Einige Herrscher konstruierten auch nachträglich eine Abstammung von oder gar eine posthume Adoption durch den Vorgänger. All diese Verbrämungen können aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Anlehnung des Prinzipats an Strukturen der republikanischen Staatsverfassung eine Nachfolgeregelung im Sinne einer Erbmonarchie ausschloss.<sup>45</sup> Diese – der Staatsverfassung immanente – Schwäche wurde durch die militärischen Bedrohungen zur Existenzfrage, zumal der Senat – wie gesehen – seine Rolle als Gegenpart des *princeps* verlor.

Unklar ist die wirtschaftliche Dimension der Krise, die immer wieder zu unterschiedlichen Bewertungen geführt hat;<sup>46</sup> sicher ist aber, dass die Ausrichtung auf Krieg und interne Machterhaltung aufgrund der unsicheren Wegstrecken und des Wegfalls der Planbarkeit nicht zu wirtschaftlicher Blüte beitrug und den Wertverfall des Geldes beschleunigte, wengleich einzelne auch von der «Kriegswirtschaft» profitiert haben mögen.<sup>47</sup> Zudem ist zu beachten, dass viele Friedensverträge und Stillhalteabkommen mit Goten und Persern durch erhebliche «Reparationszahlungen» erkaufte wurden, die durch Steuern und Abgaben erwirtschaftet werden mussten.<sup>48</sup>

---

45 Vgl. nur MICHAEL J. RAINER, *Römisches Staatsrecht. Republik und Prinzipat*, Darmstadt 2006, 214–217.

---

46 Prononciert CHRISTIAN WITSCHEL, *Re-evaluating the Roman West in the 3rd c. A.D.*, JRA 2004, 251–281, der den Fortbestand der Strukturen betont.

---

47 Beispiele bei RUFFING (Anm. 42), 833–841.

---

48 Vgl. v. a. HENNING BÖRM, «Es war allerdings nicht so, dass sie es im Sinne eines Tributes erhielten, wie viele meinten...». *Anlässe und Funktion der persischen Geldforderungen an die Römer (3. bis 6. Jh.)*, Historia 2008, 327–346.



Das durch Herodian vermittelte negative Bild der Epoche wird daher von der Forschung durchaus geteilt, wenngleich sie den Umbruch oder die «accelerated transformation»<sup>49</sup> nicht durch den schlechten Charakter der Herrschenden, sondern vorrangig aus der krisenhaften Lage des Römischen Reiches erklärt.

Der so skizzierte Umbruch betraf auch die römische Rechtswissenschaft, die im Prinzipat zu einer eigenen Fachdisziplin aufgestiegen war, die nicht nur die kaiserliche Rechtsprechung und Rechtssetzung beeinflusste, sondern auch als «freie» Rechtswissenschaft das Recht durch ihr Schreiben feststellte und über den intergenerationellen Dialog zwischen verschiedenen Rechtsexperten festigte und fortentwickelte.<sup>50</sup>

### III. Recht und Rechtswissenschaft 235–284 n. Chr.

Interessanterweise hinterliessen die 50-jährigen Kriegs- und Herrschaftswirren weniger Spuren in der kaiserlichen Rechtssetzung als in der «freien» römischen Rechtswissenschaft.

#### 1. Das «Ende» der römischen Rechtswissenschaft?

Die der Krisenzeit unmittelbar vorangehende severische Kaiserzeit gilt als Höhepunkt der römischen Rechtswissenschaft: Unter den severischen Kaisern wirkten die drei wichtigsten Digestenjuristen. Es handelt sich um Aemilius Papinianus, Iulius Paulus und Domitius Ulpian, die alle drei nicht nur als juristische Schriftsteller, sondern auch als kaisernahe Amts- und Würdenträger belegt sind.<sup>51</sup> Ihre wissenschaftliche Bedeutung lässt sich daran ermes sen, dass Justinians Digesten die Werke von Ulpian und Paulus quantitativ vorrangig vor allen Juristen zitieren, während Papinian aufgrund seiner innovativen und rhetorisch verbrämten Rechtswissenschaft gerne als Gewährsmann für eigene Rechtsneuerungen Justinians herangezogen wird.<sup>52</sup> Die enge

---

49 WITSCHEL (Anm. 46) 251.

50 Zu dieser literarischen Bildung des Rechts vgl. nun DARIO MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique*, Paris 2018.

51 Zu allen vgl. HLL IV-LIEBS, in: Klaus Sallmann (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV: Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr.*, München 1997 (zit. HLL IV-VERFASSERIN), § 416, 117-123 (Papinian); ders., § 423, 150-175 (Paulus); ders., § 424, 175-188 (Ulpian).

52 VINCENZO GIUFFRÈ, Papiniano: fra tradizione ed innovazione, in: Hildegard Temporini (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II, Principat 15*, Berlin / New York 1976, 632-666.

administrative Anbindung an den *princeps* zeigt sich darin, dass alle drei Juristen im Beraterstab verschiedener severischer Kaiser tätig waren und dass jedenfalls Papinian und Ulpian mit Sicherheit, Paulus immerhin mit einiger Wahrscheinlichkeit das Amt des *praefectus praetorio* ausübten.<sup>53</sup> Dieses ursprünglich militärische Würde wurde im Verlauf der Kaiserzeit zu einer Jurisdiktionsgewalt über die Stadt Rom ausgebaut; die Juristen waren damit oberste Gerichtsherren, die nur dem Kaiser verantwortlich waren.<sup>54</sup>

Mit der politischen Krise des 3. Jahrhunderts bricht die Überlieferung der Juristenschriften fast abrupt ab. Jedenfalls enthalten die Digesten Justinians keine Rechtsschrift aus dieser Zeit. Eine Ausnahme bildet der Ulpian-Schüler Modestinus, der zwischen 226 und 244 n. Chr. als *praefectus vigilum* bezeugt ist und möglicherweise noch bis in die 260er-Jahre gewirkt hat.<sup>55</sup> Jedenfalls ist er als Ratgeber Gordians III. belegt. Dies gilt auch für den in den Digesten selten zitierten Licinius Rufinus,<sup>56</sup> der die senatorischen Kaiser Pupienus und Balbinus beraten haben soll.<sup>57</sup> Beide Juristen haben ihre Ursprünge und ihre Hauptwerke in der Severerzeit; die Tätigkeit unter den Soldatenkaisern stellt sich daher eher als ein Echo aus dieser früheren Zeit dar. Jedenfalls bricht spätestens mit dem Jahr 260 die rechtswissenschaftliche Publikationstradition vollständig ein.

Auch die Qualität der Arbeiten scheint sich zu verändern. So stellt DETLEF LIEBS in seiner massgeblichen Darstellung fest: «Eine offene Diskussion der Rechtsfragen, wie sie noch die drei grossen Spätklassiker Papinian, Paulus und Ulpian (...) bieten, findet schon in den Schriften der nächsten Generation kaum mehr statt; Rufin, Marcian und Florentin, aber auch Modestin (...) teilen im wesentlichen Ergebnisse mit, die der Leser hinzunehmen hat, ohne ihrem Sinnzusammenhang nachzugehen oder gar kritische Überlegungen anzustellen.»<sup>58</sup>

Spätere Arbeiten vom Anfang des 4. Jahrhunderts stellen sich denn auch eher als Sammlungen der Meinungen früherer Juristen denn als selbstständige Arbeiten mit Anspruch auf Innovation dar. Damit einher geht die veränderte Funktion des Rechtsstudiums, das nicht länger als notwendige

---

53 HLL IV-LIEBS (Anm. 51), § 416.A, 118 (Papinian); ders., § 423.A, 151 (Paulus); ders., § 424.A, 176 (Ulpian).

---

54 RAINER (Anm. 45), 253 f.

---

55 SCHUOL (Anm. 41), 634.

---

56 Zu Licinius Rufinus vgl. HLL IV-LIEBS (Anm. 51), § 428.2, 205-206.

---

57 Zu Modestinus vgl. HUTTNER (Anm. 24), 181; HLL IV-LIEBS (Anm. 51), § 427, 195-201; zu Licinius Rufinus vgl. DETLEF LIEBS, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010, 75.

---

58 HLL IV-LIEBS (Anm. 51), § 431, 216 f.

Qualifikation eines standesbewussten Römers galt, sondern zu einer Karriereoption für Aufsteiger wurde, die sich in der kaiserlichen Bürokratie einen Namen machen wollten.<sup>59</sup>

## 2. Zur Kontinuität der kaiserlichen Reskriptenkanzlei

Die kaiserliche Bürokratie, zu der seit der Prinzipatszeit eine Kanzlei gehörte, in der Anfragen aus dem ganzen Reich beantwortet wurden und die in verschiedenen Abteilungen, die juristische «Sekretäre» leiteten,<sup>60</sup> welche die Antworten des Kaisers konzipierten und abfassten, funktionierte trotz der schweren politischen Wirren offenbar weiter.<sup>61</sup> So enthält der Codex Iustinianus, die justinianische Sammlung der Kaiserkonstitutionen von Hadrian bis Justinian, ca. 500 kaiserliche Anordnungen<sup>62</sup> aus der Zeit der Soldatenkaiser, was gegenüber 800 Konstitutionen aus severischer Zeit und 1200 diocletianischen Verfügungen keinen Abfall der Rechtsproduktion erkennen lässt.<sup>63</sup>

Die Dichte der Überlieferung variiert dabei für die einzelnen Herrscher. Eine beachtliche Reskriptenproduktion stellt BOUDEWIJN SIRKS nur für Gordian III., Philippus Arabs, Valerianus, Gallienus sowie Carus, Carinus und Numerianus fest.<sup>64</sup> Mit der Zuspitzung der Krise im Jahre 260 geht die Reskriptenproduktion ganz zurück und in manchen Folgejahren sind gar keine Bescheide der Kaiser überliefert. Erst aus der Zeit des Carus, Carinus und Numerianus (282-284) sind wieder 28 Rechtsbescheide in den justinianischen Codex aufgenommen.

Neben dem quantitativen Befund ist auch der qualitative Befund aufschlussreich: Der Gebrauch und die Anwendung des Rechts unterscheiden sich von der früheren Zeit kaum;<sup>65</sup> vor allem lassen die Bescheide auch klare Tendenzen zu kreativer und folgerichtiger Rechtsfortbildung erkennen. Entgegen der älteren Forschung können jüngere Stellungnahmen hierin auch

---

59 HLL V-LIEBS (Anm. 5), § 502, 55 f.

60 DETLEF LIEBS, Juristen als Sekretäre der römischen Kaiser, SZ 1983, 485-509.

61 Zur Kanzlei vgl. nur DETLEF LIEBS, Reichskummerkasten. Die Arbeit der kaiserlichen Libellkanzlei, in: Anne Kolb (Hrsg.), Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis. Konzepte, Prinzipien und Strategien der Administration im römischen Kaiserreich, Berlin 2006, 137-152.

62 BOUDEWIJN A.J. SIRKS, Das Recht der Soldatenkaiser, in: Ulrike Babusiaux/Anne Kolb (Hrsg.), Das Recht der Soldatenkaiser, Berlin 2015, 31-45, 35 nennt die genaue Zahl: 478.

63 Zahlen nach SCHUOL (Anm. 41), 633.

64 SIRKS (Anm. 62), 36. Am häufigsten sind Reskripte von Gordian III. (271), es folgen mit deutlichem Abstand Philippus Arabs mit 78, Valerian und Gallienus mit 89 Reskripten.

65 SIRKS (Anm. 62), 40.

keine einseitige Begünstigung der Soldatenschaft erkennen; vielmehr bewege sich die Rechtsanwendung auf dem aus der Severerzeit bekannten Niveau.<sup>66</sup>

Zur Aufrechterhaltung der rechtlichen Qualität gehört ebenfalls, dass nach wie vor Fachjuristen mit der Arbeit betraut waren und dass ihr Stil und ihre Argumentationsweise – wie schon in der Prinzipatszeit – die Reskripte unterschiedlicher Kaiser prägen. Gerade für Kaiser, die wie Gordian III. über einen längeren Zeitraum regierten und die in der justinianischen Sammlung des Codex auch mit mehreren Reskripten belegt sind, lässt sich dieser Wechsel der Sekretäre nachweisen.<sup>67</sup> Soweit der Herrscherwechsel nicht durch Usurpation erfolgte, sondern – wie im Fall Gordians III. – nach Verwundung des Vorgängers im Kampf, findet sich auch Kontinuität in der Kanzlei. So ist der seit Juli 241 belegte anonyme Jurist, der die Reskripte Gordians III. formulierte, auch unter dessen Nachfolger Philippus Arabs tätig und scheint erneut unter Decius und sogar dessen Nachfolger Trebonianus Gallus im Amt gewesen zu sein.<sup>68</sup>

Soweit das Recht als Herrschaftsausübung des Kaisers anzusehen ist, wurde es daher auch im 3. Jahrhundert – wenn die kaiserliche Herrschaft dies nach ihrer Länge und ihrer Natur, vor allem nach dem kurzfristigen Fehlen kriegerischer Auseinandersetzung, zuließ – fortgeführt, und zwar auf dem aus der Prinzipatszeit bekannten hohen fachjuristischen Niveau. Während also die freie Rechtswissenschaft abstarb, blieb der juristische Dienst für den Kaiser weitgehend intakt, obwohl das Kaisertum selbst in eine existentielle Krise geriet. Wie ist dieses Spannungsverhältnis zu erklären?

### 3. Deutungsansätze zu Kontinuität und Wandel im Recht des 3. Jahrhunderts

Der offenkundige Verlust einer nach Meinung Justinians eigenständigen Rechtswissenschaft hat verschiedene Erklärungsmodelle auf den Plan gerufen. Einige sehen die bereits in der Prinzipatszeit existierende Nähe zum Kaisertum als Hindernis für eine eigene schriftstellerische Tätigkeit der Juristen in der Reichskrise.<sup>69</sup> In der Tat wird man die einschüchternde Wirkung, die vom gewaltsamen Tod des Aemilius Papinianus unter Caracalla sowie von der Ermordung Ulpian durch die Prätorianergarde des Alexander Severus ausging, kaum unterschätzen dürfen. Zudem ist damit zu rechnen, dass bei

---

66 DETLEF LIEBS, *Kommilitonen erhalten Bescheid. Die Reskripte der Soldatenkaiser an Soldaten*, in: Ulrike Babusiaux / Anne Kolb (Hrsg.), *Das Recht der Soldatenkaiser*, Berlin 2015, 89-108; SPEIDEL (Anm. 22), 46-64.

67 LIEBS (Anm. 57), 76 f.

68 TONY HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, 2. Aufl., Oxford 1994, 121-123; LIEBS (Anm. 57), 77.

69 SCHUOL (Anm. 41), 634.

jedem Herrscherwechsel dessen unmittelbare Entourage, bestehend aus Leibgarde und Beratern, ausgetauscht wurde, was angesichts der Brutalität der meisten Usurpationen bedeutete, die juristischen Ratgeber des Kaisers ebenfalls zu ermorden oder zu vertreiben. Dies könnte etwa das Schicksal des Licinius Rufinus gewesen sein, der zwar im Beraterstab von Pupienus und Balbinus (Mai-August 238) erscheint, jedoch für die Zeit ihres Nachfolgers Gordian III. (238-244) nicht mehr belegt ist.<sup>70</sup>

Die Hypothese einer Einschüchterung könnte auch erklären, warum die Juristen der kaiserlichen Kanzlei die Anonymität vorzogen und auf die Öffentlichkeit und Publizität, wie sie in der Severerzeit für Papinian, Paulus und Ulpian üblich gewesen waren, verzichteten.<sup>71</sup> Ein Indiz in diese Richtung mag sein, dass mit der politischen Stabilisierung der Kaiserherrschaft unter Diocletian erneut Namen von Juristen überliefert sind. Offenbar hielten es also kaiserliche Berater, wie Arcadius Charisius und Hermogenian im 4. Jahrhundert, für weniger gefährlich, sich aus der Deckung zu wagen, als die juristischen Berater der Soldatenkaiser.<sup>72</sup> Wenn demgegenüber in der früheren Forschung die These vertreten worden ist, die Juristen nach der Severerzeit seien als «Epigonen» nicht im Stande gewesen, die Leistung ihrer «klassischen» Vorläufer zu übertreffen, und hätten sich daher mit der Rechtsanwendung zufrieden gegeben, so erscheint dieses Urteil zu voreingenommen gegenüber den im Detail wohl gar nicht ermessbaren Leistungen der Juristen des 3. und 4. Jahrhunderts.<sup>73</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, wie in einem Zeitalter voller militärischer Operationen und geprägt von der ständigen Abwehr von Usurpationen die kaiserliche Rechtspflege überhaupt noch funktionieren konnte. In der Tat sind aus den besonders unruhigen Jahrzehnten zwischen 261 und 282 n. Chr. nur äusserst wenig Reskripte überliefert, was sich zum Beispiel angesichts der relativ langen Regierungszeit etwa Aurelians (Sept. 270-Okt. 275) oder des Probus (Sommer 276-Herbst 282) vermutlich aus deren besonderen Schwerpunkt im Kriegsgeschehen und dem allgemeinen Chaos erklären lässt. Zudem lässt sich zeigen, dass die Bedeutung der Juristen in der Krise abnahm, weil die Kaiser ihre Berater nicht nach rechtswissenschaftlichen Fähigkeiten, sondern aufgrund militärischer Kompetenz rekrutierten.<sup>74</sup>

---

70 LIEBS (Anm. 57), 76.

71 Vgl. auch HLL IV-LIEBS (Anm. 51), § 431, 217.

72 Zu beiden: LIEBS (Anm. 57), 83-86.

73 In der Tendenz aber so noch SIRKS (Anm. 62), 40: «Kann man aber wirklich viel neue Literatur erwarten, wenn gerade drei grosse Juristen, Ulpian, Paulus und Papinian, Werke von enzyklopädischem Umfang geliefert haben?».

74 LUKAS DE BLOIS, Why did the Influence of Scholarly Jurists at the Roman Imperial Court disappear after about A.D. 241?, in: Ulrike Babusiaux / Anne Kolb (Hrsg.), Das Recht der Soldatenkaiser, Berlin 2015, 225-237.

Dass auch die Zuspitzung der Krise nicht das Ende der Reskriptentradition bedeutet, zeigt die erneute Zunahme von Dokumenten aus der Zeit von Carus (282-283), Carinus (283-285) und Numerian (283-284). Die von diesen überlieferten Reskripte zeigen zum ersten Mal eine Trennung in Osten und Westen, wie sie in der Spätantike prägend sein wird. Dabei hat die Forschung erneut Kontinuität für den Libellsekretär zwischen Carus und Numerian im Osten beobachtet,<sup>75</sup> während Carus im Westen einen eigenen juristischen Sekretär beschäftigte.<sup>76</sup> Vor allem aber soll ab November 284 ein Jurist namens Gregorius für Carinus tätig gewesen sein, der nach der Stilanalyse von TONY HONORÉ auch von dessen Nachfolger Diocletian übernommen wurde und der als Herausgeber des sog. Codex Gregorianus gilt, einer Sammlung von Kaiserkonstitutionen aus den Jahren 131 bis 291 n. Chr., die als Grundlage für den späteren Codex Iustinianus diente.<sup>77</sup> Das fast nahtlose Anknüpfen an die vorherige Tradition belegt dabei, dass das Rechtswissen auch in der Zeit der Wirren bewahrt werden konnte und dass die in die Anonymität abgetauchten Rechtsexperten auch ihren Weg zurück in die Reichskanzlei fanden, als sich die politischen Rahmenbedingungen beruhigt hatten und der Kaiser ihren Rat anfragte.

Es darf schliesslich nicht vergessen werden, dass die Heranziehung von fachjuristischem Rat auch eine gewisse Vorbildung des jeweiligen Herrschers voraussetzt, die Reskriptenpraxis also eine kulturelle Grundlage hatte, die nicht allen Soldatenkaisern gegeben war. Schon mangels entsprechender Vorbildung und aufgrund ihrer meist ausserrömischen Herkunft konnten viele von ihnen nicht einschätzen, welche Bedeutung dem Recht für die Ausübung und Selbstdarstellung des Kaisertums zukam.<sup>78</sup>

#### IV. Krise und Recht im 3. Jahrhundert n. Chr.

Alle krisenhaften Erscheinungen des 3. Jahrhunderts – sowohl die der politischen als auch die der Rechtsgeschichte – lassen sich als Zuspitzungen bereits bekannter Tendenzen aus der Zeit des Prinzipats lesen.

Der Kaiser war schon seit Augustus auch oberster Feldherr und gerade als *imperator* definiert; auch in früheren Jahrhunderten hatten sich Kaiser durchaus gewaltsam gegen Konkurrenten durchsetzen müssen; bereits 69 n. Chr.,

---

75 HONORÉ (Anm. 68), 146 f.; LIEBS (Anm. 57), 79.

76 HONORÉ (Anm. 68), 148; LIEBS (Anm. 57), 80.

77 Zu Gregorius vgl. HLL V-LIEBS (Anm. 5), § 504.A, 61; LIEBS (Anm. 57), 82 f.

78 SIRKS (Anm. 62), 41.

nach dem Tode Neros, und 193 n. Chr., nach der Ermordung des Commodus, hatte es ein Vierkaiserjahr gegeben, in dem mehrere Präbidenten teilweise auch gewaltsam versuchten, die Kaiserwürde zu erlangen. In der Zeit der Soldatenkaiser wurde diese Tendenz verschärft; zum Problem wurde das Fehlen eines dynastischen Prinzips mithin erst, als die allgemeine politische Lage so unsicher war, dass sich die Herrscherwechsel häuften.

Auch die Anbindung der Juristen an den Kaiser war keine Neuerung; vielmehr zeigte sie sich schon darin, dass Juristen seit Augustus «im Namen des Kaisers» Rechtsgutachten erteilten und dass Hadrian das prätorische Edikt mithilfe des Juristen Julian zu einem reichsweiten Herrschaftsinstrument umformte; umso mehr gilt dies für die Zeit der Severer, in der das Recht zunehmend im Umkreis des Kaisers zentralisiert wurde. Schicksalhaft wurde die enge Verbindung von Jurisprudenz und Person des Kaisers erst, als das Kaisertum selbst – wie beschrieben – in eine Krise geriet. In dieser Krise, die sowohl die Existenzberechtigung des Reiches als solches als auch die Modalitäten der Erlangung der Kaiserwürde betraf, vollzog die Jurisprudenz eine Neuorientierung, indem sie sich fortan auf die für die Herrschaftsausübung notwendige juristische Zuarbeit in der kaiserlichen Kanzlei beschränkte. Die schon in der Kaiserzeit vom Gutdünken des Kaisers abhängige Fiktion einer «freien» Rechtswissenschaft, die vor allem dadurch geschützt wurde, dass der Kaiser auch in der Rechtsprechung und Rechtsanwendung als guter Herrscher wahrgenommen werden wollte, trat angesichts der realen Bedrohungslage in den Hintergrund.

Nach alledem lässt sich die «Krise» des 3. Jahrhunderts aus rechtshistorischer Sicht tatsächlich als Umbruchszeit begreifen, in der bestimmte Grundfragen der Konstruktion des Prinzips, wie der Mitwirkung der Juristen an der kaiserlichen Macht, besonders dringlich zutage traten. Als «krisenhaft» erwies sich die Zeit, weil sie einen Übergang zwischen der Zeit des Prinzips mit einer freien und produktiven Rechtswissenschaft zu einer stärker auf die kaiserliche Rechtsproduktion ausgerichteten Spätantike bedeutete. In der Geschichtswissenschaft wird das 3. Jahrhundert daher oft auch als Zäsur und als Einleitung der Epochenwende zur Spätantike gedeutet.

Aus Sicht der römischen Rechtsgeschichte kann dieser Betrachtungsweise gefolgt werden, wenngleich – wie in der jüngeren Forschung zur Spätantike – auch die Kontinuitäten gesehen werden müssen, die sich einerseits aus der Prinzipszeit bis in das 3. Jahrhundert ziehen, andererseits aber auch über das 3. Jahrhundert hinaus bis in die Spätantike reichen. Hier sei nur daran erinnert, dass die justinianische Kompilation der Juristenschriften in den Digesten sowie die Sammlung der kaiserlichen Konstitutionen seit Hadrian im justinianischen Codex nur denkbar ist, wenn man berücksichtigt, dass

trotz mancher Veränderungen in der Rechtspraxis das aus der Prinzipatszeit stammende Erbe der Juristenschriften und der kaiserlichen Anordnungen fortgeführt und mitgetragen wurde.<sup>79</sup> Ohne die fortdauernde Verwendung und Abschrift der Rechts- und Juristentexte aus dem 1. bis 3. Jahrhundert n. Chr. auch im 4. und 5. Jahrhundert ist kaum erklärbar, wie Anfang des 6. Jahrhunderts eine Sammlung von *iura* (Juristenrecht) und *leges* (Kaiserrecht) hätte entstehen können.

## V. Schlusswort

Das historische Beispiel des Rechts der «Soldatenkaiser» erlaubt nicht, unmittelbare Lehren für die Gegenwart zu ziehen. Offenkundig ist aber, dass die historische Perspektive eine Schärfung der eigenen Wahrnehmung mit sich bringt, die gerade auch für die rechtsdogmatischen Herausforderungen aktueller Krisen wichtig und hilfreich ist. So wird zum Beispiel deutlich, dass auch das Recht als Herrschaftswissen in seiner Anwendung und sogar seiner wissenschaftlichen Bearbeitung nicht nur von Zeitgeistströmungen, sondern auch von den politischen Rahmenbedingungen geprägt ist.

Dabei fällt auf, dass der heutige Einfluss der Politik auf die Rechtswissenschaft zwar durchwegs subtiler ist als in den Wirren des 3. Jahrhunderts, aber keineswegs weniger störend für die freie wissenschaftliche Würdigung von Sachverhalten. Dazu gehört vor allem die zunehmende Tendenz der Politik oder Wissenschaftspolitik, bestimmte Forschungsagenden vorzugeben und bestimmte Wissenschaftszweige als relevant zu bezeichnen und andere als «Orchideenfächer» abzuqualifizieren.

Wie gerade die Historiographie zum 3. Jahrhundert zeigt, ist eine derartige Lenkung der Wissenschaft nicht nur störend, sondern auch unnötig: Jede historische Schilderung steht im Kontext ihrer Entstehungszeit und jeder Historiker resp. jede Historikerin stellt die Fragen an die Geschichte oder Rechtsgeschichte, die sich auch aus dem eigenen Erleben ergeben. Es ist daher kein Wunder, dass das Interesse am Niedergang Roms und damit an der Krisenzeit des Römischen Reiches immer dann zunimmt, wenn auch die Zeitgenossen meinen, eine Krise zu erleben. Dies zeigt sich etwa deutlich in EDWARD GIBBONS (1737-1794) «History of the Decline and the Fall of the Roman Empire», die GIBBON unter dem Eindruck der amerikanischen Unabhängig-

---

79 Diese Kontinuität ist Gegenstand eines grossen Projektes, *Rediscovering the Hidden Structure*, REDHIS unter der Leitung von DARIO MANTOVANI; ein vorläufiger Überblick über die Ergebnisse findet sich bei ULRIKE BABUSIAUX, Bericht zur Abschluss-tagung des REDHIS-Projektes, SZ 2020, 666-682.



keitserklärung (1776) und als Zeitzeuge der Französischen Revolution (1789) verfasste und ausdrücklich auch als Studie über den Verfall eines Empire konzipierte.

Insofern ist jede wissenschaftliche Betrachtung vom Weltgeschehen abhängig, und jeder Wissenschaftler resp. jede Wissenschaftlerin wird sich für das Weltgeschehen interessieren und versuchen, seine oder ihre Disziplin in den Dienst der Aufklärung und Analyse von Geschehnissen zu stellen. Dies ist gerade eine andere Haltung als diejenige, die FRIEDRICH DÜRRENMATT dem äusserst tumben letzten Weströmischen Kaiser Romulus angesichts des offensichtlich nahenden Untergangs ironisch zuschreibt. Er lässt Romulus im ersten Akt sagen: «Meldungen stürzen die Welt nie um. Das tun die Tatsachen, die wir nun einmal nicht ändern können, da sie schon geschehen sind, wenn die Meldungen eintreffen. Die Meldungen regen die Welt nur auf, man gewöhne sie sich deshalb so weit als möglich ab.»<sup>80</sup>

---

80 FRIEDRICH DÜRRENMATT, Romulus der Grosse. Ungeschichtliche historische Komödie. In vier Akten. Neufassung 1980, 20. Aufl., Zürich 1998.



**Interview mit Staatsrechtler Prof. Andreas Kley  
zum Thema der Schweizer «Covid-Gesetzgebung»**

## **«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 über-

stürzt. 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, verbogen. 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 beschliessen, die Session abzubrechen, 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*



**Teil 1:**

# **Rechtliche Regulierung von Krisensituationen**



Giulia Walter / Filippo Contarini

# Die Krise als Sachverhalt

## Ein Bundesgerichtsentscheid über Klimaaktivismus im Jahr der Pandemie

---

I.	Einleitung .....	34
II.	Die Krise als Aufmerksamkeitskatalysator .....	35
	1. Der anomische Moment der Krise .....	35
	2. Wie tritt eine Krise ins Rechtssystem ein? .....	36
	3. Die strukturelle Kopplung als privilegierte Irritation? .....	37
III.	Der BGE 147 IV 297 im Lichte zweier Krisen .....	40
	1. Grundzüge der Entscheidung und prozessuale Vorgeschichte .....	40
	2. Die Covid-19-Pandemie im Entscheid .....	41
	3. Der Klimanotstand im Entscheid .....	42
IV.	Perspektivwechsel: Was interessiert das Recht eigentlich? .....	43
	1. Die Pandemie im Recht oder die Tendenz, Strafverfahren unter Ausschluss des Publikums zu führen .....	43
	2. Die Klimakrise im Recht, oder: Wie unmittelbar ist eine Krise? .....	45
V.	Schlussfolgerung .....	47

---

## I. Einleitung

Obwohl während der Covid-19-Pandemie das System Recht seine eigene Funktion eigentlich weiterhin ausübte, trat das Gefühl ein, dass das Recht mit der Pandemie überfordert war; sogar die Gerichte wurden vorübergehend geschlossen.<sup>1</sup> Wenn ein System<sup>2</sup> von sich selbst behauptet, sich in einer Krise zu befinden, fürchtet es, den eigenen Output nicht mehr liefern zu können und Kettenschäden zu verursachen. Es fordert somit den Vorrang gegenüber anderen Systemen:<sup>3</sup> Sich in einer Krise zu befinden, heisst, vorübergehend Aufmerksamkeitskatalysator in der Gesellschaft zu sein.<sup>4</sup> Beim Recht stellen die riesige Normenproduktion für die Bewältigung der von der Krise verursachten Unsicherheiten und die vielen wissenschaftlichen Beiträge über sie den Beweis dafür dar.

Es gibt für ein System aber auch eine andere Möglichkeit, «in der Krise zu sein», nämlich inmitten der Krise eines anderen Systems. Was macht das Recht, wenn es eine «externe» Krise behandelt, die die Aufmerksamkeit seitens der Gesellschaft erhalten hat?

Im vorliegenden Beitrag wird der Begriff der Krise zu Beginn kurz erläutert (II), um danach anhand der Besprechung des BGE 147 IV 297 (Bundesgerichtsentscheid 6B\_1295/2020 vom 26. Mai 2021) die Krise als Sachverhalt des Rechts näher zu analysieren (III). Das Urteil behandelt die Klima- und die

---

1 PASCAL PICHONNAZ, Un droit contractuel extraordinaire ou comment régler les problèmes contractuels en temps de pandémie, in: Pascal Pichonnaaz et. al. (Hrsg.), Pandemie und Recht. Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise, ZSR, Basel 2020, 137-155, S. 138: «blow up the existing system»; vgl. NIKLAS LUHMANN, Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in: Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch, Opladen 1995, 229-236, S. 229.

---

2 Die Gesellschaft versteht sich heute so, dass sie in verschiedenen Systemen ausdifferenziert ist, die operativ in sich selbst geschlossen sind, je eine Leistung erbringen und nur mit eigenen Anliegen beschäftigt sind, s. NIKLAS LUHMANN, Entscheidungen in der «Informationsgesellschaft», in: Giancarlo Corsi / Elena Esposito (Hrsg.), Reform und Innovation in einer unstabilen Gesellschaft, Berlin 2005, 27-40, S. 38; SONJA JUSTINE KOKOTT, Krisen im Recht, in: C.W. Hergenröder, Krisen und Schulden, Wiesbaden 2011, 137-155, S. 140; COSTAS DOUZINAS, Philosophy and Resistance in the Crisis: Greece and the Future of Europe, Hoboken 2013, S. 68.

---

3 NIKLAS LUHMANN, The Self-Description of Society: Crisis Fashion and Sociological Theory, International Journal of Comparative Sociology 1-2/1984, 59-72, S. 65; wie RUDOLF STICHWEH, Towards a General Theory of Function System Crises, in: Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo, The Financial Crisis in Constitutional Perspective, Oxford 2011, 43-58, S. 43, präzisiert, wird diese Priorität zwar wahrgenommen, sie kreiert aber keine Hierarchie zwischen den Systemen.

---

4 NIKLAS LUHMANN, Sthenographie und Euryalistik, in: Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche. Situationen offener Epistemologie, Frankfurt a.M. 1991, 58-82, S. 60.

Gesundheitskrise. Wir werden versuchen herauszufinden, welche Auswirkungen es hat, wenn sich das Recht einen Bezug zu solchen Krisen herstellt. Insbesondere fragen wir uns, ob die «externe» Krise für das Recht als «etwas mehr» als eine bloße Herausforderung gelten kann, welche die Gesellschaft besonders rasch meistern muss (IV).

## II. Die Krise als Aufmerksamkeitskatalysator

### 1. Der anomische Moment der Krise

In der Moderne herrscht ein Gefühl von Zeitknappheit.<sup>5</sup> Es fehlt uns die Zeit, mit Sicherheit die richtige Entscheidung treffen zu können. Die Zukunft ist deshalb unsicher<sup>6</sup> und die Produktion von neuen Entscheidungen verursacht ständig neue Risiken.<sup>7</sup> Vor der Tatsache der Komplexitätszunahme muss sich die Gesellschaft zunehmend über den Begriff der Krise definieren,<sup>8</sup> weil diese als Indikator einer nicht abwendbaren Unsicherheit fungiert.<sup>9</sup> Daher sind heute Krisen intensiver und regelmässiger als früher.<sup>10</sup>

Die Krise gilt als ein unvorhersehbarer Drang zur Entscheidung.<sup>11</sup> Mit der einheitlichen Beschreibung «in der Krise zu sein» erklärt ein System, dass

---

5 HARTMUT ROSA, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstruktur in der Moderne, Frankfurt a.M. 2005, S. 135 ff.; LUHMANN (Anm. 3), S. 59; ROBERT BOYER, Expectations, Narratives, and Socio-Economic Regimes, in: Jens Beckert / Richard Bronk (Hrsg.), Uncertain Futures: Imaginaries, Narratives, and Calculation in the Economy, Oxford 2018, 39–61, S. 41; DIRK BAECKER, The Culture Form of Crisis, in: Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Anm. 3), 173–187, S. 183.

6 LUHMANN (Anm. 3), S. 64 f.; ELENA ESPOSITO, Die offene Zukunft der Sorgenkultur, in: Lorenz Engel / Bernhard Siegert / Joseph Vogl (Hrsg.), Gefahrensinn, München 2009, 107–114, S. 107 f.

7 ESPOSITO (Anm. 6), S. 108.

8 BAECKER (Anm. 5), S. 183, theorisiert deswegen ein mögliches Ende der Selbstbeschreibung von «Krise», da diese keine Differenz mehr mache; vgl. auch THOMAS MACHO, Krisenzeiten: Zur Inflation eines Begriffs.

9 JEAN CLAM, What is a Crisis?, in: Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Anm. 3), 189–217, S. 189 f.; REBECCA SOLNIT, A Field Guide to Getting Lost, Edimburgh 2017, S. 106, schreibt: *«In the 1980s we imagined apocalypse because it was easier than the strange complicated futures that money, power, and technology would impose, intricate futures hard to exit.»*

10 LUHMANN (Anm. 3), S. 64; LUHMANN (Anm. 2), S. 38; ANDREAS DIEKMANN, Geleitwort – Leben wir in der Risikogesellschaft?, in: Dario Haux / Dario Picecchi / Markus Schreiber (Hrsg.), Recht und Risiko, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019, XI–XIV, S. XIII; für den wirtschaftlichen Sektor, s. BOYER (Anm. 5), S. 41 und JOSEPH VOGL, Der Angriff der Zukunft auf die übrige Zeit, in: Lorenz Engel / Bernhard Siegert / Joseph Vogl (Anm. 6), S. 101.

11 KOKOTT (Anm. 2), S. 140.

plötzlich gewisse (selbstverursachte) Risiken zu gross geworden sind und daraus die eigene Unfähigkeit, mit den bestehenden Strukturen die Komplexität der Umwelt zu bewältigen, resultiert.<sup>12</sup> In einer Krisensituation spürt ein System, dass die Kriterien aus der Vergangenheit ungeeignet geworden sind, um als Grundlage für Entscheidungen zu dienen, welche zukünftige Auswirkungen auslösen werden.<sup>13</sup>

Damit wird das bisher Konstruierte als Grundlage neuer Entscheidungen neu als sinn- oder nutzlos eingestuft. Die allgemeine Anerkennung der eigenen Krise gilt daher als Symbol eines anomischen Moments, weil sie erlaubt, die Komplexität der Welt anders als gewöhnlich zu verarbeiten und damit neuen Sinn zu erzeugen.<sup>14</sup>

## 2. Wie tritt eine Krise ins Rechtssystem ein?

Das Recht operiert mit einem eigenen Code, um die Welt aus seinem Blickwinkel zu beobachten.<sup>15</sup> Das Beobachtete wird daher vom System selbst, mithilfe juristischer Normen und Diskurse, konstruiert.<sup>16</sup> Nur das, was das Recht durch die Differenzen, mit denen es operiert, «sehen» kann, kann tatsächlich operiert werden. Die Welt wird deshalb nach dem Ausmass der internen Bedürfnisse des Rechts konstruiert. Dies ungeachtet der Tatsache, dass sich das Rechtssystem gerne als umweltbewusst (im systemtheoretischen Sinne) präsentiert und dass die Operation der Subsumtion so erscheint, als ob sie jeweils die einzige mögliche, fast «natürliche» Konsequenz sei, den in einem Sachverhalt beschriebenen Fall zu lösen.<sup>17</sup>

Juristinnen versuchen immer wieder, Krisen vorauszusehen, indem sie den anderen Systemen einen normativen Rahmen liefern<sup>18</sup> oder indem sie

---

12 RUDOLF STICHWEH, *Simplifikation des Sozialen*, in: Michael Volkmer / Karin Werner (Hrsg.), *Die Corona-Gesellschaft. Analysen zur Lage und Perspektiven für die Zukunft*, Bielefeld 2020, 197-206, S. 201.

---

13 Z.B. mussten Zentralbanken während der Finanzkrise im Jahr 2008 ihre eigenen Grundprinzipien aufgeben, s. BOYER (Anm. 5), S. 40.

---

14 LUHMANN (Anm. 4), S. 60: «Engpässe, Risiken und Gefahren, auf die das ganze Menschheitsunternehmen Sinn zuzulaufen scheint».

---

15 STICHWEH (Anm. 3), S. 43.

---

16 Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 80f.

---

17 LUHMANN (Anm. 16), S. 91; die kognitive Öffnung des Systems ist nicht passiv; das System übernimmt vielmehr eine aktive Rolle gegenüber seiner Umwelt. Luhmann vergleicht diese mit psychomotorischen Leistungen: «Um zu erkennen, was man tun kann, muss man etwas getan haben», LUHMANN, (Anm. 2), S. 32f.

---

18 Vgl. aber MANFRED WANDT, *Recht und Krise*, in: Eberhard Kempf / Klaus Lüdersen / Klaus Volk (Hrsg.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, Berlin 2010, 3-6, S. 3f.: «Das Wirtschaftsrecht sollte idealerweise so gestaltet sein, dass es



Strategien entwickeln, um die Krisen zu umgehen.<sup>19</sup> Diese Versuche werden aber notwendigerweise vergeblich sein: Wie andere moderne Expertinnen, bleiben sie im eigenen System eingeschlossen und können andere Systeme nur irritieren.<sup>20</sup> Die definitionsgemäße Unvorhersehbarkeit von Krisen kollidiert mit der Funktion des Rechtssystems,<sup>21</sup> d.h. der kontrafaktischen Aufrechterhaltung stabiler Erwartungen.<sup>22</sup>

Wir vermuten aber, dass das Recht nicht, wie erwartet, auf die Krisen reagiert, indem es sie als rasch zu lösende Engpässe behandelt, sondern dass das Recht sich nur auf die von der externen Krise geschaffene Anomie bezieht und damit in unvorhersehbarer Weise auf die Unvorhersehbarkeit der externen Krise reagiert.<sup>23</sup>

### 3. Die strukturelle Kopplung als privilegierte Irritation?

Dank struktureller Kopplungen kann ein System dauerhaft bestimmte Eigenschaften seiner Umwelt, auf welche sich das System strukturell verlässt, voraussetzen.<sup>24</sup> Die strukturelle Kopplung begrenzt – und vereinfacht gleichzeitig<sup>25</sup> – die Einflüsse der Umwelt auf das System.<sup>26</sup> Auf diese Weise wird ein gewisser Schutz vor dem Druck der Umwelt garantiert.<sup>27</sup> Das Rechtssystem

---

Krisen vermeidet. (...) [Dennoch tut sich] die Gesetzgebung in Nichtkrisenzeiten sehr schwer, im Konzert rechtspolitisch aktueller Interessen der bloss theoretischen Möglichkeit einer Krise die gebührende Beachtung zu verschaffen»; und MARC AMSTUTZ, in: *Eroding Boundaries: On Financial Crisis and an Evolutionary Concept of Regulatory Reform*, Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Anm. 3), 223-268, S. 258.

---

19 JENS DROLSHAMMER, Risk and Responses – Responses to Risks. Zur Notwendigkeit eines strategischen Umgangs im Recht mit Catastrophic Risks in Grenzbereichen technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen, in: Pascal Pichonnaz et. al. (Anm. 1), 197-225, S. 208 ff.; FILIPPO CONTARINI, Die Verfassung der Risikogesellschaft, NZZ online 12.1.2022; die Soziologie weist aber auf die Selbstreferenz strategischen Denkens hin, ELENA ESPOSITO, The Valuation of Surprises and its Enigmas, in: Dirk Baecker / Birger P. Priddat (Hrsg.), *Ökonomie der Werte. Festschrift zum 65. Geburtstag von Michael Hutter*, Marburg 2013, 81-95, S. 83 und 86, und macht uns auf die Schwierigkeit aufmerksam, Tatsachen der Gegenwart zu bestimmten Entscheidungen in der Vergangenheit zuzurechnen, ESPOSITO, a.a.O., S. 85 m.w.H.; LUHMANN (Anm. 2), S. 36.

---

20 NIKLAS LUHMANN, *Ökologische Kommunikation*, 3. Aufl., Opladen 1990, S. 129 und 137 f.

---

21 KOKOTT (Anm. 2), S. 140.

---

22 CLAUDIO BARALDI / GIANCARLO CORSI / ELENA ESPOSITO, GLU. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Frankfurt a.M. 1997, S. 147; NIKLAS LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin 1991, S. 195 f.

---

23 Vgl. LUHMANN (Anm. 20), S. 129 und 133 f.

---

24 LUHMANN (Anm. 16), S. 441.

---

25 LUHMANN (Anm. 16), S. 544.

---

26 BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Anm. 22), S. 186-189.

---

27 LUHMANN (Anm. 16), S. 445.

bezieht sich direkt auf externes Wissen, auf den Output eines anderen Systems, ohne dass es dafür die Komplexität des anderen Systems rekonstruieren muss.<sup>28</sup> Das System selbst baut die strukturelle Kopplung auf, um die Umwelt zu beobachten. Für das Recht gilt daher, dass der allfällige Fehler in einem Entscheid, der sich auf externes Wissen (z.B. in der Form eines fachlichen Gutachtens) stützt, vom Rechtssystem immer nur als rechtlicher (und z.B. nicht als wissenschaftlicher) Fehler betrachtet wird.<sup>29</sup> Diese «Fehler» können nur vom Rechtssystem korrigiert werden.<sup>30</sup>

In der Moderne stellt die wichtigste strukturelle Koppelung die Verbindung des Rechts mit dem politischen System dar.<sup>31</sup> Sie wird durch das verfassungsrechtliche Schema des Rechtsstaates charakterisiert.<sup>32</sup> Diese Koppelung der zwei Systeme bewirkt, dass die Politik tatsächlich im Vergleich zu anderen Strukturen vom Recht einfacher gehört werden kann.<sup>33</sup> Dieser Einfluss entfaltet sich aber nur im Rahmen vorgeschriebener Grenzen.<sup>34</sup> Wenn das Recht die Politik wahrnimmt, handelt es sich dabei weder um automatische Anpassung an das andere System noch um Fusion oder stabile Koordination,<sup>35</sup> sondern einfach um Gleichzeitigkeit.<sup>36</sup>

Aus dem Gesagten könnte man schliessen, dass die Covid-19-Pandemie, als von der Politik anerkannte gesundheitliche Krise, vom Recht automatisch als solche anerkannt würde. Umgekehrt könnte man meinen, dass die Klimakrise nicht einfach ihren Weg ins Recht findet, weil sie von der Politik nicht mit der gleichen Dringlichkeit behandelt wird.

Diese Vermutung ist aber verdächtig. Ein Blick auf die rechtliche Behandlung der politischen Beschlüsse rund um die Covid-19-Pandemie zeigt ein vielschichtiges Bild: Während es für die Politik z.B. eindeutig war, dass die

---

28 NIKLAS LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1998, S. 107.

29 LUHMANN (Anm. 16), S. 86.

30 In einer Logik der sog. *re-entry*, LUHMANN (Anm. 16), S. 174 s.; für die konkreten Auswirkungen dieser Funktionsweise s. Fn. 79.

31 LUHMANN (Anm. 16), S. 471, dank der Kopplung sind Staatsgesetze eine vom Recht sehr gut beobachtbare Information.

32 NIKLAS LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 1990, 176-220, S. 201.

33 STICHWEH (Anm. 15), S. 44.

34 LUHMANN (Anm. 16), S. 445.

35 BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Anm. 22), S. 188.

36 Gleichzeitigkeit der Autopoiesis zweier verschiedener sozialer Systeme, LUHMANN (Anm. 16), S. 443.

Pandemie einem Ausnahmezustand entsprach,<sup>37</sup> sah die Frage für das Recht anders aus. Das Recht teilt die Werte und Hintergründe, die im politischen System massgeblich sind, nicht zwingend: Nach jedem politischen Entscheid besteht die Rolle der Juristinnen darin, die Geltung einer Norm zu begründen und deren Systematik im Gefüge des bereits geltenden Rechts abzuklären.<sup>38</sup> Das Rechtssystem operiert autonom und konstruiert dabei die Welt um sich herum. Es nimmt sogar die Politik höchstens als externe Irritation wahr, dennoch werden politische Entscheidungen vom Recht nach eigenem Ermessen benutzt.<sup>39</sup> Die strukturelle Kopplung des Rechtssystems mit dem politischen System stellt somit nicht sicher, dass eine Krise automatisch durch einen politischen Entscheid in das System Recht eindringt.

Aufgrund des Gesagten lässt sich festhalten, dass es essenziell ist, stets auch den hinter einem Gerichtsurteil liegenden juristischen Diskurs zu untersuchen. Selbst wenn eine aus der Perspektive des Rechts externe Krise Druck auf das Recht auszuüben versucht, kann das Recht nur Recht sprechen – also nichts anderes machen, als sich selbst zu reproduzieren. Auch wenn ein Gerichtsentcheid eine Krise als Sachverhalt behandelt, darf nicht pauschal angenommen werden, dass das Recht nicht aus denselben Gründen an der Lösung einer Krise beteiligt sein wird, wie dies in anderen Systemen der Fall ist.

---

37 ANDREAS KLEY, «Notrecht» in der Corona-Pandemie: Der Bundesrat hat die geltende Rechts- und Verfassungsordnung verlassen, NZZ online 18.05.2020; HANS ULRICH GUMBRECHT, Der Notstands-Staat, NZZ online 24.03.2020; in der Broschüre zur Abstimmung vom 13. Juni 2021 findet man das Wort «Krise» sowohl in der Argumentation des Referendumskomitees als auch in der Argumentation für das Ja zur Covid-19-Gesetzesvorlage, s. Bundeskanzlei (Hrsg.), Erläuterungen des Bundesrates für die Volksabstimmung am 13. Juni 2021.

38 Was die rechtliche Einstufung der Massnahmen des Bundesrates während der Pandemie betrifft, vgl. z.B.: Nach ANDREAS ZÜND / CHRISTOPH ERRASS, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, in: Pascal Pichonnaz et. al. (Anm. 1), S. 88f., waren die Covid-19-Verordnungen kein Notrecht, sondern Ausführungsverordnungen zur Anwendung des Art. 7 Epidemiegesetz; nach FLORIAN BRUNNER / MARTIN WILHELM / FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020, S. 685ff., handelte es sich um intrakonstitutionelles Notrecht. Die Autoren wiesen insbesondere darauf hin, dass nach der gängigen Rechtsprechung offen sei, ob Notrechtsmassnahmen *contra constitutionem* zulässig seien; in seinem Urteil BGer, 2D\_32/2020, 24. März 2021, E. 1.5, zeigte sich das Bundesgericht selbstverständlich zuständig für die Verfassungsmässigkeitskontrolle von Verordnungen nach Art. 185 Abs. 3 BV. S. auch: STEFAN G. SCHMID / MICHA HERZOG / DUMENIG STIFFLER, Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, in: Jusletter 7. Juni 2021; GIAN EGE / DAVID ESCHLE, Das Strafrecht in der Krise. Eine Untersuchung der Strafbestimmungen in der Covid-19-Verordnung 2 und welche Lehren daraus zu ziehen sind, *sui generis* 2020, 279-295.

39 Von LUHMANN (Anm. 16), S. 94; LUHMANN (Anm. 20), S. 126 theorisiert.

### III. Der BGE 147 IV 297 im Lichte zweier Krisen

#### 1. Grundzüge der Entscheidung und prozessuale Vorgeschichte

Im November 2018 brach eine Gruppe von zwölf Aktivistinnen in das Gebäude der Credit Suisse in Lausanne ein. Als Tennisspielerinnen verkleidet bezweckten sie, den bestehenden Widerspruch zwischen der Propaganda der Bank – gestützt auf der unbefleckten Institution Roger Federers – und der destabilisierenden Realität ihrer umweltschädlichen Investitionen aufzuzeigen. Die Aktivistinnen hielten sich etwas mehr als eine Stunde in den Räumlichkeiten der Bank auf, ohne den Ablauf der Banktransaktionen der Kundinnen zu stören.

Im BGE 147 IV 297 (Entscheid BGer 6B\_1295/2020 vom 26. Mai 2021) nahm das Bundesgericht zweimal auf die «Krise» Bezug. Im Urteil ist die Krise in erster Linie in der Form der Covid-19-Pandemie zu erblicken: Der Kampf gegen den Virus ist nämlich der Grund, weshalb die Vorinstanz entschieden hatte, die Hauptverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchzuführen (Grundsatz der Justizöffentlichkeit, Art. 6 Abs. 1 EMRK,<sup>40</sup> Art. 14 UNO-Pakt II<sup>41</sup> und Art. 30 Abs. 3 BV<sup>42</sup>). Mit der «Krise» ist zudem die Klimakrise gemeint.

Das Lausanner Bezirksgericht hatte in erster Instanz die Aktivistinnen von der Anklage des Hausfriedensbruches (Art. 186 StGB<sup>43</sup>) freigesprochen, indem es die Klimakrise als rechtfertigenden Notstand (Art. 17 StGB) erachtet hatte.<sup>44</sup> Das Kantonsgericht Waadt hatte in zweiter Instanz das Urteil aufgehoben und, obwohl es die Klimakrise als unmittelbare Gefahr im Sinne des Art. 17 StGB angesehen hatte,<sup>45</sup> die Aktivistinnen aufgrund der fehlenden Konnexität zwischen ihrer Aktion und der Gefahrenabwehr wegen Hausfriedensbruch verurteilt. Darüber hinaus befand das zweitinstanzliche Gericht, dass die Aktivistinnen die strikte Subsidiarität der eingesetzten Mittel nicht eingehalten hatten.<sup>46</sup> Das Bundesgericht bestätigte seinerseits dieses Urteil und verneinte den rechtfertigenden Notstand bereits aufgrund der fehlenden Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Gefahr.

---

40 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

---

41 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

---

42 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

---

43 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

---

44 Urteil des Bezirksgerichts Lausanne, PE19.000742/PCL/IIB, 13. Januar 2020.

---

45 BGE 147 IV 297, E. 2.2.

---

46 A.a.O.

## 2. Die Covid-19-Pandemie im Entscheid

Als Reaktion auf die vom Covid-19-Virus verursachte Gesundheitskrise hat der Bund verschiedene Massnahmen angeordnet, um die Zahl der Ansteckungen einzudämmen. Das Bundesgericht nahm in seinem Entscheid zur Kenntnis, dass der *Ordre Judiciaire Vaudois* (OJV) mit einer Reihe von Spezialmassnahmen für die Durchführung von gerichtlichen Verfahren die bundesrechtlichen Verordnungen ausgeführt hatte. Diese Massnahmen umfassten die Nutzung grösserer Räume für die Verfahren und die Beschränkung des Publikums auf akkreditierte Gerichtsberichterstatterinnen.<sup>47</sup>

Die Aktivistinnen wünschten, dass ein grosses Publikum den Verhandlungen beiwohnen würde; dieser Antrag wurde aber vom Kantonsgericht mit Verweis auf die epidemiologische Lage abgelehnt. Das Bundesgericht unterstützte diese Entscheidung des Kantonsgerichts, indem es zunächst darauf hinwies, dass der Grundsatz der Justizöffentlichkeit Ausnahmen zulässt<sup>48</sup> und dass die Anwesenheit eines Laienpublikums nicht fundamental ist, um den Grundsatzes der Justizöffentlichkeit einzuhalten:

*«[O]n ne distingue pas en quoi l'acceptation dans la salle d'audience de quelques dizaines de personnes aurait permis de mieux atteindre les objectifs de publicité de la justice.»<sup>49</sup>*

Das Bundesgericht erklärte daraufhin, dass der gesundheitlichen Sicherheit Vorrang gegenüber den Interessen der Angeschuldigten gegeben werden musste.<sup>50</sup> Dies ungeachtet dessen, dass die Öffentlichkeit des Verfahrens gesetzlich vorgesehen ist,<sup>51</sup> da «jede zusätzliche Person ein erhöhtes Ansteckungsrisiko dargestellt hätte».<sup>52</sup>

Etwas Zusätzliches fällt auf: Um den Vorrang «der Gesundheit» gegenüber der Verfahrensöffentlichkeit zu begründen, stützte sich das Bundesgericht zudem darauf, dass angesichts der niedrigen Strafen, die von der Staatsanwaltschaft beantragt worden waren, das Verfahren als eine Bagatellsache angesehen werden durfte.<sup>53</sup> Aus der Perspektive der Aktivistinnen war die Bedeutung des Verfahrens hingegen deutlich grösser: Die Möglichkeit der Bestätigung der

---

47 BGE 147 IV 297, E.1.2.2.

48 BGE 147 IV 297, E.1.2.4.2.

49 BGE 147 IV 297, E.1.2.5

50 A.a.O.

51 BGE 147 IV 297, E.1.3.3.

52 BGE 147 IV 297, E.1.2.5.

53 BGE 147 IV 297, E.1.2.4.2.

Verurteilung wegen Hausfriedensbruch war für sie etwas Ausserordentliches.<sup>54</sup> Der Verurteilung hätte vor dem Hintergrund einer breiten Medienberichterstattung erfolgen und von einer öffentlichen Diskussionen begleitet werden sollen. In gewisser Hinsicht könnte man sogar sagen, dass das Verfahren für sie die Vollendung ihrer Aktion, die sie vor einigen Monaten in der Bank angefangen hatten, repräsentierte.

### 3. Der Klimanotstand im Entscheid

Der Kernpunkt des Urteils des Bundesgerichts betrifft die Frage der zeitlichen Dimension des Art. 17 StGB. Gemäss diesem Artikel handelt rechtmässig, wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person vor einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten und dadurch höherwertige Interessen wahrht.<sup>55</sup>

Die Bundesrichterinnen fokussierten sich dabei auf die «Unmittelbarkeit der Gefahr» und erklärten, dass auch eine andauernde Gefahr, wenn sie plötzlich besonders dringlich («brûlant») wird, als «unmittelbar» gelten kann.<sup>56</sup> Wie lange aber darf diese Unmittelbarkeit andauern? Für das Bundesgericht heisst «unmittelbar» eine nahe Zukunft, die höchstens einige Stunden umfasst.<sup>57</sup> Zu dieser Unmittelbarkeit muss die kausale Verknüpfung zwischen der Gefahr und dem auf ihre Abwendung gerichteten Verhalten des Täters hinzutreten.<sup>58</sup>

Die Bundesrichterinnen erachteten folglich die von der globalen Erwärmung verursachten Gefahren als «theoretische Eventualitäten eines Schadenseintritts»,<sup>59</sup> die nicht genügend unmittelbar seien. Wie schon einmal in einem Fall von Protestaktionen gegen Atommüll entschieden,<sup>60</sup> würde zudem der Kausalzusammenhang zwischen dem Klimawandel und der Straftat, welche die Aktivistinnen als Reaktion darauf begangen hatten, fehlen.<sup>61</sup>

---

54 BGE 147 IV 297, E. 1.2.4.2.

55 Nach LUHMANN (Anm. 16), S. 285, sind Notstand und Notwehr «Grenzfälle, in denen das Recht es unter rechtlich geregelten Bedingungen erlaubt, gegen das Recht zu verstossen»; so auch (aber nicht systemtheoretisch) BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Anm. 38), S. 697.

---

56 BGE 147 IV 297, E. 2.4.

57 BGE 147 IV 297, E. 2.3.3.

---

58 BGE 147 IV 297, E. 2.4.

59 BGE 147 IV 297, E. 2.4 und die Ausschnitte des darin zitierten BGE 129 IV 6.

---

60 BGE 129 IV 6 E. 3.5 S. 16.

---

61 ANDRÉS PAYER, Klimawandel und strafrechtlicher Notstand, ex ante 2/2020, 21-32, S. 27.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass das Bundesgericht auf die Frage, ob der aktuelle Klimanotstand theoretisch oder konkret sei, eine Antwort verweigerte: «Sans qu'il soit nécessaire de discuter de l'urgence climatique en tant que telle (...)». <sup>62</sup>

## IV. Perspektivwechsel: Was interessiert das Recht eigentlich?

### 1. Die Pandemie im Recht oder die Tendenz, Strafverfahren unter Ausschluss des Publikums zu führen

Vergleicht man die Rechtsprechung über den Grundsatz der Justizöffentlichkeit mit dem Entscheid BGer 6B\_1295/2020, lässt sich eine wichtige Veränderung erkennen. Das höchste Gericht der Schweiz fragte sich, was für einen Vorteil es hätte, wenn neben akkreditierten Berichterstatte(r)innen auch ein «normales» Publikum im Gerichtssaal eines Strafverfahrens zugelassen würde. <sup>63</sup> Anhand einer subtilen rhetorischen Fragestellung kehrte das Bundesgericht – erstmalig – die Beweislast um und auferlegte sie den Angeschuldigten. Es machte sich somit die Idee zu eigen, dass dem freien Zugang zum Gerichtssaal kein Mehrwert innewohne und dass der Grundsatz der Justizöffentlichkeit bereits mit der Anwesenheit akkreditierter Journalistinnen eingehalten sei. <sup>64</sup>

Zudem scheint sich ein Generalverdacht des Juristenstandes gegenüber dem Laienpublikum herausgebildet zu haben. Das Publikum sei unfähig, die Skandalisierung der aufsehenerregendsten Fälle zu vermeiden. <sup>65</sup> Dieses Problem betrifft auch das Mediensystem im Allgemeinen. <sup>66</sup> Der Verdacht erhärtet

---

62 BGE 147 IV 297, E. 2.5.

63 In der Vergangenheit hatte sich das BGer darauf beschränkt, die grundlegende Wichtigkeit der JournalistInnen zu betonen, s. z.B. BStGer 2019 96 E. 2.2.; BGE 133 I 106, E. 8.; und v.a. BGE 143 I 194.

64 BGE 147 IV 297, E. 1.2.4.2.

65 DANIEL KIPFER / ANNE KÜHLER, Justizberichterstattung in der direkten Demokratie: zur Einleitung, in: Dies. (Hrsg.), Justizberichterstattung in der direkten Demokratie, Beiheft 159 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Stuttgart 2019, 7–14, S. 11 ff.

66 S. z.G. schon KARL SPÜHLER, Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien, SJZ 86 (1990), 349–353, und HANS PETER WALTER, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 1991, 611–633; s. heute MARIANNE HEER, Legitime und illegitime Erwartungen der Öffentlichkeit an das Recht und deren Vermittlung in den Medien, in: Daniel Kipfer / Anne Kühler (Anm. 65), 59–72.

sich im Kontext der tiefgreifenden Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips im Rahmen der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung.<sup>67</sup>

Um die invasive Presse zu kontrollieren, ist in den Gerichtsgebäuden das Instrument der Akkreditierung aufgetaucht, d.h. das Erfordernis einer Polizeibewilligung für die Teilnahme von Berichterstatte(r)innen am Verfahren.<sup>68</sup> Angesichts der nachvollziehbaren tiefgreifenden Auswirkung des Strafverfahrens auf das betroffene Individuum in der medialen Gesellschaft<sup>69</sup> will das Recht heute eine gewisse Kontrolle über den öffentlichen Diskurs in Bezug auf das Verfahren behalten.<sup>70</sup> Es wird daher angenommen – so die neue fachliche Überzeugung –, dass die Verfahrensanwesenheit der wenigen akkreditierten Berichterstatte(r)innen den Anforderungen der Justizöffentlichkeit genügt.<sup>71</sup> Die akkreditierte Presse wäre somit die Expertin am Verfahren, der die Doppelaufgabe zuteilwürde, einerseits die Justiz zu beobachten<sup>72</sup> und andererseits die Bevölkerung über die Geschehnisse im Gerichtssaal zu orientieren.<sup>73</sup>

Das Bundesgericht stützte den Entscheid des Kantonsgerichts, den Angehörigen und Anhängerinnen der Aktivistinnen den Zugang zum Verfahren zu verwehren. Begründet wurde dieser Entscheid mit Rückgriff auf die

---

67 MARTIN SCHUBARTH, Das Tessiner Geschworenengericht: unvereinbar mit der neuen schweizerischen Strafprozessordnung oder ein begrüssenswerter Beitrag zum Rechtsstaat Schweiz?, in: Filippo Contarini / Ares Berlusconi (Hrsg.), Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess, Basel 2014, 113-122.

68 BARBARA BRODMANN, Das Öffentlichkeitsprinzip, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2020/1, Kap. 6.4, fragt sich, ob die Probleme mit den Medien sich nicht mit dem Akkreditierungssystem lösen lassen würden; schon FRANZ ZELLER, Medien und Hauptverhandlung – Menschenrechtliche Leitplanken, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2006/1, machte darauf aufmerksam, dass die Akkreditierung nicht als Instrument zur Exklusion «unbequemer» JournalistInnen benutzt werden darf.

69 Für BRIGITTE HÜRLIMANN / MASCHA SANTSCHI KALLAY, Öffentlichkeit und Justiz – ein Spannungsfeld?, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2020/1, Rz. 27, sollte die Anklageschrift nur akkreditierten JournalistInnen ausgehändigt werden.

70 Die RichterInnen sehen die Medien vermehrt mit Verdacht, vgl. MICHELE LUMINATI / FILIPPO CONTARINI, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 138/II/2019, S. 201-289.

71 Z.B. ANNE MIRJAM SCHNEUWLY, Das Vertrauen der Schweizer Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2020/1, zieht in ihrem Beitrag nur akkreditierte JournalistInnen in Betracht. Im Jahr 2014 waren für GEROLD STEINMANN / CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 57 zu Art. 30 BV, akkreditierte JournalistInnen hingegen die Ausnahme.

72 Um eine «Kabinettjustiz» zu vermeiden, s. BGE 143 I 194 E. 3.1.

73 Die Medien als «wichtiges Bindeglied zwischen Staat und Öffentlichkeit», s. BGE 143 I 194 E. 3.1; VIKTOR LIEBER, Justizöffentlichkeit und Medienfreiheit im Fokus. Bemerkungen zum Öffentlichkeitsprinzip im Lichte von BGE 143 I 194, forum poenale 6/2017, 430-437, S. 437 bemerkt, wie niemand mehr Verfahren beiwohnen geht.



(vorübergehende) Pandemie. Wenn man das Analysespektrum ausweitet, sieht man aber, dass diese Entscheidung im perfekten Einklang mit den jüngsten Entwicklungen der Überzeugungen der Juristinnen über die Justizkommunikation, d.h. mit der veränderten Wahrnehmung der Publikumsrolle im Gerichtssaal, steht. Mit anderen Worten, wenngleich es so erscheint, als ob das Publikum aus dem Gerichtsverfahren wegen der Gesundheitskrise ausgeschlossen worden sei, war der eigentliche Grund des Ausschlusses die vorgängige Rechtsentwicklung selbst.

## 2. Die Klimakrise im Recht, oder: Wie unmittelbar ist eine Krise?

Niklaus Oberholzer, ein inzwischen pensionierter Bundesrichter reagierte positiv auf den erstinstanzlichen Freispruch der Aktivistinnen. Er lobte den erstinstanzlichen Richter und erklärte, dass es genau die Aufgabe der Rechtsprechung sei, auf neue Situationen zu reagieren.<sup>74</sup> Diese Meinung teilten die Aktivistinnen verständlicherweise.<sup>75</sup>

Das erstinstanzliche Urteil löste aber hitzige Diskussionen aus, was im Rest des Rechtssystems Irritation auslöste. Der Waadtländer Generalstaatsanwalt Eric Cottier legte Berufung beim Kantonsgericht ein und erklärte, dass die Aufgabe der Gerichte die Gesetzesanwendung und nicht die Lösung der Umweltprobleme sei.<sup>76</sup> Marcel Niggli, erster Herausgeber des Basler Kommentars, verlangte sogar die Kündigung des erstinstanzlichen Richters mit der Begründung, dass Art. 17 StGB nur zur Rechtfertigung von Straftaten angerufen werden könne, die zum Schutz individueller Rechtsgüter begangen wurden.<sup>77</sup> Auch Benjamin Schindler, Herausgeber der Zeitschrift Sicherheit & Recht, kommentierte, dass es sich um ein «Fehlurteil» handle, weil der Richter den Gesetzeswortlaut strapaziert habe.<sup>78</sup> Und Andrés Payer, ein Doktorand, der in demselben Bereich promoviert, kritisierte den Entscheid, indem er erklärte, dass die Straftat der Aktivistinnen nicht geeignet war, die Naturgefahr abzuwenden.<sup>79</sup>

---

74 PHILIPPE REICHEN, «Im kalten Krieg hätte ein Richter die Aktivisten wohl verurteilt», Aargauer Zeitung vom 14. Januar 2020.

---

75 Freispruch für Klimaaktivisten in der Waadt aufgehoben, SWI swissinfo.ch vom 24. September 2020.

---

76 A.a.O.

---

77 ANDREAS MAURER, Strafrechtsprofessor kritisiert den Freispruch der Klimaaktivisten: «Diesen Richter müsste man entlassen», Aargauer Zeitung vom 18. Januar 2020.

---

78 BENJAMIN SCHINDLER, Replik aufgeforderte Richter-Entlassung: Damit wird ein Teufelchen mit dem Belzebub vertrieben. Aargauer Zeitung vom 18. Januar 2020; s. auch Fn. 33.

---

79 PAYER (Anm. 61), S. 27; derselbe hat gleich vorgeschlagen, in solchen Fällen gem. Art. 52 StGB von einer Bestrafung abzusehen, s. PAYER, a.a.O., S. 31 f.

Im Einklang mit der ersten Instanz<sup>80</sup> und mit dem Berufungsgericht<sup>81</sup> anerkennen alle obengenannten Stimmen der Doktrin den aktuellen und unmittelbar gefährlichen Charakter der Klimakrise im Sinne des Art. 17 StGB. Die aktuelle Mehrheitsmeinung über die Auslegung des Art. 17 StGB lässt nämlich die Rechtfertigung der Straftat ungeachtet der zeitlichen Distanz des Handelns zur befürchteten Gefahr zu. Das anerkannte Kriterium, um die Unmittelbarkeit zu begründen, ist vielmehr der letztmögliche Zeitpunkt, in dem die schädlichen Konsequenzen der Gefahr noch effektiv abgewehrt werden können.<sup>82</sup>

Das Bundesgericht folgte den Entwicklungen der Doktrin hingegen nicht und wies die Beschwerde viel eher gestützt auf eine inzwischen überholte Auslegung des Art. 17 StGB, welche die Zeitperiode für die Unmittelbarkeit drastisch reduziert, ab. Da die Aktivistinnen und die Wissenschaftlerinnen die Klimaerwärmung und die darauffolgenden meteorologischen Katastrophen als ein Problem «hic et nunc» erachteten,<sup>83</sup> wehrten sie sich gegen diese Auffassung der Richterinnen.

Wie oben angedeutet, wähnt sich die Gesellschaft zunehmend in der Krise. Diese Situation lässt eine Vorsorgelogik entstehen, in der strategisch Lösungen gesucht werden, um die Krise vorherzusagen (die sogenannten «Gesetze der Angst»<sup>84</sup>). Auf der anderen Seite ist eine Gegenerwartung gegenüber der Rechtsordnung entstanden, gemäss welcher jede Straftat aufgrund eines Krisenmoments gerechtfertigt werden könnte.<sup>85</sup> Darauf hat das Bundesgericht reagiert.

In seinem Entscheid vom 26. Mai 2021 hätte das Bundesgericht so argumentieren können, wie es die zweite Instanz getan hatte, d.h., es hätte die Unmittelbarkeit der Klimakrise bejahen und die Geeignetheit der Aktion gegen die Credit Suisse verneinen können. Die bundesgerichtliche Lösung,

---

80 Urteil des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/Iib vom 13. Januar 2020.

81 Urteil des Berufungsstrafgerichtes Waadt PE19.000742/PCL vom 22. September 2020.

82 PAYER (Anm. 61), S. 25 f. m.w.H.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI / CAROLA GÖHLICH, in: Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafbuch, 4. Aufl., Basel 2019, N 14 zu Art. 17 StGB.

83 Ein zentrales Anliegen des Klimaaktivismus ist gerade die Kommunikation, dass die Klimaerwärmung eine Krise ist: SARAH SCHMALZ, Ungehorsam ist berechtigt, WOZ vom 24. Juni 2021, S. 1; s. auch Extinction Rebellion, This is an emergency, it's time to act!, auf Youtube vom 10. April 2019.

84 CASS R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge 2005; BENNO ZABEL, *Recht, Angst, Vulnerabilität*, RW 2020, 233-261, S. 236; LUHMANN (Anm. 22), S. 68 f.

85 «Notstandsinstitute werden aber auch in weit weniger drastischen Fällen diskutiert, insbesondere im Zusammenhang mit Geschwindigkeitsübertretungen im Strassenverkehr», ANNA CONINX, *Der entschuldigende Notstand zwischen Unrecht und Schuld*, ZStrR 2013, 113-140, S. 114.

die Klimakrise als nicht unmittelbar zu betrachten, konnte nur mithilfe einer Änderung der in der Wissenschaft gängigen Auslegung des Art. 17 StGB geschehen (die schon erwähnte «Strapazierung der Norm») und ist von wichtiger systemischer Relevanz. Sie betrifft alle Fälle, die sich auf diesen Rechtfertigungsgrund stützen (d.h. potenziell alle Straftaten, die unter das StGB fallen!), und stellt eine neue zeitliche Voraussetzung auf, die der «wenigen Stunden». Dadurch haben die Bundesrichterinnen die juristische Operation von allen externen Krisengründen und -begründungen isoliert.

Das Bundesgericht bewirkte eine Schliessung der Operation des Rechtssystems, indem es die Aktion der Aktivistinnen als einen ausschliesslich politischen Akt kennzeichnete. Damit konnte es alle wissenschaftlichen Diskussionen und die internationalen Verpflichtungen der Schweiz in Bezug auf das Klima völlig ausser Acht lassen.<sup>86</sup> Vor allem aber grenzte es das Handeln der Aktivistinnen aus dem System «Recht» aus.

## V. Schlussfolgerung

Sobald ein System sich selbst als «in der Krise» beschreibt, entstehen anomische Zustände, bei welchen die Vergangenheit als Entscheidungsgrundlage für die Zukunft in Frage gestellt wird. Anhand der Analyse des Entscheids 6B\_1295/2020 vom 26. Mai 2021 konnten wir mit besonderer Klarheit beleuchten, dass die Krise eines anderen Systems nicht unkontrolliert – d.h. einer externen Logik folgend – in das Recht eintritt,<sup>87</sup> sondern ganz im Gegenteil, dass das Recht die Krise als Sachverhalt verwendet, um sich «unbemerkt» weiterzuentwickeln.

Konkret entschied das Bundesgericht im hier behandelten Urteil, die Öffentlichkeit noch stärker von den Verhandlungen auszuschliessen und den zeitlichen Rahmen des Art. 17 StGB auf eine kurze Fixdauer zu beschränken. Es gilt zu betonen, dass die Bundesrichterinnen in beiden Fällen weder naturwissenschaftliche Meinungen noch die juristische Doktrin zitierten, um diese Weiterentwicklungen zu begründen. Dies erklären wir damit, dass es die Krise(n) gab.

Die Krise gilt nämlich als Aufmerksamkeitskatalysator der Gesellschaft. Dank der Krise kann das Recht zunächst einmal davon ausgehen, dass alle

---

86 S. auch MATT MCGRATH, Climate Change: Five things we have learned from the IPCC report: «One only needs to look at the recent court victory secured by NGOs against Shell [in the Netherlands] to realise how powerful IPCC science can be.»; «Habeas Carbon», The Economist 23.04.2022, S. 55 ff.

87 BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Anm. 22), S. 186.

wissen, worum es geht: Nach der Urteilsfällung wird der Entscheid unvermeidbar im Zusammenhang mit der jeweiligen Krisensemantik gelesen und diskutiert. Gleichzeitig ist sich das Recht bewusst, dass es in gewissen rechtlich relevanten Konstellationen ungelöste juristische Debatten gibt. Zum Beispiel wird in der Doktrin sowohl über die Rolle des Publikums im Strafprozess als auch über den zeitlichen Rahmen des Art. 17 StGB im Allgemeinen diskutiert. Bei der Entscheidungsfindung in Zeiten einer Krise rückt aber die externe Debatte (über die Krise) ins Zentrum der Urteilsrezeption, während die interne (juristische) Diskussion während der Krise nicht mehr für sich allein betrachtet werden kann. Darum wird fast unbemerkt die Evolution des Rechtssystems möglich, obwohl eine solche früher, vor der Krise, als kaum möglich galt.

Dennoch ist der während der Krise getroffene Entscheid ein normaler juristischer Entscheid, welcher dem Netz der Präzedenzfälle hinzugefügt und in der Zukunft eventuell durch ein bestätigendes Urteil abgesegnet werden kann. Solange die Krise andauert, wird seine Bedeutung in der Rechtspraxis aber von der Krise überschattet, und die Empörung aufgrund fehlender Argumentationskraft wird ausbleiben. Wer den Entscheid in Frage stellen möchte, kann im Nachhinein nur resigniert feststellen, dass nicht wegen der Krise anders entschieden werden konnte und dass der Entscheid im Gefüge der zur damaligen Zeit geltenden rechtswissenschaftlichen Diskussionen stand.

Im von uns behandelten Fall hat das Recht seine Immunisierung gegen soziale Irritationen zweierlei erhöht: So wurde das Publikum auf die akkreditierten Journalistinnen begrenzt, zudem wurde die Dauer der beim Notstand entscheidenden Unmittelbarkeit der Gefahr pauschal auf wenige Stunden reduziert. Damit wird die Norm nun ausschliesslich auf sich selbst bezogen. Unser Rechtssystem tendiert klar zur Geschlossenheit und zur Selbstreferenz.<sup>88</sup> Darüber, dass all dies als Verteidigung des Rechtssystems gegenüber einer Umwelt gilt, die immer mehr einen rechtlichen, aber politisch begründeten Eingriff fordert, kann nur spekuliert werden. Dies muss durch weitere Untersuchungen auf der Grundlage der hier dargestellten wissenschaftlichen Methode ausgearbeitet werden.

---

88 Wir verweisen auf das jüngst erschienene Werk von ANDREAS NOLL, *Protestaktionen und klimaspezifische Rechtfertigungsgründe*, Bern 2022, das in diesem Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

Claude Humbel

# Finanzmarktrecht, Vertrauen und die «permanente Krise»

## Eine methodenpluralistische Untersuchung

---

I.	Einleitung .....	50
<hr/>		
II.	Krise als normatives Moment .....	51
	1. Krise als regulierungsauslösendes Moment .....	51
	2. Folgen der globalisierten Regelbildung auf Finanzmärkten .....	52
	3. Zwischenergebnis .....	53
<hr/>		
III.	Eine Vertrauenskrise im Finanzmarkt(recht)? .....	54
	1. Die «permanente Krise» .....	54
	2. Die «versteckte Krise»: Vertrauen im Finanzmarkt nach der Finanzkrise .....	55
	3. Zwischenergebnis .....	56
<hr/>		
IV.	Vertrauen als Untersuchungsgegenstand .....	56
	1. Vertrauen als Betrachtungsobjekt kapitalmarktrechtlicher Untersuchungen .....	56
	2. Vertrauen und Rationalität .....	58
	3. Krisen und Vertrauen aus soziologischer Sicht .....	59
	4. Zwischenergebnis .....	60
<hr/>		
V.	Überwindung von Vertrauenskrisen im Finanzmarkt .....	61
	1. Ziele herkömmlicher Regulierungsinstrumente .....	61
	2. Ausgewählte Ansätze zur Vertrauensstärkung .....	62
	a) Vorleistungsproblematik und Risikotragung .....	62
	b) Technologie als Instrument zur Vertrauensstärkung oder als neuer Risikofaktor? .....	63
	c) Performative (Re-)Konstruktion von Märkten .....	65
<hr/>		
VI.	Ausblick .....	65

## I. Einleitung

Finanzmarktrecht wird gemeinhin als Instrument zum Schutz der Anlegerinnen und der Funktionsfähigkeit der Märkte einerseits sowie zur Gewährleistung der Finanzstabilität andererseits angesehen.<sup>1</sup> Diese Ziele bedingen die Verhinderung von Finanzkrisen, welche den Anlegerschutz, die Stabilität und somit auch die Funktionsfähigkeit der Märkte erheblich gefährden können – wie die Erfahrungen von 2007 bis 2009 gelehrt haben.<sup>2</sup>

Während die Regulierung allein Finanzkrisen kaum wird verhindern können, hat sie zu dieser Aufgabe beizutragen und deren Folgen zu mildern. Nun folgt auf jede Finanzkrise eine Regulierungswelle, mit der neue Normen zur Behebung (echter oder vermeintlicher) Fehler im bisherigen Normgefüge geschaffen werden sollen. Freilich: Dabei darf nicht mit «*Ockhams Rasiermesser*» legifert und der einfachste Erklärungsansatz mit den wenigsten Variablen als Ausgangspunkt für neue Regelungen gewählt werden. Diese Vorgehensweise würde komplexen und vielseitigen Systemen wie den modernen Finanzmärkten nicht gerecht und könnte neue Risiken und Fehlanreize schaffen.<sup>3</sup>

Auch der Schweizer Gesetzgeber hat mit einer Reihe von Erlassen auf die letzte Finanzkrise und die daraus fliessenden Erkenntnisse reagiert. Doch nicht alle sind sich hinsichtlich der Eignung dieser neuen Finanzmarktregulierung zur Krisenprävention einig. So argumentiert der Ökonom MARC CHESNEY gar, wir würden uns seit 2007 in einer «permanenten Krise» befinden, da der jüngste Wirtschaftsaufschwung primär durch eine starke Verschuldung befeuert sei und die eigentlichen strukturellen Schwächen nicht angegangen worden seien.<sup>4</sup> Nun mag man diese Auffassung teilen oder nicht, eine sich seit 2007 akzentuierende Vertrauenskrise gegenüber den Finanzmärkten in der breiten Bevölkerung ist nicht von der Hand zu weisen, wie sie etwa anlässlich der «*Causa GameStop*»<sup>5</sup> deutlich zu vernehmen war.

---

1 RÜDIGER VEIL, in: Rüdiger Veil (Hrsg.), *Europäisches Kapitalmarktrecht*, 2. Aufl., 2014, § 1 Rn. 3 ff. m.w.H.

2 VEIL (Anm. 1), § 1 Rn. 8; ferner HARALD BÄRTSCHI / YANNICK HIRSCHI, *Vertrauen im Kapitalmarkt*, SZW 2018, 771-791, S. 771 f.

3 Dies lässt sich etwa am Beispiel der Diskussion rund um das sog. «*shareholder empowerment*» veranschaulichen, die im Kielwasser der Finanzkrise weltweit geführt wurde. *Cum grano salis* sollten nach diesem Ansatz gestärkte Aktionärsrechte die Geschäftsführung von Finanzgesellschaften disziplinieren und somit zukünftige Krisen verhindern. Allerdings wiesen BRATTON/WACHTER nach, dass dem nicht so war: So wurden just jene Finanzgesellschaften an der Börse pönalisiert, welche weniger und nicht mehr Risiken eingingen, vgl. WILLIAM BRATTON / MICHAEL WACHTER, *The Case Against Shareholder Empowerment*, 158 *University of Pennsylvania Law Review* (2010), 653-728, S. 653 ff.

4 MARC CHESNEY, *Die Permanente Krise*, 2. Aufl., 2019, *passim*.

5 Vgl. dazu unten III.1.

Der vorliegende Beitrag untersucht in einem ersten Schritt die Rolle von Krisen in der Finanzmarktregulierung (II.). Sodann wird untersucht, ob wir uns in einer Vertrauenskrise befinden (III.). Ausgehend vom Befund, dass vor allem die jüngere Generation den traditionellen Finanzinstitutionen kritisch gegenübersteht und sich eine von der «permanenten Krise» befeuerte Vertrauenskrise anbahnt, wird zunächst «Vertrauen» als Untersuchungsobjekt beleuchtet (IV.) und sodann nach Lösungsansätzen zur Vertrauensstärkung<sup>6</sup> gesucht (V.). Der Beitrag wird durch einen kurzen Ausblick abgerundet (VI.).

## II. Krise als normatives Moment

### 1. Krise als regulierungsauslösendes Moment

Krisen sind stets auch Treiber. Sie fördern eine gesellschaftliche, technologische und auch rechtliche Weiterentwicklung. In letzterem Bereich stellt die Finanzkrise von 2007 bis 2009 ein paradigmatisches Anschauungsbeispiel dar. Nach den ersten Stabilisierungsmassnahmen traten nationale Gesetzgebungs- und Regulierungsinstanzen auf den Plan. Die Staaten, zunächst (mit-)verantwortlich<sup>7</sup> für die Krise – man denke an die expansive Geldpolitik der US-amerikanischen Notenbank im Nachgang zu den durch die Anschläge vom 11. September 2001 ausgelösten Kursauschlägen –, übernahmen eine Stabilisierungs- und Kriseneindämmungsfunktion. Es wurde ihnen zunehmend aber auch die präventive Verantwortung für die Schaffung einer krisenresistenten und -resilienten Regulierung unterstellt. Bei einer solchen Normsetzung sind *in nuce* zwei Heuristiken zu beachten: Zum einen sollen Regulierungsmassnahmen die individuelle Handlungs- und Gewerbefreiheit nur insoweit einschränken, als dies zur Erreichung der Regulierungsziele erforderlich ist. Gleichsam als Kehrseite dieses Freiheitspostulats folgt zum anderen, dass die jeweils Handelnden auch die Folgen der eingegangenen Risiken tragen sollen.<sup>8</sup>

---

6 Genauer gesagt ist Vertrauen in vertrauenswürdige Akteure zu fördern, vgl. ONORA O'NEILL, Linking Trust to Trustworthiness, 26 *International Journal of Philosophical Studies* (2018), 293–300, S. 293 ff.

7 Zentral ist hierbei, dass Staaten keine rechtliche Verantwortung für die durch sie (oder durch die von ihnen erlassene Regulierung) ausgesandten Vertrauenssignale tragen, vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE / TATJANA LINDER, Regulierung: Reputation, Vertrauen und Verantwortung, in: Peter V. Kunz *et al.* (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 730 ff.; dazu auch BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 774 f.

8 Zum Ganzen UWE BLAUROCK, *Regelbildung und Grenzen des Rechts – Das Beispiel der Finanzkrise*, JZ 2012, 226–234, S. 227 m.w.H. auf die unterschiedlichen Ursachen der Finanzkrise.

Als Regulierungsansätze wurden mannigfaltige tradierte Methoden herangezogen, welche von Verboten bestimmter Handlungsweisen über Verhaltens- und Haftungsregeln bis hin zu Massnahmen zur Stärkung von Reputation und der Sicherstellung von Transparenz reichen.<sup>9</sup>

## 2. Folgen der globalisierten Regelbildung auf Finanzmärkten

Den Einzelstaaten kommt bei der konkreten Ausformulierung der soeben erwähnten Regelungen im Bereich des Finanzmarktrechts kaum je eine alleinige Entscheidungsfreiheit zu. Schon lange besteht im finanzmarktrechtlichen Regulierungsrecht eine Tendenz zur supra- oder internationalen Regelsetzung, welche sich seit der Finanzkrise nochmals akzentuiert hat. Neben der Weltbank und dem Internationalen Währungsfonds (IWF) nehmen insb. die G20, der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, der *Financial Stability Board* sowie die IOSCO eine Schlüsselposition ein.<sup>10</sup>

Während aufgrund der Vernetzung und Komplexität der globalen Finanzmärkte kaum Raum mehr für nationale Alleingänge besteht – ausser, man möchte eine Rückkehr zu Kapitalverkehrskontrollen postulieren oder zumindest in Kauf nehmen –,<sup>11</sup> dürfen die Konsequenzen dieser Entwicklung nicht ausser Acht gelassen werden: Soweit nämlich die Regierungen ausgewählter Industriestaaten zwar nicht unmittelbar verbindliche, im Ergebnis aber doch global umzusetzende Entscheidungen treffen oder nationale Aufsichtsbehörden miteinander kooperieren und Regeln setzen, stellen sich stets Fragen der demokratischen Kontrolle<sup>12</sup> und der Legitimation<sup>13</sup>.

Unterstellt man die Eröffnung eines gleichsam transnationalen Regulierungsraumes und die damit verbundene Entmachtung nationaler Gesetzgeber,<sup>14</sup> nimmt man damit aber auch in Kauf, dass nationale Besonderheiten

---

9 BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 777, mit dem zutreffenden Hinweis, dass prinzipiell jede kapitalmarktrechtliche Bestimmung auch auf die Schaffung bzw. Erhaltung von Vertrauen abzielt.

---

10 Vgl. eingehend zu dieser Thematik stellvertretend SK FinfraG-SETHE, in: ROLF SETHE/OLIVIER FAVRE/MARTIN HESS/STEFAN KRAMER/ANSGAR SCHOTT (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG, Zürich 2017, Einleitung N 21 ff. (zu den internationalen Massnahmen in Bezug auf Wertpapierhandel und -abwicklung), N 28 ff. (zu den internationalen Massnahmen in Bezug auf die Systemstabilität), N 30 ff. (zu den Massnahmen der EU).

---

11 S. etwa BLAUROCK (Anm. 8), S. 232 f.

---

12 *Ibid.*

---

13 Vgl. dazu HANS VORLÄNDER, Krise, Kritik und Szenarien: Zur Lage der Demokratie, ZPol 2013, 267-277, S. 269 m.w.H.

---

14 BLAUROCK (Anm. 8), S. 232 f., m.w.H.; VORLÄNDER (Anm. 13), S. 269.



ausgeblendet werden oder in den Hintergrund rücken.<sup>15</sup> Exemplifizieren lässt sich dies – möchte man nicht erneut das Bankkundengeheimnis bemühen – etwa am Konzept der Stiftung, einer im angloamerikanischen Raum steuerrechtlichen und in den Zivilrechtskreisen zivilrechtlichen Erscheinung. So verlangt der von der G20 mandatierte und der OECD ausgearbeitete CRS weitgehende Meldepflichten auch für Stiftungsratsmitglieder, welchen fälschlicherweise eine wirtschaftliche Berechtigung am eigentlich verselbstständigten Stiftungsvermögen zugeschrieben wird, welche es so gar nicht gibt.<sup>16</sup>

Die Auswirkungen eines solchen Auseinanderfallens von nationalen Gegebenheiten und international mandatierter Normgebung auf das hier gegenständliche Thema liegen auf der Hand. Einem aufgrund der ökonomischen Realien notwendigen globalen Regulierungsansatz wohnt stets auch das Risiko inne, das Vertrauen in die regulierten Institutionen – vorliegend die Finanz- oder Kapitalmärkte – zu erschüttern. Dies gilt insb. dann, wenn das Vertrauen in die neu geschaffenen Regelungen aufgrund von weiteren Krisen enttäuscht wird.<sup>17</sup> Handkehrum darf nicht vergessen werden, dass eine globale Regulierung auch zu mehr Stabilität, Integrität und Transparenz auf den Finanzmärkten beiträgt, was sich wiederum positiv auf das Vertrauen auswirken könnte.

### 3. Zwischenergebnis

Krisen sind regulierungsrechtlich betrachtet wichtig, weil sie Regelungslücken aufdecken und den Normgeber somit auf den Plan rufen. So auch die Finanzkrise von 2007 bis 2009. Diese hatte aufgrund der globalen Natur der Finanzmärkte aber zugleich den Effekt, bestehende Tendenzen zur überstaatlichen Regulierung zu verstärken. So sind Organisationen wie die G20 zum «normativen Taktgeber» avanciert. Die dadurch ausgelöste Disparität von nationalen Eigenheiten und global verfochtenen Idealtypen könnte sich negativ auf das Vertrauen in die Institution «Finanzmarkt» auswirken.

---

15 Ähnlich mit Blick auf die nationale juristische Einbindung BLAUROCK (Anm. 8), S. 233.

16 Dazu etwa die Kritik in ANDREA OPEL, AIA für gemeinnützige Organisationen: Ein Fehlgriff, StR 2019, 434-441, S. 434 ff., insb. zu möglichen Ausweichmanövern S. 437 ff.

17 Zu den Konsequenzen von enttäushtem bzw. erschüttertem Vertrauen s. unten IV.3.

### III. Eine Vertrauenskrise im Finanzmarkt(recht)?

#### 1. Die «permanente Krise»

Wie einleitend erwähnt, sind nicht alle Ökonomen der Ansicht, dass die Finanzkrise jemals ganz überwunden wurde. Vielmehr wird auch die Ansicht vertreten, die zu konstatierenden Kursgewinne auf den Börsen seien künstlich durch Staaten und Institutionen wie die EZB befeuert worden. Die strukturellen Schwächen hingegen seien unangetastet geblieben und zukünftige Krisen vorprogrammiert.<sup>18</sup>

Man mag dem mit einigem Recht mit dem Hinweis entgegen, dass seit der Finanzkrise viele Risiken durchaus normativ erfasst und somit auch entschärft worden sind. So wurden etwa Derivate einer stringenten Regulierung zugeführt, welche die von diesen Finanzprodukten ausgehenden Risiken eindämmen soll.<sup>19</sup> Auch wurde das auf die Finanzdienstleister anzuwendende Aufsichtsrecht neu gefasst und inhaltlich gestrafft.<sup>20</sup> Dennoch trifft die These der «permanenten Krise» immerhin insoweit zu, als die von den Zentralbanken gewählten Ansätze zur Krisenbewältigung – welche weit über die konventionellen geldpolitischen Massnahmen hinausgingen<sup>21</sup> – zwar die schlimmsten Symptome der Finanzkrise eindämmen konnten, zugleich aber dauerhaft neue Risiken im Rahmen einer von Negativzinsen geprägten «neuen Normalität»<sup>22</sup> schufen. So müssen die Marktteilnehmenden laufend neue Geschäftsbereiche erschliessen.<sup>23</sup> Gleichzeitig drängen etwa *FinTech*-Unternehmen mit Vehemenz in das traditionell vertrauensbasierte, aber gegenüber Finanzinnovationen lange zurückhaltende Bankgeschäft ein, dessen Nutzerinnen

---

18 CHESNEY, (Anm. 4), *passim*.

19 Statt vieler HANS KUHN, Die Regulierung des Derivatehandels im künftigen Finanzmarktinfrastukturgesetz, GesKR2014, 161 ff., m. kritischen Anmerkungen zur Auffassung, wonach der Kollaps von *Lehman Brothers* ursächlich auf deren Tätigkeit im Derivatemarkt zurückzuführen sei. Vgl. zur *Lehman*-Pleite und den daraus gewonnenen Erkenntnissen auch SK FinfraG-SETHE (Anm. 10), Einleitung N20 ff.

20 Vgl. statt sehr vieler HARALD BÄRTSCHI, Finanzmarktregulierung im Fluss, Zum neuen Finanzinstituts- und Finanzdienstleistungsgesetz, SZW 2014, 459–491, S. 459 ff.; THOMAS JUTZI / KSENIA WESS / DAMIAN SIERADZKI, Die neue Finanzmarktarchitektur im europäischen Regulierungskontext, AJP 2020, 572–592, S. 592 ff.; THOMAS JUTZI / SIMON SCHÄREN, Europäisches Finanzmarktrecht im Umbruch, GesKR2019, 408–423, S. 423 ff.; PETER NOBEL, Ursachen der Finanzkrise und seitherige Regulierungsentwicklung, SZW 2018, 588–597, S. 597 ff.; SK FinfraG-SETHE (Anm. 10), Einleitung N2 ff.

21 ANDRÉA MAECHLER / THOMAS MOSER, Zehn Jahre nach der Krise: Entwicklungen an den Märkten und Herausforderungen für die SNB, Referat anlässlich des Geldmarkt Apéro vom 8. November 2018, Version vom 23. August 2021, S. 2.

22 *Ibid.*

23 Ein Beispiel ist der zunehmend umkämpfte Bereich der Hypotheken, vgl. dazu MARK BRANSON, FINMA Jahresmedienkonferenz vom 4. April 2019, «Es braucht nun Massnahmen im Bereich der Renditeliegenschaften», S. 2.

nach einfachen, kostengünstigen, ubiquitären und jederzeit verfügbaren Onlinehandelsapplikationen verlangen.<sup>24</sup> Diese Nutzerinnen, oftmals «*Digital Natives*», legen denn auch ein neues Konsumverhalten an den Tag und stehen den traditionellen Akteuren auf den Finanzmärkten, also Banken, Börsen, Hedgefonds usw., kritischer gegenüber als ihre Vorgängergenerationen.

Vorgänge wie die eingangs erwähnte «*Causa GameStop*» scheinen diese Entwicklung zu belegen: Die Online-Community des Forums «*WallstreetBets*» auf der Website *Reddit* deckte sich mit den Titeln des seit Längerem angeschlagenen Videospiehhändlers *GameStop* ein und verursachte somit absichtlich einen sog. *Short-Squeeze*.<sup>25</sup> Dies erfolgte mit dem erklärten Ziel, den Hedgefonds Schaden zuzufügen, welche gegen *GameStop* gewettet und dessen Aktien leer verkauft hatten.<sup>26</sup>

## 2. Die «versteckte Krise»:

### Vertrauen im Finanzmarkt nach der Finanzkrise

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich hinter der von CHESNEY skizzierten «permanenten Krise» in Tat und Wahrheit eine anbahnende «Vertrauenskrise»<sup>27</sup> versteckt und ob dies nicht nur anekdotisch, sondern auch empirisch belegt werden kann.

Herkömmliche Indizes wie der *Volatility Index (VIX)* des *Chicago Board of Exchange*, welcher auch als Massstab für das Vertrauen der Anlegerinnen in den Aktienmarkt herangezogen werden kann, scheinen<sup>28</sup> kein erhöhtes Misstrauen zu belegen. Dies ist allerdings wenig erstaunlich, bildet der VIX doch das Vertrauen marktendogener Akteure ab.<sup>29</sup> Erweitert man den Betrachtungshorizont auf die breite Bevölkerung, zeichnet sich ein anderes Bild ab. Laut dem *Edelman Trust Barometer 2021*, einer Umfrage mit 33'000 Teilnehmenden aus 28 Ländern und sämtlichen Bevölkerungsschichten, vertrauen – nur, aber immerhin – 53 % der Befragten dem Finanzsektor. Dies sind 5 % weniger als

---

24 Vgl. zu diesem Phänomen etwa FRANK BROER, *Economics von Fintech-Geschäftsmodellen*, ZVglRWiss 2017, 189-204, S. 192 f.

25 Zu diesem Phänomen s. etwa JIM PROBASCO, *What is a short squeeze?*, *Business Insider* vom 21. Juli 2021, Version vom 23. August 2021.

26 Zum Ganzen anschaulich ANTONIA MANNWEILER, *Shortseller gegen Online-Community*, in: FAZ vom 26. Januar 2021, Version vom 23. August 2021.

27 So etwa BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 791; ebenso JENS BECKERT, *Die Finanzkrise ist auch eine Vertrauenskrise*, MPIfG-Jahrbuch 2011-2012, Köln 2011, 35-41, S. 35; PETER O. MÜLBERT/ALEXANDER SAJNOVITS, *Vertrauen und Finanzmarktrecht*, ZfPW 2016, 1-51, S. 1 f.

28 Seit Februar 2020 verzeichnet der Index eine erhöhte Volatilität, die indes mit der Corona-Krise korreliert.

29 Abgebildet wird die Volatilität der Aktien des S&P 500.

im Vorjahr und der zweitschlechteste Wert aller Kategorien.<sup>30</sup> Blickt man schliesslich auf die Generation der *Millennials*, zeichnet sich ein noch düsteres Bild ab. Nach dem sog. *Millennial Disruption Index*, welcher auf einer dreijährigen Studie mit 10'000 Teilnehmenden basiert, wären 73 % der Befragten eher an Finanzdienstleistungen durch branchenfremde Anbieter als der eigenen Bank interessiert.<sup>31</sup>

Insgesamt zeichnen diese Erhebungen somit ein durchzogenes Bild und legen vor allem mit Blick auf die jüngeren Generationen nahe, sich verstärkt Gedanken zur (Wieder-)Herstellung von Vertrauen in die Finanzmärkte zu machen.

### 3. Zwischenergebnis

Resümierend kann man festhalten, dass auf den Finanzmärkten eine «neue Normalität» herrscht, wozu insb. bei der jüngeren Generation auch ein gewisses Misstrauen gegenüber traditionellen Finanzintermediären zählt.

## IV. Vertrauen als Untersuchungsgegenstand

### 1. Vertrauen als Betrachtungsobjekt kapitalmarktrechtlicher Untersuchungen

Der den meisten gegenwärtigen kapitalmarktrechtlichen Regulierungsansätzen zugrundeliegende Generaltenor strebt eine maximale Informationsaufbringung und -diffusion einerseits sowie eine maximale Kontrolle (mittels interner und externer Aufsicht) andererseits an, wobei Vertrauen stets als Funktion der Information verstanden wird.<sup>32</sup> Im neueren Schrifttum werden nunmehr die Selbstständigkeit und Andersartigkeit des Vertrauens unterstrichen, ohne dabei das Informationsmodell abzulehnen.<sup>33</sup> Vielmehr wird

---

30 Edelman Trust Barometer 2021, Version vom 23. August 2021, S. 46. Nach einem Tiefpunkt im Nachgang zur Finanzkrise hat sich dieser Wert über die letzte Dekade zwar insgesamt verbessert, blieb dabei aber stets tiefer als andere Kategorien, vgl. EDELMAN TRUST BAROMETER 2021, a.a.O., S. 47.

---

31 Vgl. Scratch Viacom Media Networks, The Millennial Disruption Index, Version vom 23. August 2021.

---

32 Vgl. hierzu STEFAN GRUNDMANN, Vertrauen und (EU-)Kapitalmarkt – Theorie und Fallstudien zu einer neuen Mesotes im Wirtschaftsrecht, in: Gregor Bachmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, Berlin/Boston 2020, 67-96, S. 71f., 78, welcher davon spricht, dass Vertrauen in der ökonomischen und kapitalmarktrechtlichen Literatur gar als «*ancilla informationis*» (also als «Dienerin der Information») verstanden werde.

---

33 So grundlegend GRUNDMANN (Anm. 32), S. 72.

versucht, die verschiedenen Wertungskonzepte auch für das Kapitalmarktrecht aufzuzeigen und zu untersuchen, ob und inwieweit es sich dabei nicht doch um eine Ausprägung der *Efficient Capital Market Hypothesis* (ECMH) handelt, welche trotz aller Unzulänglichkeiten weiterhin die Grundlage der traditionellen Markttheorie bildet.<sup>34</sup>

Dabei wurde herausgearbeitet, dass den verschiedenen Forschungssträngen, welche sich der Vertrauensproblematik angenommen haben, vor allem die kategoriale Fundamentalunterscheidung zwischen personalisiertem Vertrauen und Systemvertrauen (sowie teilweise Organisationsvertrauen als hybride Kategorie) gemeinsam ist.<sup>35</sup> Diese Unterscheidung geht denn auch zurück auf die Gründungsväter der modernen Soziologie MAX WEBER<sup>36</sup> und GEORG SIMMEL<sup>37</sup> und sind somit nicht nur der Ökonomie und dem Wirtschaftsrecht eigen.<sup>38</sup> Im Gegenteil: Letztere behandeln Vertrauen – anders als die Soziologie – stets nur funktional und nicht als eigentlichen Forschungsgegenstand.<sup>39</sup>

Deshalb soll im Folgenden vor allem auf soziologische Erkenntnisse zurückgegriffen und versucht werden, diese im vorliegenden Kontext fruchtbar zu machen. Dies soll freilich nicht verschleiern, dass den verschiedenen Forschungssträngen durchaus gewisse Konvergenzelemente entnommen werden können.<sup>40</sup>

---

34 So etwa in BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 773 f.; vgl. wie hier GRUNDMANN (Anm. 32), S. 69, 72. Zur ECMH statt sehr vieler vgl. grundlegend EUGENE F. FAMA, *Efficient Capital Markets*, 25 *The Journal of Finance* (1970), 383–417, 383 ff. sowie die Umsetzung in der Kapitalmarktrechtstheorie in RONALD J. GILSON / REINIER KRAAKMAN, *The Mechanisms of Market Efficiency*, 70 *Virginia Law Review* (1984), 549–644, S. 554 ff.

---

35 GRUNDMANN (Anm. 32), S. 73 mit umfangreichen weiteren Hinweisen.

---

36 Zur modernen «Einverständnisgesellschaft» MAX WEBER, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in: Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. (Nachdruck der 6. Aufl.), Tübingen 1988, S. 442, 456, 470 ff.

---

37 GEORG SIMMEL, *Soziologie, Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Berlin 1908 (1. Aufl., zitiert gemäss der Online-Fassung des Soziologischen Instituts der Universität Zürich, Version vom 24. August 2021), S. 263.

---

38 In der Ökonomie früh etwa der Nobelpreisträger KENNETH ARROW, *Gifts and Exchanges*, 1 *Philosophy and Public Affairs* (1972), 343–362, S. 357; DERS., *The Limits of Organization*, New York 1974, S. 13 ff.; S. 31 ff.; ferner DIEGO GAMBETTA, *Can We Trust Trust?*, in: Diego Gambetta (Hrsg.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford 1988, 213–237, S. 213 ff. Seit der Finanzkrise wird die Thematik vertieft erforscht, vgl. etwa PAOLA SAPIENZA / ANNA TOLDRA-SIMATS / LUIGI ZINGALES, *Understanding Trust*, 123 *The Economic Journal* (2013), 1313–1332, S. 1313 ff. In der deutschen finanzmarktrechtlichen Literatur etwa eingehend MÜLBERT/SAJNOVITS (Anm. 27), 1–51, *passim*.

---

39 Vor diesem Hintergrund argumentiert GRUNDMANN (Anm. 32), S. 73 ff., man solle auf die Erkenntnisse der Soziologie zurückgreifen, da diese das Phänomen «Vertrauen» als einen «Zentralgegenstand ihrer Analyse erkoren» habe.

---

40 Mit Hinweis auf Konvergenzelemente auch GRUNDMANN (Anm. 32), S. 72 f.

## 2. Vertrauen und Rationalität

Die soziologische Vertrauensforschung zeichnet sich aus durch den Gegensatz zwischen der Betonung der Rationalisierungsfunktion von Vertrauen – nach LUHMANN ist Vertrauen damit ein Instrument zur «Reduktion der Komplexität»<sup>41</sup> – einerseits und der Andersartigkeit gegenüber dem rationalen Handeln des *homo oeconomicus* andererseits.<sup>42</sup>

Dabei wird von Beginn weg auf dem Gegensatz zwischen den Kategorien des personalisierten Vertrauens und des Systemvertrauens aufgebaut.<sup>43</sup> Bei diesen Kategorien handelt es sich indes nur um Idealtypen, welche in einer reinen Form (etwa Algorithmen als Ausprägung von reinem Systemvertrauen ohne jedes personale Element<sup>44</sup>) kaum je in Erscheinung treten dürften.<sup>45</sup> Dazwischen befindet sich ein breites Spektrum an Schattierungen, aus welchen das sog. Organisationsvertrauen zwar heraussticht, ohne aber eine neue Kategorisierung zu bedingen.<sup>46</sup> Wichtiger scheint mir im Kontext des Kapitalmarktrechts, dass die voranschreitende Digitalisierung auch eine Entwicklung verstärkt, die bereits durch MAX WEBER antizipiert wurde: Die bisherige Dominanz von personalisiertem Vertrauen wird durch Systemvertrauen gebrochen, welches eine zunehmend zentrale Stellung für sich beansprucht.<sup>47</sup> Denn wie eine Echokammer verstärkt Digitalisierung die Effekte der Arbeitsteilung – also eine Reduktion personaler Elemente – und erhöht die Bedeutung von Systemvertrauen. Auf den (zentralisierten) Finanzmärkten wird dies noch einmal akzentuiert.<sup>48</sup>

Somit gilt es, die Entstehungsgründe und Voraussetzungen von Systemvertrauen genauer zu analysieren. Natürlicher Ausgangspunkt ist hierbei die LUHMANN'sche Erkenntnis, wonach das Vertrauen es ermögliche, von einer

---

41 Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Vertrauen, Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 5. Aufl., Konstanz/München 2014, S. 1 ff.

42 S. dazu GRUNDMANN (Anm. 32), S. 75. Als Gegensatz zum *homo oeconomicus* – vgl. stellvertretend zu den Unzulänglichkeiten dieser Rationalitätsannahme aufgrund der Erkenntnisse der Verhaltensökonomie BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 778 ff. mit umfangreichen weiteren Hinweisen – spricht BOSSHARDT gar von einem «*homo confidens*», vgl. CHRISTOPH BOSSHARDT, *Homo Confidens*, Bern (u.a.) 2001.

43 WEBER (Anm. 36), a.a.O., spricht von «Einverständnissgemeinschaft»; SIMMEL (Anm. 37), a.a.O., untersucht Vertrauen im weiteren gesamtgesellschaftlichen Sinne.

44 Beispiel aus GRUNDMANN (Anm. 32), S. 75.

45 So schon früh etwa WEBER (Anm. 36), a.a.O. Ebenso GRUNDMANN (Anm. 32), S. 75.

46 Vgl. Fn. 35 oben.

47 WEBER (Anm. 36), a.a.O. Mit Hinweis auf WEBER auch GRUNDMANN (Anm. 32), S. 76. Zu dieser Entwicklung auch MARTIN ENDRESS, *Vertrauen*, Bielefeld 2002, S. 48.

48 Ähnlich bereits für Kapitalmärkte, aber ohne Bezug auf die Digitalisierung; GRUNDMANN (Anm. 32), S. 76.

sachlichen Unbekannten oder zeitlichen Möglichkeiten auf den Eintritt einer konkreten zu vertrauen und diese einem bestimmten Handeln oder Unterlassen zugrunde zu legen.<sup>49</sup> Anders gewendet: Durch Vertrauen kann Informationsunsicherheit überwunden werden.<sup>50</sup> Dieser funktionale Charakter von Vertrauen liegt – wie bereits angedeutet<sup>51</sup> – auch der ökonomischen Theorie zugrunde, wird aber erst in der Soziologie in Relation zum Systemvertrauen gesetzt. Im Unterschied zur erstgenannten Disziplin betont die Soziologie denn auch die Reflexivität von Systemvertrauen: Vertrauen wird danach auch honoriert, wenn es nicht dem eigenen Nutzen dient.<sup>52</sup> (Vor-)Leistungen bleiben demnach – nur, aber immerhin – systemgeschützt.<sup>53</sup> Gemeinsam ist den beiden Disziplinen hingegen das Desiderat der Risikobegrenzung und -überwindung, was in der klassischen Ökonomik durch Information und Kontrolle, in der Soziologie über Vertrauen erfolgt.<sup>54</sup>

### 3. Krisen und Vertrauen aus soziologischer Sicht

Krisen können sich bekanntlich negativ auf Vertrauen auswirken.<sup>55</sup> Aus ökonomischer Sicht betrifft dies die informationelle Basis von Entscheidungen und die Möglichkeit adverser Selektion.<sup>56</sup> Aus soziologischer Warte hingegen sind Krisen destabilisierend und wirken sich somit auf das systemstabilisierte Vertrauen aus.<sup>57</sup> Nach ANTHONY GIDDENS ist in diesem Zusammenhang zweierlei zu beachten. Erstens, dass Systemvertrauen gleichsam «blind» ist – weil weder bewusst noch informationsgesteuert. Krisen sind somit entscheidend, weil sie das Vertrauen in die erlernte Normalität erschüttern können.<sup>58</sup> Dies

---

49 LUHMANN (Anm. 41), a.a.O.

50 ENDRESS (Anm. 47), S. 34; s. ferner JENS BECKERT, Vertrauen und die performative Konstruktion von Märkten, *Zeitschrift für Soziologie* 2002, 27-43, S. 28 m.w.H.

51 Vgl. Fn. 38f.

52 Vgl. resümierend und m.w.H. auf die Gleichheitssensibilität in der Philosophie GRUNDMANN (Anm. 32), S. 77.

53 Vgl. zum Vorleistungskonzept LUHMANN (Anm. 41), S. 27ff.

54 Vgl. oben den Text zu Fn. 32f. und die entsprechenden Hinweise.

55 BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 791, bringen diesen Gedanken prägnant auf den Punkt: «Finanzkrisen sind Vertrauenskrisen».

56 Vgl. hierzu grundlegend GEORGE AKERLOF, The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 85 *The Quarterly Journal of Economics* (1970), 488-500, S. 489ff.

57 Zur Risikoeingrenzung durch systemstabilisiertes Vertrauen in der Soziologie s. GRUNDMANN (Anm. 32), S. 78. Zur Erwartungsstabilisierung etwa ENDRESS (Anm. 47), S. 30.

58 ANTHONY GIDDENS, *Konsequenzen der Moderne*, Nachdruck 2010, Frankfurt a.M., S. 33ff. Dazu anschaulich ENDRESS (Anm. 47), S. 42. Ein ähnliches Konzept ist jenes

kann sowohl durch die Einsicht in die Fehlerhaftigkeit erlernter Prozesse als auch durch das Verhalten von Systemexponenten oder Unbekannten erfolgen. Dies folgt aus der zweiten Erkenntnis von GIDDENS, wonach Systemvertrauen sich nie in abstraktem Vertrauen in einer bestimmten normativen Ordnung oder Institution erschöpft, sondern stets auch von personalem Vertrauen in Systemexponenten abhängt.<sup>59</sup> Schliesslich weist JENS BECKERT darauf hin, dass in vielen Bereichen Entscheide auf hingegebenem Vertrauen statt auf einem rationalen Kalkül basieren, und wendet sich insofern gegen die Logik der Kalkulation.<sup>60</sup>

Aus diesen Überlegungen folgt, dass Vertrauen nicht immer durch Informationsregeln beeinflusst werden kann, sondern dabei stets auch die Grundlagen offengelegt werden müssen, die den Teilnehmenden eine Einschätzung der Situation ermöglichen.<sup>61</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Vertrauen wird von der neueren Kapitalmarktrechtsforschung zunehmend als eigenständiges Desiderat aufgefasst. Aufgrund der Tatsache, dass die Soziologie das Vertrauen als Zentralgegenstand ihrer Untersuchungen auserkoren hat, sind (schwergewichtig) die dortigen Erkenntnisse fruchtbar zu machen.

Das Systemvertrauen gewinnt in modernen Finanzmärkten gegenüber dem personalen Vertrauen an Bedeutung, dennoch bleiben personale Vertrauenselemente von Bedeutung; man sollte somit von hybridem Vertrauen sprechen. Die Finanzmarktregulierung sollte sich nicht auf die «Schaffung» von Vertrauen fokussieren, sondern auf die Verhinderung der Erschütterung oder gar Zerstörung gegebenen Vertrauens.

---

des *«thick trust»*, womit Sozial- oder Familienbeziehungen gemeint sind, bei welchen Vertrauen «natürlich gegeben» ist. Im Unterschied zur hier gegenständlichen Diskussion sind sich die Akteure in solchen Szenarien einer Ausbeutungsmöglichkeit nicht einmal bewusst. Vgl. dazu BECKERT (Anm. 50), S. 31 m.w.H.

---

59 GIDDENS (Anm. 58), a.a.O. S. dazu auch die Hinweise in GRUNDMANN (Anm. 32), S. 79. Diese Erkenntnis liegt bereits WEBER (Anm. 36), a.a.O., zugrunde und zieht sich wie ein roter Faden durch die soziologische Vertrauensforschung, s. die Hinweise in ENDRESS (Anm. 47), S. 30 ff.

---

60 Vgl. etwa BECKERT (Anm. 27), S. 37; DERS. (Anm. 50), S. 28.

---

61 GRUNDMANN (Anm. 32), S. 79.



## V. Überwindung von Vertrauenskrisen im Finanzmarkt

### 1. Ziele herkömmlicher Regulierungsinstrumente

Dem Finanzmarktrecht liegt u.a. das Ziel zugrunde, die Anlegerinnen zu schützen und somit mittelbar deren Vertrauen in einen stabilen und funktionsfähigen Finanzmarkt zu stärken.<sup>62</sup> Dieses Ziel wurde bereits vor der jüngsten Reform der Finanzmarktgesetzgebung durch eine Vielzahl von Vorkehrungen verfolgt. Dazu gehören unter anderem die Bewilligung und Beaufsichtigung bestimmter Finanzdienstleister und -institute durch die FINMA (einschliesslich einer effektiven Durchsetzung von Verhaltenspflichten und Verboten)<sup>63</sup> sowie die Genehmigungspflicht unter dem KAG.<sup>64</sup> Neben der prudenziellen Aufsicht sind weitere Elemente für den Kundenschutz von Bedeutung, wie etwa die Gewährleistung hinreichender Transparenz<sup>65</sup> oder die – durch das FIDLEG geschärften – Verhaltensnormen für Finanzdienstleister.<sup>66</sup> Der Anlegerschutz – verstanden als Vertrauensindividualschutz – soll zur Systemstabilisierung beitragen, was wiederum dem Vertrauenskollektivschutz zugutekommt.<sup>67</sup>

Zugleich wurden nach der Finanzkrise mit der *Too-big-to-fail*-Gesetzgebung Normen implementiert, welche (über die Verringerung des Vertrauensdürfens in eine staatliche Rettung) Fehlanreize verhindern sollten und somit mittelbar ebenfalls das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems erhöhen sollte.<sup>68</sup>

---

62 Vgl. stellvertretend BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 774 ff. Ferner die Hinweise in I.

63 Vgl. die Hinweise in der Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 2015 8901, 8912.

64 Vgl. Art. 15 ff. KAG. Neu sollen mit den sog. «*Limited Qualified Investor Funds*» (L-QIF) nicht genehmigungspflichtige Fonds für qualifizierte Investoren ermöglicht werden (vgl. Botschaft zur Änderung des Kollektivanlagengesetzes, BBl 2020 6885), was mit Blick auf das Vertrauen in den Finanzplatz im Falle neuer Skandale durchaus kritisch betrachtet werden kann, vgl. bereits CLAUDE HUMBEL, *Investitori qualificati secondo la modifica della Legge sugli investimenti collettivi di capitale*, *Novità fiscali* 8/2021, 448-454, S. 453 f.

65 Botschaft FIDLEG FINIG (Anm. 63), 8912. Zur Unternehmenspublizität grundlegend etwa HANNO MERKT, *Unternehmenspublizität*, Habil. Hamburg, Tübingen 2001, *passim* et 334 ff., 338 ff. Kritisch zum Informationsparadigma stellvertretend bereits JEAN NICOLAS DRUEY, *Die Meldepflicht*, SZW Sondernummer 1997, 36-43, S. 36 ff.

66 Vgl. die Vorgaben in Art. 7 ff. FIDLEG.

67 Statt vieler wiederum BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 775, 790 f.; weiter STEFAN KRAMER/DIETER ZOBL, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Zürich/Basel/Genf 2004, § 2 Rn. 28 ff.

68 Vgl. dazu die Hinweise in der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail), BBl 2011 4717.

Indes: Ungeachtet aller gesetzgeberischen Bemühungen werden diese Ziele durch eine nicht abreisende Kette an Skandalen<sup>69</sup> stets aufs Neue in Frage gestellt, was eine Vertrauensbildung in die Finanzmärkte und seine Institutionen erheblich erschwert.<sup>70</sup> Mit Blick auf die Bedeutung der Finanzmärkte und -intermediäre für die Realwirtschaft könnte dies nach gewissen Vertrauensforschern *ultima ratio* zu einer «Implosion jener Kooperationsräume führen, auf denen die moderne Gesellschaft beruht».<sup>71</sup>

## 2. Ausgewählte Ansätze zur Vertrauensstärkung

### a) Vorleistungsproblematik und Risikotragung

Im Zusammenhang mit dem System «Markt» ist Vertrauen vor allem vor dem Hintergrund der «Annahme, es handele sich hierbei um einen zentralen Mechanismus zur Überwindung [von] Barrieren für Tausch- und Kooperationsbeziehungen»<sup>72</sup> von Bedeutung. Aus Warte des Vertrauensgebers schafft Vertrauen nämlich die Bereitschaft, einseitige Vorleistungen angesichts unvollständiger und asymmetrisch verteilter Informationen einzugehen. Neben dem wirtschaftlichen Aspekt der Preisfindung muss das soziale Problem des Risikos opportunistischen Handelns durch den Vertrauensnehmer gelöst werden.<sup>73</sup>

Eine Facette des opportunistischen Handelns besteht darin, Risiken dann auf den Vertragspartner zu überwälzen, wenn sie sich realisieren. In diesem Zusammenhang betonen BÄRTSCHI/HIRSCHI aus Sicht der Verhaltensökonomik zu Recht, dass sichergestellt werden muss, dass die Anlegerinnen zwar auf mögliche Risiken aufmerksam gemacht werden, diese in der Folge aber selbst tragen müssen.<sup>74</sup> M.E. muss dies mit Blick auf die Vertrauensbildung insoweit ergänzt werden, als auch Finanzinstitute und -dienstleister ihre Risiken nicht auf ihre Kunden und Kundinnen abwälzen können.<sup>75</sup>

Dies bedingt klare Risikoallokations- und scharfe Haftungsregeln, die effektiv umgesetzt werden, wozu Technologie einen wichtigen Beitrag leisten kann.

---

69 Man denke nicht nur an die jüngsten Ereignisse bei der Credit Suisse (*Greensill, Archegos*), sondern auch an Ereignisse wie die Devisenmanipulationen oder den Fall *Adoboli* bei der UBS.

---

70 Zu den Auswirkungen von Skandalen auf die Reputation und das Vertrauen s. KURT IMHOF, *Vertrauen, Reputation und Skandale*, Religion, Staat, Gesellschaft 2008, 55-78, S. 58; ferner BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 783f.; anschaulich BECKERT (Anm. 27), S. 39.

---

71 BECKERT (Anm. 27), S. 39f.

---

72 BECKERT (Anm. 50), S. 27.

---

73 Zum Ganzen stellvertretend BECKERT (Anm. 50), S. 27ff.; anschaulich ENDRESS (Anm. 47), S. 36f., m.w.H. insb. auf die Ausführungen von COLEMAN.

---

74 BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 791.

---

75 S. bereits oben Text zu Fn. 8.

## b) Technologie als Instrument zur Vertrauensstärkung oder als neuer Risikofaktor?

Insbesondere gilt es zu untersuchen, inwiefern technologische Neuerungen einen Beitrag zur Vertrauensstärkung leisten können. Zu denken ist hier sowohl an künstliche Intelligenz (KI) als auch an die *Blockchain*- oder (breiter) *Distributed-Ledger-Technologie* (DLT).<sup>76</sup> Deren Nutzen und Funktion kann man freilich nicht pauschal zusammenfassen. Es sei somit verkürzt zu behaupten, DLT bringe Vertrauen in das Finanzsystem zurück.<sup>77</sup> Auch kann nicht das gesamte System oder das Vertrauen in dieses, sondern können nur Teile davon durch Technologie ersetzt werden.<sup>78</sup> Ein Erkenntnisgewinn lässt sich nur realisieren, wenn man auf die einzelne Entwicklung blickt, welche durch eine bestimmte Technologie angestossen wird. Im vorliegenden Kontext kann immerhin festgehalten werden, dass technologischen Fortschritten sowohl hinsichtlich der Vertrauensschaffung als auch mit Blick auf die Effektivität der Regulierung und deren Durchsetzung durch die FINMA ein grosses Potenzial innewohnt.

Bekanntlich ermöglicht die DLT Interaktionen zwischen Marktteilnehmenden, die sich nicht notwendigerweise vertrauen müssen (weil Transaktionen stets durch das gesamte Netzwerk validiert werden).<sup>79</sup> Diese Funktion wird traditionell durch vertrauenswürdige Intermediäre wie etwa Banken, Handelsplattformen oder zentrale Gegenparteien (*Central Counterparties*, CCP) sichergestellt.<sup>80</sup> Der technologische Wandel führt nun zu einer möglichen Substitution des Vertrauensobjekts: Vertrauen in bestimmte Akteure wird ersetzt durch Vertrauen in eine bestimmte Technologie.<sup>81</sup> Während vor allem die erstgenannte Kategorie seit der Finanzkrise mit einem erheblichen Vertrauensdefizit zu kämpfen hat, ist ihr Kerngeschäft – das Zinsdifferenzgeschäft –

---

76 Vgl. zu den Begriffen RUTISHAUSER/KUBLI/WEBER, Kap. II: Grundlagen, in Rolf H. Weber / Hans Kuhn (Hrsg.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Basel 2021, Rn. 1 ff.

77 In diese Richtung aber scheinbar RUTISHAUSER/KUBLI/WEBER (Anm. 76), Kap. II. Rn. 12, welche indes von Vertrauen in «ein Finanzsystem» sprechen und insofern wohl ebenfalls einen spezifischen Bereich meinen. Eingehend zu dieser Thematik jüngst BALÁZS BODÓ / PRIMAVERA DE FILIPPI, *Trust in Context: The Impact of Regulation on Blockchain and DeFi*, EUI Department of Law Research Paper, forthcoming.

78 Ähnlich mit Blick auf die Möglichkeit einer «vollständigen Disintermediation des Vertrauens» BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 790.

79 RUTISHAUSER/KUBLI/WEBER (Anm. 76), Kap. II. Rn. 12, 15.

80 BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 790.

81 BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 790; RUTISHAUSER/KUBLI/WEBER (Anm. 76), Kap. II. Rn. 15.

vergleichsweise schwer substituierbar.<sup>82</sup> Handelsplätze und CCPs haben hingegen vor, während und nach der Krise weitgehend reibungslos<sup>83</sup> funktioniert. Ihre zentrale Intermediationsfunktion könnte indessen durch die DLT zumindest teilweise ersetzt werden: Im Falle der Blockchain etwa wird in den Code vertraut, auf dessen Basis Transaktionen ausgeführt werden.<sup>84</sup> Wie erwähnt, muss dabei die Vertrauensgrundlage transparent gemacht werden, was bei der Blockchain dadurch sichergestellt wird, dass der Code *Open Source*, d.h. für alle Teilnehmenden einseh- und – die erforderlichen Fachkenntnisse vorausgesetzt – auch nachvollziehbar ist.<sup>85</sup> So eingesetzt, könnte diese Technologie somit gar die bestehenden Vertrauensnehmer vollumfänglich ersetzen.

Ein weiterer Themenkreis, in welchem Technologie einen Beitrag zur Vertrauensschaffung und -förderung leisten könnte, ohne zugleich einzelne Akteure zu substituieren, ist jener der Informationsbeschaffung.<sup>86</sup> So könnte die Einhaltung von Publizitäts- sowie Vor- und Nachhandelstransparenzpflichten weitgehend automatisiert und mittels DLT auch verifizierbar gemacht werden. Hierdurch liessen sich Informationsbeschaffungskosten reduzieren und die Preisbildung sicherstellen.<sup>87</sup>

Während dies sicherlich eine Stärkung des systemimmanenten Vertrauens ermöglichen würde, sind zur Schaffung von Vertrauen seitens der breiteren Gesellschaft m.E. vor allem die Verhinderung neuer Krisen und die effektive Durchsetzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durch die FINMA notwendig. Im Bereich der Finanzmarktaufsicht und des *Enforcement* kann KI somit einen wichtigen Beitrag leisten. So werden sog. *Natural Language Processing*- oder NLP-Algorithmen etwa in den USA verstärkt zur Aufdeckung

---

82 Wobei anzumerken ist, dass es im Bereich der *Decentralized Finance* (DeFi) verschiedene Projekte im Bereich des *Lending and Borrowing* gibt, vgl. statt vieler SCHÄR FABIAN, *Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets*, Federal Reserve Bank of St. Louis Review, Second Quarter 2021, 103(2), 153-174, S. 164 ff.; World Economic Forum, *Decentralized Finance (DeFi) Policy-Maker Toolkit*, White Paper, June 2021, S. 10.

---

83 Handelsplätze mussten sich immerhin mit der Problematik von *Flash Crashes* und weiteren technologiebedingten Problemen auseinandersetzen, was indes mittels sog. *Circuit Breakers* mittlerweile gut gelingt, vgl. stellvertretend CLAUDE HUMBEL, *Beyond human response time*, in: Anna Coninx / Julian Mausbach / Gian Ege (Hrsg.), *Prävention und freiheitliche Rechtsordnung*, Zürich / St. Gallen 2017, 349-380, S. 362 ff., 371.

---

84 RUTISHAUSER/KUBLI/WEBER (Anm. 76), Kap. II. Rn. 15. Vgl. dazu auch das FINANCIAL STABILITY BOARD, *Decentralized financial technologies*, Report, 6. Juni 2019, S. 3, 5, 17, 26; SCHÄR (Anm. 82), S. 160 ff.; World Economic Forum (Anm. 82), S. 10.

---

85 *Ibid.*

---

86 Ebenso bereits BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 790.

---

87 Vgl. zur Funktionsweise der Preisbildung auf den Finanzmärkten statt vieler CLAUDE HUMBEL, *Die Regelung der Vor- und Nachhandelstransparenz in der Europäischen Union und der Schweiz*, ZStP 299, Zürich 2019, S. 23 ff.

und Verfolgung von Insiderhandel eingesetzt.<sup>88</sup> Ein vergleichbarer Einsatz wäre beispielsweise im Bereich der Bekämpfung von Marktmanipulation denkbar.

Darüber hinaus ist im Bereich von Blockchain-basierten Applikationen – z.B. DeFi-Applikationen wie dezentralisierte Handelsplätze (*Decentralized Exchanges, DEX*) – zu erwägen, die Aufsicht oder die Regulierung direkt in den Code des jeweiligen *Smart Contract* schreiben zu lassen. Durch eine solche *Embedded Supervision* oder *Embedded Regulation* liessen sich Krisen und damit auch vertrauenserschütternde Momente verhindern oder zumindest eindämmen.<sup>89</sup>

### c) Performative (Re-)Konstruktion von Märkten

Schliesslich kommt selbst ein Kurzbeitrag zur Vertrauenskrise im Finanzmarktrecht nicht umhin, die gegenwärtige Reputation von Banken und anderen Finanzmarktteilnehmern, wie etwa Hedgefonds, zumindest anzusprechen.

Diese Reputation wurde durch das Verhalten einzelner Systemexponenten erheblich geschwächt. Es gilt somit, sie wiederherzustellen. Hierbei liefert wiederum die Soziologie interessante Lösungsansätze, wie etwa eine «performative Konstruktion von Märkten», die aus der Perspektive der Vertrauensnehmer (*i.c.* der Finanzinstitute und -intermediäre) untersucht, wie man Vertrauen schaffen kann.<sup>90</sup> Die eingehende Behandlung dieser Ansätze würde den vorliegenden Rahmen indes sprengen.

## VI. Ausblick

Der vorliegende Beitrag hat holzschnittartig aufzuzeigen versucht, wie sich Krisen auf die Regulierung der Finanzmärkte und insb. auf das Vertrauen der Marktteilnehmer und der Gesellschaft auswirken. Zentral ist dabei zum einen

---

88 Vgl. etwa SHEIKH ISLAM / SHEIKH GHAFUOR / WILLIAM EBERLE, Mining Illegal Insider Trading of Stocks, 2018 IEEE International Conference on Big Data 2018, 1397-1406; zum Einsatz in der Geldwäschereibekämpfung s. ARMEN KHERLOPIAN / JEFF INGBER, AML and Market Fraud Detection: Technology to the Rescue, ACAMS Today, 25. August 2017, Version vom 24. August 2021.

89 Zum Konzept der *Embedded Supervision* vgl. AUER RAPHAEL, Embedded supervision: how to build regulation into blockchain finance, BIS Working Paper No. 811, September 2019, *passim*; zur darauf aufbauenden *Embedded Regulation* ZETZSCHE DIRK / ARNER DOUGLAS / BUCKLEY ROSS, Decentralized Finance, Journal of Financial Regulation 6/2020, 172-203, S. 201 f.

90 BECKERT (Anm. 50), S. 38 ff.

die Erkenntnis, dass Systemvertrauen nie in Reinform auftritt, sondern mittels bekannter oder unbekannter Systemexponenten stets auch personale Elemente einfließen. Zum anderen ist entscheidend, dass einem System als Ausgangsposition vertraut wird, dieses Vertrauen aber «enttäuscht» werden kann. Finanzkrisen bewirken genau dies: Sie erschüttern das Vertrauen in das Finanzsystem, seine Akteure und seine Regulierung.

Bei der Regelbildung zur Verhinderung neuer Krisen – und spiegelbildlich dazu zum Schutze des Vertrauens – sollten neben ökonomischen Erkenntnissen auch die genannten Wissenschaften herangezogen werden. Mit Blick auf eine solche Risikominimierung rückt insb. das soziologische Konzept von systemstabilisiertem Vertrauensschutz des Vorleistenden in den Mittelpunkt.

Bei der konkreten Umsetzung dieser theoretisch unterlegten Ansätze spielt Technologie eine Schlüsselrolle. Dies kann z.B. durch die Substitution von vertrauensschaffenden Akteuren durch Technologie erfolgen oder durch eine optimierte Transparenz. Dies allein vermag indes keine neue (Vertrauens-)Krise zu verhindern. M.E. unmittelbarer ist indessen der Beitrag, welchen KI zur effektiven Durchsetzung finanzmarktrechtlicher Normen zeitigen kann – was ebenfalls vertrauensfördernd sein kann.

Zum Schluss sei noch angemerkt: Technologische Lösungsansätze sind vielversprechend, bergen aber das Potenzial, ihrerseits Auslöser oder Katalysator neuer Vertrauenskrisen zu sein, indem in sie gesetztes Vertrauen enttäuscht wird.<sup>91</sup> Auch hier gilt mithin: *Cave quid optes*.

---

91 Ähnlich BÄRTSCHI/HIRSCHI (Anm. 2), S. 791, die von einer «Technologie-Krise» sprechen; ebenso FINANCIAL STABILITY BOARD (Anm. 84), S. 1; vgl. im DeFi-Bereich statt vieler ARAMONTE SIRIO / HUANG WENQIAN / SCHRIMPF ANDREAS, DeFi risks and the decentralisation illusion, BIS Quarterly Review, December 2021, S. 29 ff.

Alexander Salamon

# Versicherungsunternehmen in der Krise – Notwendigkeit eines Sanierungsrechts?

<b>I. Einleitung</b>	68
<b>II. «Versicherungsunternehmen» im Sinne des VAG</b>	69
1. Begriffsumschreibung	69
2. Geltungsbereich des VAG	69
<b>III. Notwendigkeit eines Sanierungsrechts für Versicherungsunternehmen?</b>	71
1. Ausgangslage	71
2. Voraussetzungen der Konkurseröffnung	72
3. Ausschluss der handelsrechtlichen Sanierung	73
4. Sanierung durch sichernde Massnahmen?	75
5. Zwischenfazit	77
<b>IV. Prinzipien eines Sanierungsrechts für Versicherungsunternehmen</b>	77
1. Zweck des VAG und Ziele des FINMAG	78
a) Zweck der Versicherungsaufsicht gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG	78
b) Ziele der Finanzmarktaufsicht gemäss Art. 4 FINMAG	78
2. Versicherungsspezifische Besonderheiten	79
a) Schutz der Versicherten	79
b) Versicherungstechnische Rückstellungen und gebundenes Vermögen	80
3. Zwischenfazit	81
<b>V. Aktueller Stand des Gesetzgebungsprozesses</b>	81

## I. Einleitung

Im «Covid-19-Jahr» 2020 generierten die 195 von der FINMA beaufsichtigten Versicherungsunternehmen ein Bruttoprämienvolumen in Höhe von ungefähr CHF 119 Mia., woraus Jahresgewinne von ca. CHF 7.5 Mia. resultierten.<sup>1</sup> Doch damit nicht genug: Der Versicherungsmarkt beschäftigte Ende Dezember 2020 in der Schweiz rund 47'000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer<sup>2</sup> und trug im Jahr 2019 4,6% zum Schweizer BIP bei.<sup>3</sup>

Diese Zahlen belegen die gesellschaftliche und volkswirtschaftliche Bedeutung des Versicherungsmarktes. Gerade in unsicheren Zeiten (man denke an eine Pandemie oder die Klimakrise) befriedigen Versicherungsverhältnisse das Sicherungsbedürfnis der Menschen im Bereich der Vermögenssicherung. Was geschieht aber, wenn ein Versicherungsunternehmen selber in eine finanzielle Krise gerät?<sup>4</sup> Wie kann das Versicherungsaufsichtsrecht einer finanziellen Krise begegnen bzw. kann es das überhaupt? Konkreter: Stellt das geltende Versicherungsaufsichtsrecht (genügende) Instrumente zur Verfügung, um ein finanziell notleidendes Versicherungsunternehmen zu sanieren?

Diesen und weiteren Fragen versucht sich der Beitrag im Rahmen der Thematik des Bandes folgendermassen anzunähern: Nachdem der Begriff des Versicherungsunternehmens im Sinne des VAG<sup>5</sup> definiert wird (II.), ist der Frage der Notwendigkeit eines Sanierungsrechts für Versicherungsunternehmen nachzugehen (III.). Sodann wird ein Blick auf die Prinzipien eines Versicherungssanierungsrechts geworfen (IV.), bevor der Beitrag mit einem Hinweis auf den aktuellen Stand des Gesetzgebungsprozesses abschliesst (V.).

---

1 Siehe FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2020, S. 4-5. Demgegenüber beliefen sich die Jahresgewinne im Jahr davor noch auf über CHF 15 Mia. (siehe FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2019, S. 5). Aktuell werden 192 Versicherungsunternehmen von der FINMA beaufsichtigt (siehe FINMA, Liste der von der FINMA bewilligten Versicherungsunternehmen [Stand: 17. April 2022]).

---

2 Siehe hierzu Schweizerischer Versicherungsverband, Personalstatistik der Schweizer Privatassekuranz 2020, S. 6.

---

3 Siehe zum Letzteren BAK Economics AG, Volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors, Ergebnisse 2020, S. 4.

---

4 Siehe allgemein zu den Ursachen einer Sanierungsbedürftigkeit OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich u.a. 2016, N 33-37, 68-80.

---

5 Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG; SR 961.01).



## II. «Versicherungsunternehmen» im Sinne des VAG

Zunächst ist zu erläutern, was rechtlich unter «Versicherung» verstanden wird (1.). Sodann sind die vom Geltungsbereich des VAG erfassten Versicherungsunternehmen zu bestimmen (2.).

### 1. Begriffsumschreibung

Der Gesetzgeber hat «Versicherung» und «Versicherungstätigkeit», woraus sich auch der Begriff des Versicherungsunternehmens ableitet, nicht definiert; vielmehr überlässt er die Umschreibung bewusst der Praxis.<sup>6</sup> Das Bundesgericht bestimmt diese Begriffe im Bereich der Versicherungsaufsicht nach ständiger Rechtsprechung anhand von fünf begriffsnotwendigen Merkmalen:<sup>7</sup> (1) das Risiko bzw. die Gefahr, (2) die Prämie als Leistung der Versicherungsnehmer, (3) die Leistung des Versicherungsunternehmens, (4) die Selbstständigkeit der Operation sowie (5) der planmässige Geschäftsbetrieb.<sup>8</sup>

### 2. Geltungsbereich des VAG

In persönlicher und sachlicher Hinsicht werden unter anderem Versicherungsunternehmen erfasst.<sup>9</sup> Es sind dies Unternehmen, die als Erstversicherer die Direktversicherung oder als Rückversicherer die Rückversicherung betreiben, also im Privatversicherungsgeschäft tätig sind.<sup>10</sup> Dazu gehören

---

6 Siehe zum Gesagten insbesondere Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, BBL 2003/3789, 3808; sodann auch ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, Versicherungsaufsichtsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, §4 N2.

---

7 M.E. grundlegend BGE 58 I 256 E. 2; hingegen BGE 114 Ib 244 E. 4.a als Leitentscheid betitelnd bspw. MONICA MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, in: Christian Bovet (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XV, Basel 2016, 697-784, N 4; siehe auch BGE 107 Ib 54 E. 1.b; BGE 76 I 362 E. 3; BGer, 2C\_410/2010, 21. Januar 2011, E. 3; BGer, 4P.52/2000, 29. Juni 2000, E. 3.a.bb.

---

8 Siehe für Ausführungen zu diesen Merkmalen etwa BSK VAG-HEISS/MÖNNICH, in: Peter Ch. Hsu/Eric Stupp (Hrsg.), Versicherungsaufsichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2013 (zit. BSK VAG-VERFASSERIN), Art. 2 N 15-40; WEBER/BAISCH (Anm. 6), §4 N 4-17.

---

9 Siehe Art. 1 Abs. 1 VAG. Die Aufsicht über die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler und die Besonderheiten bei der Aufsicht über Versicherungsgruppen und -konglomerate werden in diesem Beitrag nicht behandelt.

---

10 Siehe Art. 2 Abs. 1 lit. a VAG; siehe zu den Begriffen Direkt- und Rückversicherung BSK VAG-HEISS/MÖNNICH (Anm. 8), Art. 2 N 42-43. Beachte, dass Art. 35 Abs. 1 VAG für die «reinen» Rückversicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz Erleichterungen

die *privaten* Versicherungsunternehmen,<sup>11</sup> welche von den *öffentlichen* abzugrenzen sind. Zu Letzteren zählen sowohl die öffentlich-rechtlich organisierten<sup>12</sup> als auch die privatrechtlich organisierten für die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben<sup>13, 14</sup> Soweit diese Versicherungsunternehmen einer besonderen Aufsicht unterstehen, sind sie von jener nach dem VAG aufgenommen.<sup>15</sup> Des Weiteren werden unter bestimmten Voraussetzungen Versicherungsunternehmen in Form der Genossenschaft nicht von der Aufsicht gemäss VAG erfasst.<sup>16</sup> Auch Versicherungsunternehmen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung oder nur einen kleinen Kreis von Versicherten betreffend können durch die FINMA von der Aufsicht befreit werden.<sup>17</sup>

In räumlicher Hinsicht unterstehen Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz der Aufsicht nach VAG.<sup>18</sup> Aber auch Versicherungsunter-

---

vorsieht. Hinweis: Künftig soll aus dem Gesetzestext deutlicher hervorgehen, dass Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz unabhängig von der Art des betriebenen Versicherungsgeschäfts der Aufsicht gemäss VAG unterstehen (siehe Art. 2 Abs. 1 lit. a revVAG; siehe auch Botschaft zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes [VAG], BBl. 2020 8967, 8982).

---

11 Im VAG wird auf eine ausdrückliche Beschränkung auf *private* Versicherungsunternehmen mit der Begründung verzichtet, diese Beschränkung ergebe sich bereits aus der Abstützung des VAG auf Art. 98 Abs. 3 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) (siehe Botschaft VAG 2003 [Anm. 6], 3807). Nichtsdestotrotz wurde die AVO (Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen [AVO; SR 961.011]) präziser benannt.

---

12 Bspw. können Krankenkassen nach Art. 2 Abs. 1 KVAG (Bundesgesetz vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [KVAG; SR 832.12]) juristische Personen des öffentlichen Rechts sein.

---

13 Krankenkassen können auch juristische Personen privaten Rechts sein (siehe Art. 2 Abs. 1 KVAG), und es können auch private Versicherungsunternehmen bei entsprechender Bewilligung die soziale Krankenversicherung betreiben (siehe Art. 3 KVAG).

---

14 Siehe ALEXANDER LACHER, Umstrukturierungen aus versicherungsaufsichtsrechtlicher Sicht, Zürich u.a. 2010, N 131.

---

15 Siehe Art. 2 Abs. 2 lit. b VAG. Am Beispiel der Krankenkassen: Diese werden – soweit sie die soziale Krankenversicherung durchführen – durch das BAG beaufsichtigt (Art. 56 KVAG). Bieten Krankenkassen zusätzlich Zusatzversicherungen an, so unterstehen sie für diese Tätigkeit der Aufsicht nach dem VAG (Art. 34 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 KVAG).

---

16 «[U]nter bestimmten Voraussetzungen» meint bei Erfüllung der Voraussetzungen in Art. 2 Abs. 2 lit. d VAG.

---

17 Art. 2 Abs. 3 VAG. Es wird hierbei anhand der konkreten Umstände im Einzelfall entschieden (siehe Botschaft VAG 2003 [Anm. 6], 3809–3810, m.w.H.; siehe auch BSK VAG-HEISS/MÖNNICH [Anm. 8], Art. 2 N 143–150; WEBER/BAISCH [Anm. 6], § 4 N 50–52). Hinweis: Art. 2 Abs. 3 VAG wird infolge der neuen bundesrätlichen Kompetenz in Art. 2 Abs. 5 revVAG aufgehoben (Botschaft E-VAG 2020 [Anm. 10], 8985).

---

18 Siehe Art. 2 Abs. 1 lit. a VAG, wobei nicht massgebend ist, wo das Versicherungsgeschäft betrieben wird (ANDREAS BURKI/PETER PFUND/JÜRGE WALDMEIER, Rechtliches, in: Jürg Waldmeier [Hrsg.], Versicherungsaufsicht, Zürich u.a. 2007, 1–109, S. 49).

nehmen mit Sitz im Ausland fallen für ihre Versicherungstätigkeit *in der Schweiz*<sup>19</sup> bzw. *von der Schweiz aus* im Ausland<sup>20</sup> in den Geltungsbereich.<sup>21</sup> Davon nicht betroffen sind diejenigen Versicherungsunternehmen, die in der Schweiz «nur» die Rückversicherung betreiben.<sup>22</sup>

### III. Notwendigkeit eines Sanierungsrechts für Versicherungsunternehmen?

#### 1. Ausgangslage

In die Versicherungsaufsichtsgesetzgebung ist Bewegung gekommen: Das Vernehmlassungsverfahren zum VE-VAG 2018 dauerte bis am 28. Februar 2019,<sup>23</sup> die Botschaft und der Entwurf wurden am 21. Oktober 2020 verabschiedet.<sup>24</sup> Ein Schwerpunkt der Teilrevision ist das Sanierungsrecht für Versicherungsunternehmen.<sup>25</sup> Im Gegensatz zur Bankensanierung, die seit einigen Jahren im BankG<sup>26</sup> und in der BIV-FINMA<sup>27</sup> ausführlich geregelt ist,<sup>28</sup> verwendet das geltende VAG den Begriff «Sanierung» in Art. 53 Abs. 1 nur ein einziges Mal. Verbunden mit dem Ausschluss der Bestimmungen über das Nachlassverfahren in Abs. 2 desselben Artikels und dem Umstand, dass die Anordnung von sichernden Massnahmen nach Art. 51 VAG keine erfolgversprechende Sanierungsmöglichkeit bietet, leiten der Bundesrat<sup>29</sup> und die Lehre<sup>30</sup> einen faktischen Zwang der FINMA zur Konkursöffnung ab.

---

19 Siehe hierzu Art. 2 Abs. 4 VAG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und 2 AVO.

20 Siehe zur Intention dieser Regelung Botschaft VAG 2003 (Anm. 6), 3808; siehe auch WEBER/BAISCH (Anm. 6), § 4 N 34.

21 Vorbehältlich abweichender staatsvertraglicher Bestimmungen (Art. 2 Abs. 1 lit. b VAG).

22 Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG.

23 Ergebnisbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) zur Vernehmlassung zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 21. Oktober 2021, S. 4.

24 Siehe Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8967, und E-VAG 2020.

25 Siehe Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8968.

26 Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0).

27 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. August 2012 über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern (BIV-FINMA; SR 952.05).

28 Siehe Art. 28-32 BankG und Art. 40-52 BIV-FINMA.

29 Siehe Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8973-8974, und Erläuternder Bericht zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) vom 14. November 2018, S. 5-6.

30 Siehe STEPHAN FUHRER, Wichtige Entwicklungen im Privatversicherungsrecht, in: Walter Fellmann / Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2019, Zürich u.a. 2019, 217-249, S. 221; DERS., Zur geplanten VAG-Revision, HAVE 2019, 31-40, S. 32; MICHEL KÄHR, Ein Sanierungsrecht für Versicherungen, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung

## 2. Voraussetzungen der Konkureröffnung

Art. 53 Abs. 1 VAG bestimmt die Voraussetzungen, bei deren Erfüllung die FINMA dem Versicherungsunternehmen die Bewilligung entzieht, den Konkurs eröffnet und den Konkurs öffentlich bekannt macht.

Gefordert ist erstens eine *Insolvenzgefahr*,<sup>31</sup> verstanden als Überbegriff für die begründete Besorgnis einer Überschuldung und ernsthafter Liquiditätsprobleme.<sup>32</sup> Erstgenannte ist aus dem Gesellschaftsrecht bekannt:<sup>33</sup> Vereinfacht gesagt liegt die begründete Besorgnis einer Überschuldung nahe, wenn vernünftige, nachvollziehbare Umstände vorliegen, die darauf schliessen lassen, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven (weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten) gedeckt sind oder in naher Zukunft nicht mehr gedeckt sein werden.<sup>34</sup> Im Bereich der Finanzmarktaufsicht ist ein formeller Nachweis der Überschuldung nicht erforderlich.<sup>35</sup> Bei der begründeten Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme wird eine weitgehende Übereinstimmung mit der «drohenden Zahlungsunfähigkeit» angenommen.<sup>36</sup> Zahlungsunfähig ist, «wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen».<sup>37</sup> Diese droht, wenn davon auszugehen ist, dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten dauerhaft nicht wird im Zeitpunkt der Fälligkeit begleichen können.<sup>38</sup>

Zweitens wird die *Aussichtslosigkeit einer Sanierung bzw. deren Scheitern* vorausgesetzt. Das Gesetz enthält jedoch keine Legaldefinition für «Sanie-

---

und Insolvenz von Unternehmen IX, Zürich u.a. 2019, 75-97, S. 77-78; sodann auch BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 31-32.

---

31 Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), BBl. 2010 3993, 4030, wobei hier analog den bankengesetzlichen Bestimmungen legifert wurde, weshalb in der Folge teilweise auch die Lehre zum BankG zitiert wird.

---

32 Siehe hierzu BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 13.

---

33 Vgl. Art. 725 Abs. 2 OR (Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] [OR; SR 220]).

---

34 Siehe BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 15-16; siehe in Bezug auf die Regelung im BankG BGer, 2C\_136/2019, 14. Januar 2020, E. 3.3; URS ZULAUF *et al.*, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 346 i.V.m. 344.

---

35 BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL, Art. 53 N 15; mit Bezug auf die Regelung im BankG zuletzt BGer, 2C\_136/2019, 14. Januar 2020, E. 3.3.

---

36 Siehe BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 19-21, mit Hinweis auf die bankengesetzliche Erfassung der Begrifflichkeit.

---

37 BGE 111 II 206 E. 1.

---

38 Siehe zum Gesagten in Bezug auf die Regelung im BankG Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl. 2002 8060, 8079; zuletzt BGer, 2C\_136/2019, 14. Januar 2020, E. 3.3.

rung».<sup>39</sup> Unter dem handelsrechtlichen Sanierungsbegriff versteht das Bundesgericht sämtliche Massnahmen, die auf die finanzielle Gesundung der Gesellschaft, das heisst auf den Fortbestand der Gesellschaft und die Verhinderung der Liquidation abzielen.<sup>40</sup>

### 3. Ausschluss der handelsrechtlichen Sanierung

Im Gesellschaftsrecht haben insbesondere zwei Regelungskomplexe die Sanierung zum Gegenstand: Art. 725 und 725a OR sowie das Nachlassverfahren in Art. 293-336 SchKG<sup>41</sup>. Versicherungsunternehmen, die als Aktiengesellschaften oder Genossenschaften organisiert sein müssen,<sup>42</sup> sind Unternehmen, auf welche im Grundsatz auch das OR und das SchKG und damit auch die zuvor genannten Regelungskomplexe anwendbar sind.<sup>43</sup> Aber: Art. 53 Abs. 2 VAG schliesst unter anderem die Anwendbarkeit von Art. 725 und 725a OR sowie Art. 293-336 SchKG aus.

Art. 53 Abs. 2 VAG geht auf die diesem entsprechende Bestimmung im BankG, Art. 25 Abs. 3 BankG, zurück. Hintergrund von Art. 25 Abs. 3 BankG war die Einführung eines auf Banken zugeschnittenen Sanierungsverfahrens, woraufhin für die Anwendbarkeit der allgemeineren Bestimmungen im OR und SchKG keine Notwendigkeit mehr bestand.<sup>44</sup> In Anlehnung an das BankG sollte auch im Versicherungsaufsichtsrecht die Zuständigkeit zur Durchführung eines Konkursverfahrens bei der FINMA liegen und die bis anhin gespaltene Zuständigkeit von Konkursgericht und FINMA überwunden werden.<sup>45</sup> Die gleiche Regelung fand deshalb Einzug in das VAG.<sup>46</sup> Auch hier wurde die Anwendbarkeit der OR- und SchKG-Bestimmungen als entbehrlich erachtet.<sup>47</sup>

In der Lehre ist indes umstritten, was vom Ausschluss von Art. 725 und Art. 725a OR konkret erfasst ist: Während sich ein Teil der Lehre dafür ausspricht, die Pflicht des Verwaltungsrates zur Benachrichtigung des Gerichts

---

39 Siehe BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N23; KÄLIN (Anm. 4), N46.

40 BGE 138 III 204 E. 3.3.1; siehe auch BGE 137 III 268 E. 2.3. Dazu zählen finanzielle, betriebliche und bilanzbereinigende Massnahmen (siehe KÄLIN [Anm. 4], N 56-57).

41 Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

42 Art. 7 VAG.

43 Zur Anwendbarkeit des OR BSK VAG-MEYER/BESSON (Anm. 8), Art. 7 N7; zur Anwendbarkeit des Nachlassverfahrens KÄHR (Anm. 30), S. 77.

44 Siehe Botschaft E-BankG 2002 (Anm. 38), 8080.

45 Siehe dazu ausführlich BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N2-4.

46 Siehe zum Inkrafttreten per 1. September 2011 AS 2011 3919, 3925 und 3928.

47 Zum Gesagten Botschaft E-BankG 2010 (Anm. 31), 4010 und 4030.

werde von diesem Ausschluss nicht berührt,<sup>48</sup> vertritt ein anderer Teil der Lehre aufgrund des pauschalen Charakters des Ausschlusses und der gesetzlichen Melde- und Informationspflichten nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG<sup>49</sup> das Entfallen auch der Anzeigepflichten des Verwaltungsrates.<sup>50</sup>

Auffallend ist, dass Art. 53 VAG die Anwendbarkeit von Art. 903 OR nicht ausschliesst.<sup>51</sup> Da Versicherungsunternehmen auch in der Form der Genossenschaft organisiert sein können<sup>52</sup> und solche Versicherungsunternehmen grundsätzlich auch die genossenschaftsrechtlichen Bestimmungen zu beachten haben,<sup>53</sup> stellt sich die Frage nach dem Warum: Wird Art. 903 OR bewusst nicht erwähnt, und ist damit im *Umkehrschluss*<sup>54</sup> davon auszugehen, dass Versicherungsgenossenschaften Art. 903 OR weiterhin zu beachten haben? Oder ergibt sich aus der *ratio legis* von Art. 53 Abs. 2 VAG, dass die Anwendbarkeit von Art. 903 OR mittels *teleologischer Extension*<sup>55</sup> auszuschliessen ist?

Systematisch lässt sich Folgendes beobachten: Art. 53 VAG befindet sich im Abschnitt «Sichernde Massnahmen, Liquidation und Konkurs». Die Marginalie lautet «Konkurseröffnung», und Abs. 1 der Bestimmung umschreibt insbesondere die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung. Indem Art. 53 Abs. 2 VAG die Anwendbarkeit anderer, eben im Grundsatz anwendbarer Bestimmungen ausschliesst, wäre ein entsprechender Ausschluss von Art. 903 OR systematisch ebenfalls dort zu verorten.

Historisch betrachtet lässt sich der Grund für das Fehlen des Ausschlusses nicht eruieren: Das BankG hielt bis zum 30. Juni 2004 ausdrücklich fest,

---

48 Siehe hierzu BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 12; BSK VVG Nachf. Bd.-GROLIMUND/VILLARD, in: Heinrich Honsell *et al.* (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basler Kommentar, Basel 2012 (zit. BSK VVG Nachf. Bd.-VERFASSERIN), Art. 37 ad N 10.

---

49 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1).

---

50 Siehe zum letzteren Punkt BSK BankG-HAAS/BAUER, in: Rolf Watter *et al.* (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG-VERFASSERIN), Art. 25 N 36; B/K/L-BankG-SCHWOB, in: Dieter Zobl *et al.* (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (begründet von Daniel Bodmer / Beat Kleiner / Benno Lutz), Zürich u.a. 2015 (zit. B/K/L-BankG-VERFASSERIN), Art. 25 N 10.

---

51 Im Vergleich zu Art. 725 und 725a OR von einem weitgehend identischen Normzweck sprechend BSK OR II-WÜSTINER, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-VERFASSERIN), Art. 903 N 1a.

---

52 Siehe Art. 7 VAG.

---

53 Siehe vorne, III.3. Die Bestimmungen des VAG gehen als *lex specialis* den privatrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsrechts vor (BSK VAG-MEYER/BESSON [Anm. 8], Art. 7 N 8).

---

54 Siehe hierzu ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S. 237-241.

---

55 Siehe hierzu KRAMER (Anm. 54), S. 236.

dass Art. 903 OR nicht anwendbar sei.<sup>56</sup> Mit der anschliessenden Gesetzesänderung wurde die Bestimmung in Art. 25 Abs. 3 BankG überführt; der Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 903 OR entfiel.<sup>57</sup> Begründet oder besprochen wurde die Änderung des Wortlauts weder in der Botschaft noch in der parlamentarischen Beratung.<sup>58</sup> Auch die Gesetzgebungsentwicklung zur Einführung von Art. 53 VAG enthält sich dieser Thematik.<sup>59</sup> Weder eine systematische noch eine historische Auslegung erklären somit das Fehlen des Ausschlusses der Anwendbarkeit von Art. 903 OR.

Im Interesse verschiedenster Anspruchsgruppen muss Sinn und Zweck eines spezialgesetzlichen Sanierungsrechts sein, ein Verfahren mit tauglichen Sanierungsinstrumenten bereitzustellen. Erster Schritt in diese Richtung ist, die Zuständigkeiten in der Hand einer Behörde zu vereinen, um so Doppelspurigkeiten, Kompetenzdiskussionen und damit Zeitverluste zu verhindern. Der Hauptgedanke der Norm besteht also im Ausschluss der richterlichen Zuständigkeit; ein Sanierungsverfahren soll einheitlich durch die Aufsichtsbehörde geleitet werden. Konsequenz: Art. 903 OR soll bei der Sanierung einer bzw. der Konkurseröffnung über eine Versicherungsgenossenschaft nicht angewendet werden;<sup>60</sup> dies entspricht der *ratio legis* von Art. 53 Abs. 2 VAG, weshalb der Ausschluss der Anwendbarkeit auch auf den Fall von Art. 903 OR zu beziehen ist.<sup>61</sup>

#### 4. Sanierung durch sichernde Massnahmen?

Wie soeben erarbeitet, sind gewisse Bestimmungen zum Sanierungsverfahren nicht auf den Sanierungsfall eines Versicherungsunternehmens anwendbar. Das VAG hält aber auch eigene Mittel zur Überwindung einer Krise bereit: So hat die FINMA gemäss Art. 51 Abs. 1 VAG sichernde Massnahmen anzuordnen,

---

56 Art. 35 Abs. 2 Satz 2 BankG in der Fassung vom 13. April 2004: «Ein Aufschub des Konkurses nach den Artikeln 725 Absatz 4 und 903 Absatz 5 des Obligationenrechtes ist nicht zulässig.»

---

57 Siehe zur Änderung AS 2004 2767, 2769.

---

58 Vgl. Botschaft E-BankG 2002 (Anm. 38), 8080; zur Beratung im Nationalrat am 20. Juni 2003 AmtlBull. 2003 NR 1209-1210 und zur Beratung im Ständerat am 16. September 2013 AmtlBull. 2003 SR 768-769.

---

59 Vgl. Botschaft E-BankG 2010 (Anm. 31), 4030.

---

60 Hierbei würde sich die Folgefrage stellen, ob mit einem Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 903 OR zugleich auch die entsprechenden Anzeigepflichten der Verwaltung der Versicherungsgenossenschaft ausgeschlossen sein sollen (vgl. die Lehrmeinungen zum Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 725 und 725a OR vorne, III.3.).

---

61 Hinweis: Der Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 903 OR wird auch im künftigen VAG fehlen (vgl. Art. 51a Abs. 6 revVAG).

wenn ein Versicherungsunternehmen sich nicht regelkonform verhält oder die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet erscheinen. Es können dies *irgendwelche* Massnahmen sein, sofern sie die Wahrung der Interessen der Versicherten bezwecken;<sup>62</sup> also auch andere als die in Art. 51 Abs. 2 VAG aufgezählten.<sup>63</sup> Bei der Einführung von Art. 53 VAG war der Bundesrat deshalb überzeugt, die «Finanzmarktaufsichtsgesetze [gäben] der FINMA *genügende* und *frühzeitige* Möglichkeiten zur Intervention».<sup>64</sup>

In der Tat können sichernde Massnahmen zeitlich früh angeordnet werden, nämlich sobald die Interessen der Versicherten gefährdet erscheinen.<sup>65</sup> Hinsichtlich des Aspekts der genügenden Möglichkeiten besteht Uneinigkeit.<sup>66</sup> Gewisse Massnahmen wie die zwangsweise Übertragung des Versicherungsbestandes nach Art. 51 Abs. 2 lit. d und Art. 62 Abs. 2 VAG<sup>67</sup> haben Sanierungscharakter. Weder das VAG noch das FINMAG enthalten aber rechtliche Grundlagen zur Anordnung von Massnahmen, die Eingriffe in die Gläubigerrechte erlauben würden.<sup>68</sup> So kann bei der zwangsweisen Bestandesübertragung zur Steigerung der Attraktivität des Bestandes für mögliche Übernehmer nicht in die Bedingungen der Versicherungsverträge eingegriffen werden.<sup>69</sup>

Die Adressaten von sichernden Massnahmen sind in erster Linie die Versicherungsunternehmen;<sup>70</sup> Versicherungsnehmer oder andere Anspruchsberechtigte können mangels gesetzlicher Grundlage<sup>71</sup> und wegen fehlender

---

62 Siehe WEBER/BAISCH (Anm. 6), § 11 N 60.

63 Die Aufzählung in Art. 51 Abs. 2 VAG ist nicht abschliessend (Botschaft VAG 2003 [Anm. 6], 3831; MÄCHLER [Anm. 7], N 33; WEBER/BAISCH [Anm. 6], § 11 N 62).

64 Botschaft E-BankG 2010 (Anm. 31), 4030 (Hervorhebungen hinzugefügt).

65 Siehe Art. 51 Abs. 1 VAG.

66 Sich dazu zumindest nicht kritisch äussernd BSK VVG Nachf. Bd.-GROLIMUND/VILLARD (Anm. 48), Art. 37 ad N 11, 1. Absatz; kritisch gegenüber der Tauglichkeit der sichernden Massnahmen im Sanierungsfall BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 32; KÄHR (Anm. 30), S. 77-78.

67 Siehe ZULAUF *et al.* (Anm. 34), S. 353. Auch in der Praxis wurde die genannte Massnahme (verbunden mit der Konkurseröffnung über das übertragende Versicherungsunternehmen) in den Fällen «Lebensversicherer Zenith Vie SA» (siehe Medienmitteilung FINMA vom 15. Dezember 2014) und «Supra Assurances SA» (siehe Medienmitteilung FINMA vom 14. November 2012) angewendet.

68 KÄHR (Anm. 30), S. 77; MÄCHLER (Anm. 7), N 33.

69 Siehe BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND (Anm. 8), Art. 62 N 65; LACHER (Anm. 14), N 21; differenzierend WEBER/BAISCH (Anm. 6), § 7 N 7.

70 Siehe BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND (Anm. 8), Art. 51 N 9.

71 Siehe hierzu TOM LUDESCHER, Das gebundene Vermögen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), Zürich / St. Gallen 2007, S. 187 und 210, wonach die Generalklausel in Art. 51 Abs. 1 VAG keine ausreichende Grundlage für schwere Eingriffe in die Rechte Dritter sei; siehe auch BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 53 N 32; KÄHR (Anm. 30), S. 78.



Unterstellung unter die Aufsicht nicht zum Adressatenkreis von Massnahmen gehören, die in ihre Rechtsansprüche eingreifen.<sup>72</sup> Genau solche Massnahmen könnten eine Sanierung positiv beeinflussen, bilden doch die Forderungen der Versicherungsnehmer den Grossteil der Ansprüche gegenüber einem Versicherungsunternehmen.<sup>73</sup> Auch der Bundesrat ist nach anfänglich anderer Ansicht zum Entschluss gekommen, dass es ein eigenständiges Versicherungssanierungsrecht braucht. Er hat deshalb den Gesetzgebungsprozess für ein auf Versicherungsunternehmen zugeschnittenes, spezialgesetzliches Sanierungsverfahren in Anlehnung an das bankenrechtliche Pendant angestossen.<sup>74</sup>

### 5. Zwischenfazit

Indem es sanierungsähnliche Instrumente bereitstellt, leistet das Recht in Gestalt des Versicherungsaufsichtsrechts einen Beitrag zur Bewältigung der finanziellen Krisensituation eines Versicherungsunternehmens. Doch fehlt es an einem spezialgesetzlichen Sanierungsverfahren, das Kapitalmassnahmen erlauben würde. Sofern die Sanierung mit den heute zur Verfügung stehenden Mitteln nicht aussichtsreich erscheint oder zwar versucht wurde, aber gescheitert ist, hat die FINMA die Konkureröffnung zu verfügen.<sup>75</sup>

## IV. Prinzipien eines Sanierungsrechts für Versicherungsunternehmen

Die versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen wurden und werden oftmals nach dem Vorbild der bankenrechtlichen konzipiert; so auch beim Sanierungsrecht für Versicherungsunternehmen.<sup>76</sup> Dennoch gilt es gewissen Prinzipien (1.) und Besonderheiten (2.) des Versicherungsaufsichtsrechts Rechnung zu tragen.

---

72 BSK VAG-DEGLI UOMINI / GSCHWIND (Anm. 8), Art. 51 N 12-13; a.M. Botschaft VAG 2003 (Anm. 6), 3831; LACHER (Anm. 14), N 158, und WEBER/BAISCH (Anm. 6), § 11 N 64, wonach sichernde Massnahmen auch gegenüber Dritten ergehen könnten; ihre Wirkung sei aber auf Unterlassung beschränkt, solange der betroffene Dritte nicht dem VAG unterstehe oder seine Zustimmung nicht gegeben habe.

73 Siehe MICHEL KÄHR, Retailversicherte im Fokus, EF 2019, 644-650, S. 644, 646 und 649; DERS. (Anm. 30), S. 82-83; vgl. auch NINA ARQUINT, Bilanzrecht für Lebensversicherungsunternehmen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 66 und 69.

74 Siehe Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), insbesondere 9016.

75 Art. 53 Abs. 1 VAG.

76 Siehe Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8974.

## 1. Zweck des VAG und Ziele des FINMAG

### a) Zweck der Versicherungsaufsicht gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG

Das VAG umschreibt seinen Zweck in Art. 1 Abs. 2. Im Zentrum steht der «Schutz der Versicherten»; der Begriff der Versicherten ist weit zu verstehen: Nicht nur die versicherte Person ist angesprochen, sondern auch der Versicherungsnehmer<sup>77</sup> und Personen, die unter Umständen Anspruch auf eine Versicherungsleistung haben oder bloss an einer Versicherung interessiert sind.<sup>78</sup>

Zum einen dient das VAG dem Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen: Damit soll nicht der Konkurs von Versicherungsunternehmen verhindert werden; vielmehr geht es um die präventive Sicherstellung der Erfüllung der den Versicherten abgegebenen Leistungsversprechen mittels Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen.<sup>79</sup> Zum anderen gilt es, die Versicherten vor Missbräuchen zu schützen.<sup>80</sup> Mit der Einleitung der beiden betonten Zwecksetzungen durch ein «insbesondere» impliziert der Gesetzestext, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist.<sup>81</sup>

### b) Ziele der Finanzmarktaufsicht gemäss Art. 4 FINMAG

Primär verfolgt die Finanzmarktaufsicht in Bezug auf die Versicherungsaufsicht den Schutz «der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte».<sup>82</sup> Angesprochen sind damit der Individualschutz, bei dem es im Interesse der Finanzmarktteilnehmer um die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Finanzdienstleister geht,<sup>83</sup> und der Funktionsschutz, bei dem die Wahrung eines funktionsfähigen Finanzmarktes im Zentrum steht,<sup>84</sup>

---

77 Siehe zum Auseinanderfallen von Versicherungsnehmer und versicherter Person MORITZ W. KUHN, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich u.a. 2010, N 685-686.

---

78 Zum Gesagten Botschaft VAG 2003 (Anm. 6), 3808. Hinweis: Die Zweckbestimmung erfährt eine Ergänzung im Sinne des kundenschutzbasierten Aufsichtskonzepts (siehe Art. 1 Abs. 2 revVAG; Botschaft E-VAG 2020 [Anm. 10], 8982).

---

79 Siehe zum Gesagten BSK VAG-MÄCHLER (Anm. 8), Art. 1 N 45-46 und 50.

---

80 Siehe dazu insbesondere Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG und Art. 46 Abs. 3 VAG i.V.m. Art. 117 AVO; siehe ausführlich LACHER (Anm. 14), N 100-107; BSK VAG-MÄCHLER (Anm. 8), Art. 1 N 51, und zu den Konkretisierungen des Schutzes vor Missbräuchen im VAG und in der AVO N 58-59.

---

81 Siehe Botschaft VAG 2003 (Anm. 6), 3807-3808; sodann auch BSK VAG-MÄCHLER (Anm. 8), Art. 1 N 52; WEBER/BAISCH (Anm. 6), § 3 N 15, § 4 N 54.

---

82 Siehe Art. 4 Satz 1 FINMAG.

---

83 Siehe PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019, § 1 N 145.

---

84 Siehe NOBEL (Anm. 83), § 1 N 146.

wozu auch der Systemschutz zu zählen ist.<sup>85</sup> Satz 2 von Art. 4 FINMAG hält sodann die mit der Verfolgung der primären Schutzziele einhergehenden Folgeerscheinungen fest: die Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.<sup>86</sup>

Mit der Verweisung in Art. 4 Satz 1 FINMAG auch auf das VAG («nach Massgabe der Finanzmarktgesetze») geht keine Ausweitung des Zwecks des VAG einher;<sup>87</sup> Art. 4 FINMAG dient lediglich (aber immerhin) der Systematisierung und Verdeutlichung von Art. 1 Abs. 2 VAG.<sup>88</sup>

## 2. Versicherungsspezifische Besonderheiten

### a) Schutz der Versicherten

Grundlegend besteht die Hauptfunktion der Versicherung in der Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses der Menschen: Eine Versicherung vermag zwar den Eintritt eines Ereignisses bzw. eines Schadens nicht zu verhindern, doch kann sie für wirtschaftliche Entlastung sorgen.<sup>89</sup> Gerät ein Versicherungsunternehmen in eine finanzielle Schieflage, so wankt unter Umständen der vereinbarte Risikoschutz. Die Versicherten sind in dieser Hinsicht zu schützen.<sup>90</sup>

Die Vertragsbeziehungen (insbesondere im Bereich der Lebensversicherung) sind oftmals auf eine längere Dauer ausgelegt.<sup>91</sup> Ein Wechsel der Versicherung zu gleichen Konditionen ist nach einer Zeit nur noch erschwert möglich (so bspw. wegen erhöhten Alters). Diese Versicherten haben ein grosses Interesse an der Fortführung ihrer Versicherungsdeckung.<sup>92</sup>

Zudem ist bei der Einleitung eines Sanierungsverfahrens im Allgemeinen und bei der Anordnung von Kapitalmassnahmen im Besonderen zu beachten,

---

85 Betreffend Systemschutz NOBEL (Anm. 83), § 1 N 137; siehe ausführlich zum Systemschutz im Versicherungsbereich MÄCHLER (Anm. 7), N 176-182.

---

86 Siehe zur Differenzierung zwischen den primären Schutzzielen und den Folgeerscheinungen etwa BSK VAG-MÄCHLER (Anm. 8), Art. 1 N 65 am Ende.

---

87 Siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), BBl. 2006 2829, 2860, wonach das FINMAG den Zweck der Finanzmarktaufsicht nur in Abhängigkeit von den Zwecken der einzelnen Finanzmarktgesetze formulieren könne.

---

88 Siehe BSK VAG-MÄCHLER (Anm. 8), Art. 1 Überschrift vor N 66, N 66 und 68.

---

89 Siehe zum Gesagten WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, S. 5-6; KUHN (Anm. 77), N 17.

---

90 Der Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen ist dementsprechend Zweck der Versicherungsaufsicht (siehe dazu vorne, IV.1.a).

---

91 Siehe KUHN (Anm. 77), N 509; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 227-228.

---

92 Siehe zum Gesagten Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8974 und 8975; KÄHR (Anm. 30), S. 80-81.

dass die Gläubiger nicht schlechtergestellt werden dürfen, als dies bei einer sofortigen Konkureröffnung der Fall wäre.<sup>93</sup> In Bezug auf eine in Frage kommende Sanierung eines Versicherungsunternehmens bedeutet das, dass den Interessen der Versicherten ein grosses Gewicht beigemessen wird. Denn die Versicherten stellen einen Grossteil der Forderungen; die Mehrheit der Gläubiger sind Versicherte.<sup>94</sup> Primär dient das Sanierungsverfahren also dem Schutz der Versicherten: Sie dürfen mit der Einleitung eines Sanierungsverfahrens bzw. mit der Anordnung von Kapitalmassnahmen nicht schlechtergestellt werden als bei sofortiger Eröffnung des Konkurses über das Versicherungsunternehmen.<sup>95</sup>

## b) Versicherungstechnische Rückstellungen und gebundenes Vermögen

Nach Art. 16 Abs. 1 VAG ist ein Versicherungsunternehmen dazu verpflichtet, ausreichende versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden. Diese versicherungstechnischen Rückstellungen, also die Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen, – auf der Passivseite der Bilanz – sind durch das gebundene Vermögen – auf der Aktivseite der Bilanz – gesondert sicherzustellen.<sup>96</sup>

Die Funktion der Sicherstellung der versicherungstechnischen Rückstellungen in einem gebundenen Vermögen besteht in einer zusätzlichen<sup>97</sup> spezifischen Sicherheit der Ansprüche der Versicherten; diesen kommt im Insolvenzfall ein vorrangiges Befriedigungsrecht zu. Es besteht mithin ein Haftungssubstrat, welches die Ansprüche der Versicherten vor den Ansprüchen der übrigen Gläubiger befriedigt. Erst ein Überschuss fiele in die Konkursmasse.<sup>98</sup>

---

93 *No creditor worse off than in liquidation-Prinzip*, Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8974.

94 Siehe zum Gesagten KÄHR (Anm. 73), S. 644, 646 und 649; DERS. (Anm. 30), S. 82-83; vgl. auch ARQUINT (Anm. 73), S. 66 und 69.

---

95 Siehe zum Gesagten und zum Spannungsverhältnis mit dem allgemeinen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung KÄHR (Anm. 30), S. 78-79.

---

96 Siehe Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Satz 1 VAG; siehe betreffend die bilanzielle Darstellung etwa ARQUINT (Anm. 73), S. 56.

---

97 «Zusätzlich», weil auch die Bestimmungen über die Solvabilität eines Versicherungsunternehmens zumindest mittelbar die Sicherstellung der Versichertenansprüche bewirken (siehe dazu überblicksmässig BSK VAG-GEY [Anm. 8], Art. 17 N 5-7; vgl. auch Art. 46 Abs. 1 lit. d VAG).

---

98 Siehe zum Gesagten Art. 54a Abs. 2 VAG; siehe auch Botschaft VAG 2003 (Anm. 6), 3817 und 3832; BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL (Anm. 8), Art. 54a N 10; LUDESCHER (Anm. 71), S. 218; WEBER/BAISCH (Anm. 6), § 6 N 95.

### 3. Zwischenfazit

Neben den bereits vorgesehenen Massnahmen muss der Schutz der Versicherten auch in einem künftigen Versicherungssanierungsrecht an oberster Stelle stehen. Nur im Interesse bzw. zum Schutz der Versicherten kann hier das Recht seinen Beitrag zur Bewältigung der finanziellen Krise eines Versicherungsunternehmens leisten. Dabei gilt es, die bereits vorhandenen Schutzvorrichtungen – konkret angesprochen ist das gebundene Vermögen – zu berücksichtigen und in das Sanierungsverfahren einzubinden.

## V. Aktueller Stand des Gesetzgebungsprozesses

Am 21. Oktober 2020 hat der Bundesrat die Botschaft E-VAG 2020 mit dem Vorschlag zur Einführung eines spezialgesetzlichen Sanierungsverfahrens verabschiedet.<sup>99</sup> In der parlamentarischen Beratung hat der Entwurf insgesamt für einige Diskussionen gesorgt; diese Diskussionen betrafen im Grossen und Ganzen aber nicht den Abschnitt mit den Bestimmungen zur Sanierung von Versicherungsunternehmen. Die Änderung des VAG wurde mit Annahme des Schlussabstimmungstextes durch den Nationalrat und den Ständerat am 18. März 2022 beschlossen.<sup>100</sup> Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum; die Referendumsfrist läuft bis am 7. Juli 2022.<sup>101</sup> Die Notwendigkeit eines solchen Sanierungsverfahrens dürfte damit nun unbestritten sein. Bis zu einem ersten Anwendungsfall bleibt offen, ob den Prinzipien des Versicherungsaufsichtsrechts und den versicherungsspezifischen Besonderheiten genügend Rechnung getragen wurde.

---

99 Stellvertretend für die weiteren Ausführungen in der Botschaft zum Sanierungsverfahren Botschaft E-VAG 2020 (Anm. 10), 8968.

100 Siehe zur Schlussabstimmung vom 18. März 2022 im Nationalrat AmtlBull. 2022 NR 621 und im Ständerat AmtlBull. 2022 SR 249.

101 Siehe revVAG.



Sandro Bernet

# Aufschub der Überschuldungs- anzeige im neuen Aktienrecht

Ein Beitrag zu Art. 725b Abs. 4 revOR

<b>I. Ausgangslage und Spannungsfeld</b>	84
<b>II. Notrecht zur Bewältigung der Covid-19-Krise</b>	85
<b>III. Die Überschuldungsanzeige im Aktienrecht 2020</b>	87
<b>IV. Rangrücktritt (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR)</b>	89
<b>1. Voraussetzungen</b>	89
a) Rangrücktritt im Umfang der Überschuldung	89
b) Stundung von Forderung und Zinsen	89
<b>2. Weitere im Revisionsprozess thematisierte Aspekte</b>	90
a) Kein Erfordernis von Sanierungsaussichten	90
b) Haftungsbeschränkung bei späterer Verantwortlichkeitsklage	90
<b>V. Stille Sanierung (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR)</b>	91
<b>1. Voraussetzungen</b>	91
a) Begründete Aussicht auf fristgerechte Behebung der Überschuldung	91
b) Keine zusätzliche Gefährdung der Forderungen der Gläubiger	93
<b>2. Gesetzliche Toleranzfrist von maximal 90 Tagen</b>	94
a) Entstehungsgeschichte und Würdigung	94
b) Wirkung	96
c) Fristbeginn	96
<b>3. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats</b>	97
a) Zuständigkeit und Entscheidungsermessen	97
b) Pflicht zur stillen Sanierung?	98
<b>VI. Abschliessende Würdigung</b>	98

## I. Ausgangslage und Spannungsfeld

Die Aktiengesellschaft nimmt am Wirtschaftsleben teil, um durch geschickte Geschäftstätigkeit das von den Aktionärinnen eingebrachte Risikokapital zu maximieren. Das damit einhergehende unternehmerische Risiko soll dabei primär den Aktionärinnen obliegen, die im Erfolgsfall von der Wertsteigerung ihrer Aktien und Gewinnausschüttungen profitieren. Delikat wird die Situation dann, wenn das Geschäftsmodell nicht die gewünschten Früchte trägt. Im neuralgischen Moment, in dem die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch ihre Aktiven gedeckt sind, weitet sich das unternehmerische Risiko direkt auf die Gläubiger aus. Nimmt die Gesellschaft trotz Überschuldung weiter am Geschäftsleben teil, sind diese intensiv gefährdet, da die Gesellschaft ohne Haftungsbasis agiert. Um diese Gefahr des *wrongful trading*<sup>1</sup> zu unterbinden, sieht das Gesetz einschneidende Konsequenzen vor.

Ist eine Gesellschaft nachweislich überschuldet, muss der Verwaltungsrat die Bilanz beim Gericht deponieren (Art. 725 Abs. 2 OR). Diese an sich klare Vorgabe erfordert eine differenzierte Umsetzung in der Praxis. Dem Zeitpunkt der Benachrichtigung des Gerichts, die eine Zäsur im Lebenszyklus eines Unternehmens darstellt, kommt entscheidende Bedeutung zu. Erfolgt die Konkurseröffnung und damit auch die Publizität einer Unternehmenskrise zu früh, hat die Liquidation der einzelnen Gesellschaftsteile eine Wertvernichtung zur Folge, die mittels gezielter Sanierung abwendbar gewesen wäre. Wartet der Verwaltungsrat zu lange und scheitert die Sanierung, resultieren weitere Verluste zum Nachteil bestehender und neuer Gläubiger.<sup>2</sup>

In diesem Spannungsfeld sieht das Gesetz zunächst vor, dass die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann, wenn Gläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten (sog. Rangrücktritt). Sodann hat das Bundesgericht die Praxis entwickelt, wonach dem Verwaltungsrat bei realen Sanierungsaussichten eine Toleranzfrist zusteht, während derer er trotz Überschuldung nicht zur unverzüglichen

---

1 Der Tatbestand des *wrongful trading* stammt aus dem englischen Recht; s. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 822; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 23 N 2004.

2 Vgl. PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager?, in: Peter Forstmoser / Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, FS Hans Peter Walter, Bern 2005, 263-291, S. 277-281; YVES MAUCLHE / HANS CASPAR VON DER CRONE, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 2/2014, 227-239, S. 236.



Bilanzdeponierung verpflichtet ist.<sup>3</sup> Die maximale Dauer dieser Frist hat das Bundesgericht nicht eindeutig festgelegt, die Lehre spricht häufig von vier bis sechs Wochen<sup>4</sup>, teils aber auch von längeren Zeiträumen.<sup>5</sup>

Dieses bisherige Recht in der Unternehmenskrise erfuhr jüngst durch zwei verschiedene Rechtsetzungsprojekte Anpassungen. Erstens im Rahmen der Aktienrechtsrevision, die rund 15 Jahre nach Publikation des ersten Vorentwurfs<sup>6</sup> am 19. Juni 2020 verabschiedet werden konnte.<sup>7</sup> Zweitens aufgrund der unerwarteten Covid-19-Krise, die den Bundesrat dazu veranlasste, vorübergehend insolvenzrechtliche Massnahmen auf dem Verordnungsweg zu erlassen.<sup>8</sup> Der vorliegende Beitrag diskutiert den Aufschub der Überschuldungsanzeige auf Basis dieser beiden Regelungen mit Fokus auf den neuen Art. 725b Abs. 4 revOR, der zusammen mit der Aktienrechtsreform auf den 1. Januar 2023 in Kraft treten wird.

## II. Notrecht zur Bewältigung der Covid-19-Krise

Im von einschneidenden Einschränkungen zur Pandemiebekämpfung geprägten Jahr 2020 ergriff der Bundesrat gezielte Massnahmen, um coronabedingte Konkurse und den damit verbundenen Verlust von Arbeitsplätzen zu verhindern. Zu diesem Zweck setzte er auf den 20. April 2020 die auf sechs Monate befristete Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht in Kraft.<sup>9</sup> Sie sah vor,

---

3 BGE 132 III 564 E. 5.1; BGE 127 IV 110 E. 5a; BGE 116 II 533 E. 5a; BGER, 6B\_448/2018, 9. Januar 2019, E. 3.4; BGER, 6B\_985/2016, 27. Februar 2017, E. 4.2.1.

4 BÖCKLI, Aktienrecht (Anm. 1), § 13 N 816; OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich 2016, N 640; STEFAN WIRZ, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Basel 2015, S. 22; s. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589, 1691.

5 FORSTMOSER (Anm. 2), S. 280–281; vgl. HG-ZH, HG100052, 7. März 2013, E. 3.3.29; häufig ist auch von 60 Tagen die Rede; MAUCHLE / VON DER CRONE (Anm. 2), S. 238; LUKAS GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, 20–95, S. 71.

6 Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (zit. «VE-OR 2005»), abrufbar auf der Homepage des BJ.

7 Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020 5573, noch nicht in Kraft getretene Bestimmungen daraus nachfolgend zitiert mit «revOR».

8 Verordnung vom 16. April 2020 über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Coronakrise (Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht; AS 2020 1233).

9 Zunächst unmittelbar gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV, später mit Verweis auf Art. 9 des Covid-19-Gesetzes vom 25. September 2020 (SR 818.102).

dass der Verwaltungsrat in Abweichung von Art. 725 Abs. 2 OR auf die Überschuldungsanzeige verzichten konnte, wenn die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war und Aussicht bestand, dass die Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden konnte.<sup>10</sup>

Vorangegangen war eine am 1. April 2020 eröffnete Expressvernehmung mit rund 100 Stellungnahmen.<sup>11</sup> Die Rückmeldungen hatten namentlich zur Folge, dass die Aussicht auf Sanierung für die Inanspruchnahme des Anzeigeaufschubs, anders als im Entwurf vorgesehen, nicht mehr *begründet* sein musste. Dafür wurde die Pflicht des Verwaltungsrats verankert, den Geschäftsentscheid über den Anzeigeaufschub schriftlich festzuhalten und zu begründen.<sup>12</sup> Die Niederschrift erfolgt üblicherweise im Protokoll der Verwaltungsratssitzung mit Zwischenabschlüssen und Liquiditätsplan als Beilagen für die Prognose der Sanierungsaussichten.<sup>13</sup> Nicht von der temporären Suspendierung der Notifikationspflicht profitieren konnten Gesellschaften, die am 31. Dezember 2019 bereits formell überschuldet und bloss aufgrund ausreichender Rangrücktritte von der Anzeigepflicht befreit waren.<sup>14</sup> Für KMU sah die Verordnung ferner die Möglichkeit einer zunächst auf drei Monate befristeten, vereinfachten Stundung vor (Covid-19-Stundung).<sup>15</sup>

Am 14. Oktober 2020 gab der Bundesrat bekannt, dass er die Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht nicht verlängert.<sup>16</sup> Er behielt sich vor, bei Bedarf erneut insolvenzrechtliche Massnahmen gestützt auf das Covid-19-Gesetz zu

---

10 Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht; dies galt ebenfalls für die Revisionsstelle.

---

11 BJ, Coronavirus: Massnahmen gegen Konkurse, Medienmitteilung vom 16. April 2020; die Materialien zur Covid-19-Verordnung sind abrufbar auf der Homepage des BJ.

---

12 Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht.

---

13 BJ, Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht, Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen, Stand 18. Mai 2020, S. 2, abrufbar auf der Homepage des BJ; vgl. ANJA AFFOLTER MARINO, Insolvenzrecht in der COVID-19-Krise: Notrecht und Ausblick, RR-VR 5/2020, 2-4, S. 3.

---

14 Hierbei blieb der Bundesrat trotz Kritik in der Konsultation strikt; DANIEL HUNKELER / GEORG J. WOHL / ZENO SCHÖNMANN, COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkurse, in: Peter Jung / Frédéric Krauskopf / Conradin Cramer, Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, FS Lukas Handschin, Zürich 2020, 311-334, S. 315.

---

15 Art. 6-19 Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht; diese musste aber zwingend veröffentlicht werden; vgl. LUKAS MÜLLER / GEORG J. WOHL, Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 50/2020, 146-163, S. 160-163; DANIEL STAEHELIN / LUKAS BOPP, Insolvenzzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise, in: Helbling Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, 514-538, S. 524-535.

---

16 BJ, Coronavirus: Massnahmen gegen Konkurse werden nicht verlängert, Medienmitteilung vom 14. Oktober 2020; die Verordnung ist am 20. Oktober 2020 ausser Kraft getreten.

ergreifen. Dafür wurde die mit der Aktienrechtsreform 2020 beschlossene Verlängerung der Gesamtdauer der provisorischen Nachlassstundung von vier auf acht Monate (Art. 293a SchKG) bereits auf den 20. Oktober 2020 in Kraft gesetzt.<sup>17</sup> In Kombination mit weiteren rechtlichen und wirtschaftlichen Interventionen zeigten die insolvenzrechtlichen Notmassnahmen eindrucksvolle Wirkung. Die Konjunkturforschungsstelle der ETH spricht von einem für die Schweiz insgesamt *beispiellos scharfen Rückgang* der Konkurse zwischen Frühling und Sommer 2020.<sup>18</sup> Auch nach Ablauf der Notverordnung am 19. Oktober 2020 kam es nicht zu einer grösseren Konkurswelle, trotz Beeinträchtigung der Realwirtschaft. Ein gewichtiger Einfluss der weiterhin aktiven staatlichen Stützungsmaßnahmen auf die schweizerische Wirtschaft erscheint naheliegend.<sup>19</sup> Nicht zu unterschätzen ist etwa die sich direkt auf die Pflicht zur Überschuldungsanzeige auswirkende Regelung, wonach Covid-19-Kredite bis CHF 500'000 für die Berechnung der Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR für die gesamte Dauer der Solidarbürgschaft nicht als Fremdkapital berücksichtigt werden.<sup>20</sup> Es muss daher offenbleiben: Wurde die Konkurswelle aufgehoben oder bloss aufgeschoben?<sup>21</sup>

### III. Die Überschuldungsanzeige im Aktienrecht 2020

Der einst im Raum gestandenen Absicht, ein umfassendes Sanierungsverfahren im Obligationenrecht vorzusehen, entsprang mit der Aktienrechtsrevision eine punktuelle Erweiterung und Präzisierung der Art. 725 ff. OR.<sup>22</sup> Das

---

17 Verordnung vom 14. Oktober 2020 über die Teilkraftsetzung der Revision (AS 2020 4145).

18 Zwischen März und Juli 2020 lagen die Konkurse (inkl. konkursamtlicher Liquidationen) durchschnittlich 21% niedriger als in derselben Vorjahresperiode; ETH Zürich KOF, Konkurswelle: Aufgeschoben oder aufgehoben?, KOF Bulletin Nr. 150, April 2021.

19 Vgl. insbesondere die Auswertung und Einschätzung bei ALESSANDRO FARSACI / TOBIAS FRITSCHE, Schweizer Nachlassverfahren: Quo Vadis?, ZZZ 54/2021, 533-540, S. 534-536.

20 Art. 24 des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes vom 18. Dezember 2020 (SR 951.26); zuvor sah Art. 24 der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 25. März 2020 (AS 2020 1077) eine Befristung bis zum 31. März 2022 vor; nicht von dieser Privilegierung profitieren Covid-19-Kredite Plus (über CHF 500'000); vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus vom 18. September 2020, BBl 2020 8477, 8525-8526.

21 Stand des vorliegenden Beitrags ist der 1. November 2021.

22 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399, 462.

neue Recht weist den Verwaltungsrat explizit darauf hin, dass dieser die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwachen und bei deren Gefährdung Massnahmen zur Liquiditätssicherung ergreifen muss (Art. 725 Abs. 1 und 2 revOR). Der Tatbestand des Kapitalverlusts bleibt konzeptionell erhalten und wird neu in Art. 725a revOR geregelt. Namentlich verbessert mit der Klarstellung, dass die Einberufung einer Generalversammlung nur dann angezeigt ist, wenn die avisierten Sanierungsmassnahmen überhaupt in deren Zuständigkeit fallen (Art. 725a Abs. 1 revOR). Zentrale Weiche für die Frage, ob und wie lange der Verwaltungsrat aussergerichtliche Sanierungsbemühungen anstrengen darf, bleibt unverändert der Tatbestand der Überschuldung.<sup>23</sup>

Besteht begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten erstellen (Art. 725b Abs. 1 revOR). Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Bei fehlender Annahme der Fortführung genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten. Die Zwischenabschlüsse sind durch die Revisionsstelle bzw. bei deren Fehlen durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen (Art. 725b Abs. 2 revOR).

Im Fall einer Überschuldung nach beiden Zwischenabschlüssen ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur Überschuldungsanzeige verpflichtet (Art. 725b Abs. 3 revOR). Unterlässt er trotz offensichtlicher Überschuldung die Notifikation des Gerichts, muss die Revisionsstelle die Anzeige erstatten (Art. 728c Abs. 3 revOR).<sup>24</sup> Die Gesellschaft kann dem Gericht die Konkursöffnung oder die Bewilligung einer Nachlassstundung beantragen. Im Aktienrecht 2020 hingegen nicht mehr vorgesehen ist der Konkursaufschub (Art. 725a OR), da die provisorische Nachlassstundung, auf deren Bekanntmachung in begründeten Fällen verzichtet werden kann, neu bis auf acht Monate erstreckbar ist.<sup>25</sup> Die Möglichkeit des ausnahmsweisen Aufschubs der Überschuldungsanzeige richtet sich nach Art. 725b Abs. 4 revOR.

---

23 Vgl. LUKAS GLANZMANN, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung, SZW 5/2019, 465-480, S. 476-480; weiterhin besteht keine direkte Anzeigepflicht bei Zahlungsunfähigkeit.

24 Die subsidiäre Anzeigepflicht obliegt auch einem vom Verwaltungsrat gestützt auf Art. 725b Abs. 2 revOR ernannten zugelassenen Revisor (Art. 725b Abs. 5 revOR).

25 Art. 293a Abs. 2 SchKG; Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 465; PATRICK SCHMIDT, Die Sanierung nach künftigem Aktienrecht, in: Matthias P. A. Müller / Lucas Forrer / Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, FS Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 215-233, S. 232; der Konkursaufschub war ohnehin wenig verbreitet; s. GLANZMANN, Sanierung (Anm. 23), S. 475.

## IV. Rangrücktritt (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR)

### 1. Voraussetzungen

#### a) Rangrücktritt im Umfang der Überschuldung

Ein Aufschub der Überschuldungsanzeige gestützt auf Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR erfordert zunächst, dass Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Sofern die Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit (Art. 958a OR) weiterhin berechtigt ist, kann das erforderliche Ausmass der Rangrücktritte auf Basis der Bilanz zu Fortführungswerten berechnet werden, die in der Regel eine tiefere Überschuldung aufweist als diejenige zu Veräusserungswerten.<sup>26</sup> Wie bis anhin ist dem Umstand, wonach der auf einen Bilanzstichtag berechnete Überschuldungsbetrag in tatsächlicher Hinsicht schwankt bzw. weitere Verluste anfallen können, dadurch Rechnung zu tragen, dass die Rangrücktritte das negative Eigenkapital um ein dem Einzelfall gerechtes Polster übersteigen sollen.<sup>27</sup> Um einer paulianischen Anfechtung vorzubeugen, muss überdies eine ausreichende Bonität der zurücktretenden Gläubiger gegeben sein, die von der Revisionsstelle zu beurteilen ist.<sup>28</sup> Die Rangrücktrittserklärung stellt eine grundsätzlich unwiderrufliche Ausübung eines Gestaltungsrechts dar, die aber mit der auflösenden Bedingung verbunden werden kann, dass ein künftiger Abschluss die Beseitigung der Überschuldung nachweist.<sup>29</sup>

#### b) Stundung von Forderung und Zinsen

Neu wird klargestellt, dass mit dem Rangrücktritt eine Stundung verbunden sein muss, die sowohl den geschuldeten Betrag als auch die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst. Hieraus resultiert ein entsprechendes Zahlungs- bzw. Verrechnungsverbot. Durch den (entgegen der bisherigen Praxis<sup>30</sup>) zwingenden Einbezug der Zinsen wurden die Hürden für den Rangrücktritt punktuell erhöht. Dies ist gerechtfertigt, da erst die

---

26 LUKAS GLANZMANN / BENEDIKT L. RUTSCHEIDT, Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats in Sanierungssituationen, EF 6/2021, 310-315, S. 314.

27 JEAN NICOLAS DRUEY / EVA DRUEY JUST / LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021, § 8 N 139; OLIVER KÄLIN, Chancen und Risiken der aktienrechtlichen Sanierung – Ein Überblick, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Zürich 2020, 7-25, S. 14.

28 BGE 129 III 129 E. 7.1; BSK OR II-WÜSTINER, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-VERFASSENIN), Art. 725 N 48; BETTINA KOPTA-STUTZ, Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften, Zürich 2019, S. 53.

29 VON DER CRONE (Anm. 1), § 24 N 2026.

30 BGer, 4C.47/2003, 2. Juli 2003, E. 4.

Befreiung von laufenden Zinszahlungen eine liquiditätsmässige Erleichterung bewirkt, wodurch der Rangrücktritt die finanzielle Situation der Gesellschaft stärken bzw. eine günstige Grundlage für Sanierungsmassnahmen schaffen kann.<sup>31</sup> Weitere Erschwerungen sind aber nicht angezeigt. Daher müssen andere geschäftsbegründete Entschädigungen auch zugunsten der zurücktretenden Gläubiger zulässig bleiben und es ist auch ohne explizite Regelung in der Rangrücktrittsvereinbarung von einem Einbezug der Zinsen auszugehen.<sup>32</sup>

## 2. Weitere im Revisionsprozess thematisierte Aspekte

### a) Kein Erfordernis von Sanierungsaussichten

In der parlamentarischen Debatte wurde konkretisiert, dass für einen gültigen Rangrücktritt nicht erforderlich ist, dass Aussicht auf Sanierung besteht.<sup>33</sup> Dieser zunächst vom Nationalrat vorgesehene Zusatz wurde im Rahmen der Einigungskonferenz verworfen.<sup>34</sup> Rangrücktritte würden namentlich bei der Sanierung von KMU eine grosse Rolle spielen, wodurch im Fall genügender Rangrücktritte kein weiteres qualifizierendes Element für die Nichtbenachrichtigung des Gerichts vorzusetzen sei.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber ist damit der berechtigten Kritik gefolgt, wonach dieses Erfordernis zu Rechtsunsicherheit und einer ungebührlichen Erschwerung von Rangrückritten geführt hätte.<sup>36</sup>

### b) Haftungsbeschränkung bei späterer Verantwortlichkeitsklage

Art. 757 Abs. 4 revOR sieht vor, dass mit einem Rangrücktritt behaftete Forderungen nicht in die Berechnung des Schadens der Gesellschaft im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage einzubeziehen sind. Damit sollte eine anderslautende Bundesgerichtspraxis<sup>37</sup> korrigiert werden.<sup>38</sup> Diese Neuerung ist insofern zweckmässig, als sie die Haftung des Verwaltungsrats für den Fortführungsschaden infolge verspäteter Überschuldungsanzeige betrifft. Hier fehlt es im Umfang der Forderungen, für welche Gläubiger einen Rangrücktritt

---

31 CHRISTOPH B. BÜHLER, Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, ST 8/2010, 444-451, S. 447; Botschaft «OR 2007» (Anm. 4), 1691; BGer, 4C.47/2003, 2. Juli 2003, E. 2.2; vgl. auch FARSACI/FRITSCHKE (Anm. 19), S. 539.

---

32 DRUEY / DRUEY JUST / GLANZMANN (Anm. 27), § 8 N 140.

---

33 Dahingehend unter bisherigem Recht BGer, 6B\_1279/2018, 26. März 2019, E. 2.2.

---

34 Vgl. zur Begründung des ursprünglichen Antrags Votum NR VOGT, AB 2019 N 2398.

---

35 Votum NR VOGT, AB 2020 N 984; ebenso Votum SR RIEDER, AB 2020 S 580.

---

36 Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE / KEIVAN MOHASSEB, Stand der Aktienrechtsrevision, AJP 8/2019, 781-794, S. 790-791; GLANZMANN, Sanierung (Anm. 23), S. 479-480.

---

37 BGer, 4A\_277/2010, 2. September 2010, E. 2.3.

---

38 Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 600-601; vgl. SCHMIDT (Anm. 25), S. 229.

zwecks Ermöglichung weiterer aussergerichtlicher Sanierungsbemühungen erklärt haben, an einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung.<sup>39</sup> Die im Opfer der zurücktretenden Gläubiger begründete Sanierungschance rechtfertigt m.a.W., dass die Gläubigersamtheit in diesem Ausmass auf Verantwortlichkeitsansprüche verzichten muss.<sup>40</sup> Ein Rangrücktritt ist indes nicht mit einem Forderungsverzicht gleichzusetzen. Mit einem Rangrücktritt behaftete Forderungen vermindern gleichsam das Gesellschaftsvermögen.<sup>41</sup> Ausserhalb der Haftung für den Konkursverschleppungsschaden infolge verspäteter Überschuldungsanzeige besteht keine sachliche Begründung und keine implizite Zustimmung der Gläubiger für die Nichtberücksichtigung der Rangrücktrittsforderungen zur Bestimmung der Haftungsbasis. Art. 757 Abs. 4 revOR ist daher teleologisch zu reduzieren, sodass eine Ausklammerung der Rangrücktrittsforderungen nur im Rahmen der Berechnung des Fortführungsschadens, nicht aber bei anderen Pflichtverletzungen erfolgt.<sup>42</sup>

## V. Stille Sanierung (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR)

### 1. Voraussetzungen

#### a) Begründete Aussicht auf fristgerechte Behebung der Überschuldung

Ein Absehen von der Benachrichtigung des Gerichts gestützt auf den Tatbestand der stillen Sanierung i.S.v. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR erfordert zunächst begründete Aussicht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann. Damit wurde die bestehende Praxis im Gesetz verankert, die begründete und konkrete Sanierungsaussichten für die stille Sanierung verlangt.<sup>43</sup> Die Sanierungsaussichten müssen derart sein, dass

---

39 Vgl. SCHMIDT (Anm. 25), S. 229; relevant ist nicht der Schaden, sondern die Pflichtverletzung.

40 A.M. ROLF SETHE / LUKAS FAHRLÄNDER, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Sethe / Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Zürich 2020, 199-245, 229-233, nach welchen generell eine haltlose Privilegierung der Passivlegitimierten resultiert.

41 DIETER GERICKE / ANDREAS MÜLLER / DANIEL HÄUSERMANN / NINA HAGMANN, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR1/2017, 25-46, S. 44.

42 Ähnlich DRUEY / DRUEY JUST / GLANZMANN (Anm. 27), § 8 N 141; LUKAS GLANZMANN, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 4/2017, 387-403, S. 400; vgl. auch PETER FORSTMOSER / MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter 10. Februar 2020, N 61.

43 Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 579, Verweis auf BGE 116 II 533 E. 5, BGE 132 III 564 E. 5.1; BGER, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 4b; BRUNO MAHLER / HANS CASPAR VON

die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft durch kurzfristig realisierbare Sanierungsmassnahmen erwartet und die Ertragskraft wiederhergestellt werden kann.<sup>44</sup> Unzulässig sind Massnahmen, die auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern.<sup>45</sup>

Dem Verwaltungsrat obliegt ein dreistufiger Entscheidungsprozess. Zunächst hat er gestützt auf sämtliche verfügbaren Informationen die Differenz zwischen finanziellem Ist- und Soll-Zustand abzuschätzen. Sodann sind die Sanierungsmassnahmen festzulegen, welche die nachhaltige Gesundung der Gesellschaft bewirken sollen. Schliesslich ist unter umfassender Interessenabwägung mit Schwerpunkt auf die Stellung der Gläubiger zu entscheiden, ob das Massnahmenpaket die konkrete Wahrscheinlichkeit einer nachhaltigen Sanierung innert der gesetzlichen Toleranzfrist begründet. Wird die Fortführung ohne Notifikation des Gerichts beschlossen, muss sich aus den Umständen ergeben, dass die Sanierungsprognose begründet war bzw. erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung ausgeräumt werden konnten.<sup>46</sup> Die Massnahmen sind unverzüglich umzusetzen.<sup>47</sup>

Das Vorliegen begründeter Sanierungsaussichten ist nicht allein am Ergebnis des Entscheidungsprozesses festzumachen, etwa in Form einer prozentualen Sanierungswahrscheinlichkeit, da diese sowohl *ex ante* als auch *ex post* betrachtet eine theoretische Annahme bleibt. Vielmehr ist entscheidend, ob der Verwaltungsrat unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände wie eine vernünftige Unternehmerin gehandelt hat, d.h. in einem sorgfältigen Verfahren zu einem vertretbaren Ergebnis gelangt ist.<sup>48</sup> Er hat auf einer angemessenen Informationsbasis zu entscheiden – d.h. übertriebene Erwartungen und vage Hoffnungen genügen nicht –<sup>49</sup> und seinen Beschluss zu dokumentieren.

Da der Begriff der begründeten Sanierungsaussichten eine bestehende Praxis im Gesetz verankert, ist der Beizug anderer Bestimmungen, die diese Terminologie verwenden, für seine Auslegung nicht vorbehaltlos angezeigt.<sup>50</sup> Gesellschafts- und Konkursrecht sollten aber einheitlich beantworten, bis zu

---

DER CRONE, Aussergerichtliche Sanierung einer Aktiengesellschaft, SZW 1/2021, 93-105, S. 102.

---

44 BGer, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 4b; BGer, 6B\_492/2009, 18. Januar 2010, E. 2.2; BGer, 6B\_985/2016, 27. Februar 2017, E. 4.2.1; BGer, 6B\_448/2018, 9. Januar 2019, E. 3.4.

---

45 BGer, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 4b; BGer, 6B\_985/2016, 27. Februar 2017, E. 4.2.1.

---

46 BGer, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 4b; BGer, 6B\_492/2009, 18. Januar 2010, E. 2.2.

---

47 BGE 132 III 564 E. 5.1; BGer, 6B\_1107/2017, 1. Juni 2019, E. 2.6.4.

---

48 Vgl. BGE 116 II 533 E. 5a; BGer, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 4b, m.w.H.

---

49 BGE 127 IV 110 E. 5a; BGer, 4C\_436/2006, 18. April 2007, E. 4.1.

---

50 Vgl. etwa Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 1 und Art. 296b SchKG; ferner Art. 28 BankG.



welchem Zeitpunkt aussergerichtliche Sanierungsbemühungen noch legitim sind, bspw. analog für das Erfordernis der Sanierungsaussichten zur Beurteilung der Anfechtungsresistenz eines Sanierungsdarlehens.<sup>51</sup>

### b) Keine zusätzliche Gefährdung der Forderungen der Gläubiger

Als zweite Voraussetzung verlangt Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR, dass die Forderungen der Gläubiger durch den Aufschub nicht zusätzlich gefährdet werden. Im Entwurf 2016 war noch vorgesehen, dass sich die Überschuldung während des Zuwartens nicht wesentlich vergrössern dürfe.<sup>52</sup> Die Anpassung erging aufgrund des Einwands, dass auch erfolgversprechende Sanierungsversuche häufig zu einer temporären Erhöhung der Überschuldung führen.<sup>53</sup>

Der nun vorgesehene Tatbestand der zusätzlichen Gläubigergefährdung ist angelehnt an die Praxis des Bundesgerichts<sup>54</sup>, die gleichermassen präzisiert, dass diese Voraussetzung nicht quantitativ, sondern qualitativ zu verstehen ist. Eine verpönte zusätzliche Gefährdung der Forderungen der Gläubiger besteht m.a.W. erst dann, wenn das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbundene Risiko einer weiteren finanziellen Schlechterstellung der Gläubiger nicht durch den ökonomischen Wert der Chance einer erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird.<sup>55</sup> Da hiermit wiederum die Frage nach den Sanierungschancen ins Zentrum rückt, ist eine Überlappung mit der ersten Voraussetzung der begründeten Sanierungsaussicht nicht von der Hand zu weisen.<sup>56</sup> Im Ergebnis dürfte die Grenze der zusätzlichen Gläubigergefährdung weniger eigenständige Voraussetzung, sondern vielmehr nachdrückliche Betonung des Gesetzgebers sein, die Gläubigerinteressen im Rahmen des Entscheids über eine stille Sanierung ernsthaft zu adressieren.<sup>57</sup>

---

51 MAHLER/VON DER CRONE (Anm. 43), S. 102; in beiden Fällen erfolgt eine *ex-post*-Beurteilung.

52 Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 des Entwurfs einer Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399; vgl. Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 579.

53 Votum NR VOGT, AB 2020 N 594; vgl. PETER BÖCKLI, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, 1-7, S. 6.

54 BGer, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 4b; BGE 116 II 533 E. 5a.

55 BGer, 4C.366/2000, 19. Juni 2001, E. 5b, Verweis auf ALEXANDER DUBACH, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 94/1998, 149-160, S. 157.

56 Daher kritisch gegenüber dieser Voraussetzung SCHMIDT (Anm. 25), S. 230-231; ZK OR-HAAS/STRUB, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK OR-VERFASSERIN), Art. 725a N 37-38.

57 Ähnlich ZK OR-HAAS/STRUB (Anm. 56), Art. 725a N 38; vgl. auch WIRZ (Anm. 4), S. 21-22.

## 2. Gesetzliche Toleranzfrist von maximal 90 Tagen

### a) Entstehungsgeschichte und Würdigung

Mit der Aktienrechtsreform 2020 wurde eine ausdrückliche Maximalfrist für die stille Sanierung ins Gesetz integriert. Die Überschuldung ist innert angemessener Frist zu beheben, muss aber spätestens 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse beseitigt sein. Die strittige Frage, ob die Rechtssicherheit eine solche Begrenzung der naturgemäss vom Einzelfall abhängigen Gnadenfrist zur aussergerichtlichen Sanierung gebietet, war auch im Gesetzgebungsverfahren kontrovers. Das Meinungsspektrum verdeutlicht der Vorentwurf 2005, welcher den Verwaltungsrat, der oft zu einer übermässig positiven Bewertung der Zukunftschancen neige, gar zur *unverzüglichen* Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung verpflichten wollte.<sup>58</sup> Von dieser Idee der Abschaffung der stillen Sanierung wurde nach Kritik im Rahmen der Vernehmlassung in Entwurf und Botschaft 2007 abgesehen, worin mit Verweis auf den Richtwert von vier bis sechs Wochen eine Rückkehr zur Praxis des Bundesgerichts postuliert wurde.<sup>59</sup> Die Höchstgrenze von 90 Tagen war ab dem Vorentwurf 2014 vorgesehen.<sup>60</sup>

Die Frage blieb auch im Parlament umstritten. Der Nationalrat forderte lange, die fixe Höchstgrenze durch eine *kurze, den Umständen angemessene Frist* zu ersetzen. Vorgebracht wurde, die Dreimonatsfrist werde den unterschiedlichen Konstellationen der Praxis nicht gerecht, sie sei im Einzelfall zu kurz und würde gewisse Sanierungen von vornherein verunmöglichen, umgekehrt sei sie in anderen Fällen zu lang, wodurch falsche Anreize entstünden.<sup>61</sup> Gerade die Covid-19-Krise habe das Bedürfnis nach einer flexiblen Lösung aufgezeigt.<sup>62</sup> Auf Seiten der letztlich obsiegenden Befürworterinnen wurde argumentiert, die Maximalfrist schaffe Rechtssicherheit, die insbesondere

---

58 Art. 725 Abs. 5 VE-OR 2005 (Anm. 6); Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 84-85, abrufbar auf der [Homepage des BJ](#); vgl. PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts – Eine kritische Übersicht, *GesKR* 1/2006, 4-28, S. 11-12.

---

59 Art. 725c Abs. 4 des Entwurfs zu einer Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, *BBl* 2008 1751, Botschaft «OR 2007» (Anm. 4), 1691.

---

60 Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, 142, abrufbar auf der [Homepage des BJ](#); Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 579.

---

61 Votum NR VOGT, AB 2019 N 2398; Votum NR MARKWALDER, AB 2019 N 2398-2399.

---

62 Votum NR SCHWANDER, AB 2020 N 593; s. auch Votum NR VOGT, AB 2020 N 592-593.

für KMU und ihre Organe entscheidend sei.<sup>63</sup> In der Literatur sind die Meinungen zur gesetzlichen Toleranzfrist ebenfalls geteilt.<sup>64</sup>

Zunächst ist zu konstatieren, dass mit der Höchstgrenze von 90 Tagen eine längere Toleranzfrist gewährt wird, als frühere Gesetzgebungsprojekte beabsichtigten, die regelmässig einen Aufschub der Überschuldungsanzeige von maximal 60 Tagen vorschlugen.<sup>65</sup> Sie ist indes kürzer als das in einem Urteil des Zürcher Handelsgerichts für zulässig taxierte Zuwarten eines Verwaltungsrats von über acht Monaten im Kontext einer Konzernsanierung.<sup>66</sup>

90 Tage mögen kurz sein, um eine Sanierung auf die Beine zu stellen. Dem ist zu entgegnen, dass die Überschuldung und die damit verbundene Anzeigepflicht nicht am Anfang einer Krise stehen; bereits der Kapitalverlust und die drohende Zahlungsunfähigkeit verpflichten den Verwaltungsrat explizit zu Sanierungsbemühungen.<sup>67</sup> Gestützt auf empirische Daten betont die Literatur, dass insbesondere das verspätete Handeln der Entscheidungsträgerinnen und die mangelnde Anwendung der Nachlassstundung die Effektivität des Insolvenzverfahrens beeinträchtigen.<sup>68</sup> Die Begrenzung der Toleranzfrist ist insofern vertretbar. Für KMU sind 90 Tage eine angemessene Beschränkung. Grösseren Gesellschaften ist zuzumuten, bei einer nach 90 Tagen noch nicht abgeschlossenen, aber weiter erfolversprechenden Sanierung in die

---

63 Votum NR FLACH, AB 2019 N 2397-2398; Votum SR SCHMID, AB 2019 S 514.

64 Dagegen DIETER GERICKE / ANDREAS MÜLLER / DANIEL HÄUSERMANN / NINA HAGMANN, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3/2020, 323-341, S. 337; VON DER CRONE / MOHASSEB (Anm. 36), S. 790; FORSTMOSEK/KÜCHLER (Anm. 42), N 26; KOPTA-STUTZ (Anm. 28), S. 78; GLANZMANN, Überschuldung (Anm. 42), S. 400; dafür BÜHLER (Anm. 31), S. 446; THOMAS SPRECHER / CHRISTA SOMMER, Sanierung nach Aktienrecht, ST 6-7/2014, 551-556; S. 555.

65 S. Art. 64 Abs. 2 lit. b des Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni 1998, abrufbar auf der [Homepage des BJ](#); Art. 725 Abs. 4 lit. b des Vorentwurfs der Expertengruppe Nachlassverfahren zur Revision des SchKG: Sanierungsverfahren, Juni 2008; sowie Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren zur Revision des SchKG: Sanierungsverfahren, Juni 2008, 7, Vorentwurf und Bericht abrufbar auf der [Homepage des BJ](#).

66 HG-ZH, HG100052, 7. März 2013, eine Höchstfrist von sechs Wochen wird darin für den einschlägigen Fall als *realitätsfremd* bezeichnet (E. 3.3.29); die dagegen erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde ohne Auseinandersetzung mit dieser Frage abgewiesen (BGer, 4A\_251/2013, 11. November 2013); eingehend MAUCHLE / VON DER CRONE (Anm. 2), *passim*.

67 Art. 725 Abs. 2 sowie Art. 725a Abs. 1 revOR; Art. 725a Abs. 1 Ziff. 3 des Vorentwurfs zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014 sah als zusätzlichen Frühwarnindikator die abnehmende Rentabilität bzw. wiederholte Jahresverluste vor.

68 FRANCO LORANDI, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 11/2020, 1396-1422, S. 1408-1417; FARSAKI/FRITSCHKE (Anm. 19), S. 538.

gerichtliche Nachlassstundung überzugehen, die nach aktuellen Erhebungen in rund 70 % der Fälle mit Verzicht auf Bekanntmachung genehmigt wird.<sup>69</sup>

## b) Wirkung

Die Dreimonatsfrist ist kein *safe haven*, d.h. ohne Sanierungsaussichten fällt ihre Inanspruchnahme ausser Betracht bzw. es ist bereits vor Ablauf die Bilanz zu deponieren, falls Sanierungsaussichten zwischenzeitlich wegfallen. Die stille Sanierung dürfte daher in der Regel die Einleitung von Sanierungsmassnahmen bereits vor Eintritt der Überschuldung bedingen.<sup>70</sup> Ein späteres Scheitern hat umgekehrt nicht zur Folge, dass der Sanierungsversuch pflichtwidrig war. Zuzustimmen ist der Lehrmeinung, welche die Nutzung der Toleranzfrist auch zur ernsthaften Vorbereitung eines Nachlassgesuchs, etwa zur Verhandlung eines Massakredits oder eines sog. *prepacks*, für zulässig erachtet, da hierdurch analog einer Sanierung mit zuversichtlicher Wahrscheinlichkeit eine Besserstellung der Gläubiger erzielt werden kann.<sup>71</sup>

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Dreimonatsfrist nicht verlängerbar. Selbst bei Sanierungsaussichten soll ein Unternehmen nicht zeitlich unbegrenzt am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen.<sup>72</sup> Daran vermögen weder die Zustimmung der Aktionärinnen noch der Gläubiger etwas zu ändern. Ein Beschluss der Aktionärinnen ist müssig, da Art. 725b revOR dem Schutz der Gläubiger in der Sondersituation der Überschuldung dient. Die Zustimmung der bestehenden Gläubiger ist nicht ausreichend, da ihr Votum die besonders gefährdete Partei der ahnungslosen Neugläubiger, die der taumelnden Gesellschaft unter dem Deckmantel der Geheimhaltung weiter Kredit gewähren, nicht mitumfasst. Die Handlungsaufforderung ist klar: Aktionärinnen haben neues Kapital zur Beseitigung der Überschuldung einzuschiessen, Gläubiger einen Rangrücktritt im Umfang der Überschuldung zu erklären.<sup>73</sup>

## c) Fristbeginn

Die Starrheit der Toleranzfrist akzentuiert die Bedeutung des Fristbeginns. Die Uhr beginnt unweigerlich zu ticken, sobald die geprüften Zwischenabschlüsse vorliegen. Der Verwaltungsrat gibt die Kontrolle aber bereits vorher

---

69 FARSACI/FRITSCHKE (Anm. 19), S. 537; vgl. Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 579.

70 GLANZMANN, Sanierung (Anm. 23), S. 472; ZK OR-HANDSCHIN (Anm. 56), Art. 725 N 137.

71 D.h. eine Pflichtverletzung wäre auch bei späterem Scheitern zu verneinen; s. GLANZMANN, Sanierung (Anm. 23), S. 472-473; a.M. bei drohender Illiquidität PETER BÖCKLI, Finanznotlagerecht, SZW 5/2017, 524-551, S. 538.

72 Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 579; gl.M. BÖCKLI, Notlage (Anm. 71), S. 542-544.

73 Wobei Rangrücktritte kein Wiederaufleben einer neuen dreimonatigen Toleranzfrist bewirken.

aus der Hand, nämlich mit Feststellung der begründeten Besorgnis der Überschuldung. Gesteht er diese ein, sind die Zwischenabschlüsse zu erstellen und, unabhängig davon, ob die eigene Buchhaltung eine Überschuldung feststellt, den Revisoren vorzulegen.<sup>74</sup> Alle Beteiligten haben mit gebotener Eile zu handeln (Art. 725b Abs. 6 revOR).<sup>75</sup> Ähnliche Auswirkungen hat die Umstellung der Bilanz auf Veräusserungswerte aufgrund des Wegfalls der Fortführungsannahme, die häufig schlagartig eine Überschuldung bewirkt.

### 3. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

#### a) Zuständigkeit und Entscheidungsermessen

Die Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung ist eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR). Ihre Verletzung bewirkt nicht nur eine persönliche Haftung der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 754 OR), sie kann auch strafrechtliche Folgen haben.<sup>76</sup> Eine fatalistische Note kommt ihr insofern zu, als diese Risiken typischerweise nur relevant werden, wenn die Sanierung missglückt.

Bei der nachträglichen Würdigung einer gescheiterten Sanierung besteht die Gefahr eines *hindsight bias*.<sup>77</sup> Es ist zudem zu beachten, dass die strikte Toleranzfrist falsche Anreize setzen kann. Etwa zum Verzicht auf Erstellung der Zwischenabschlüsse oder zur Ausnützung der vollen 90 Tage ohne reelle Sanierungschancen. Dem können die Gerichte entgegenwirken, indem sie dem Verwaltungsrat, der auf einer angemessenen Informationsbasis entscheidet und sein Vorgehen transparent dokumentiert, ein weites Geschäftsermessen gewähren. Angezeigt ist mithin, zur Beurteilung der Zulässigkeit der stillen Sanierung die sog. *business judgement rule* anzuwenden.<sup>78</sup> Das hierfür erforderliche Entscheidungsermessen des Verwaltungsrats besteht indes nur bis zum Ablauf der absoluten Frist von 90 Tagen.<sup>79</sup>

---

74 ZK OR-HANDSCHIN (Anm. 56), Art. 725 N 90.

75 Damit soll die Verzögerung des Prüfberichts verhindert werden; Botschaft «Aktienrecht 2016» (Anm. 22), 579; bezüglich der zulässigen Dauer spricht die Literatur von *Wochen, nicht Tagen*; BÖCKLI, Aktienrecht (Anm. 1), § 13 N 816; ROLAND FISCHER/FLAVIO DELLI COLLI, Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, GesKR 2/2014, 255-263, S. 262.

76 In Frage kommt insbesondere eine Strafbarkeit der Verwaltungsratsmitglieder nach Art. 165 Ziff. 1 StGB; vgl. CATHERINE KONOPATSCH, Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB, ZStrR 134/2016, 196-217, *passim*.

77 D.h. das Wissen um den negativen Ausgang verleitet zur Annahme, das Scheitern sei vorhersehbarer gewesen, als es tatsächlich war; MAHLER/VON DER CRONE (Anm. 43), S. 102.

78 Eingehend CHRISTIAN WENGER/DANIEL OEHRI, Der Verwaltungsrat in Konkursnähe: unter besonderer Berücksichtigung von Start-ups, in: Dieter Gericke (Hrsg.), *Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern*, Zürich 2020, 127-166, S. 140-151, m.w.H.

79 FISCHER/DELLI COLLI (Anm. 75), S. 262; WENGER/OEHRI (Anm. 78), S. 144.

### b) Pflicht zur stillen Sanierung?

Die Verankerung der stillen Sanierung im Gesetz lässt die Frage aufleben, ob der Verwaltungsrat bei Sanierungsaussichten nicht nur zum Anzeigeaufschub berechtigt, sondern verpflichtet ist.<sup>80</sup> Gegen eine solche Pflicht bestehen indes Vorbehalte. Mit Eintritt der Überschuldung erodiert die Legitimationsbasis des Verwaltungsrats und der Gesellschaftsfokus verschiebt sich auf den Gläubigerschutz.<sup>81</sup> Eine Sanierung kann auch über ein gerichtliches Nachlassverfahren erreicht werden, das zusätzliche Sanierungsinstrumente ermöglicht. Schliesslich ist das Gericht selbst bei einem Konkursantrag angehalten, das Verfahren bei Anhaltspunkten für einen Nachlassvertrag ins Nachlassverfahren zu überweisen (Art. 173a Abs. 2 SchKG).

## VI. Abschliessende Würdigung

Der Umgang mit Unternehmenskrisen ist notwendiger Bestandteil der auf Wettbewerb ausgerichteten Marktwirtschaft. Dem Recht kommt dabei die schwierige Aufgabe zu, die Grenzen des erlaubten Risikos zu bestimmen. Es hat zu definieren, wann eine Unternehmenskrise vorliegt und wie lange strauchelnde Gesellschaften ohne staatliche Intervention versuchen dürfen, sich in ruhige Gewässer zu manövrieren. Die dargelegten Regeln des Aktienrechts zeigen, dass dazu wesentlich auf objektive Kriterien der Buchhaltung abgestellt wird. Die Covid-19-Krise hat indes in Erinnerung gerufen, dass die Bewertung dieser Faktoren stets auch von subjektiven Elementen abhängt.

Anfang 2020, in der ersten Phase der Pandemie, wurde die Überschuldung per Notverordnung zeitweise toleriert, unter der Prämisse, dass sich die betroffenen Unternehmen nach einer Lockerung der Massnahmen wieder nachhaltig erholen. Diese Wertungshaltung wurde auch nach Aufhebung der Notverordnung beibehalten, indem durch umfassende staatliche Stützungskredite zusätzliche Risiken auf den Staat übertragen wurden, um das überwiegende Interesse an einem funktionierenden Wirtschafts- und Arbeitsmarkt zu schützen. Gezeigt hat sich auch, dass Unternehmen Massnahmen bevorzugten, die nicht mit einem öffentlichkeitswirksamen Eingeständnis finanzieller Probleme verbunden waren (bspw. die stille Sanierung gegenüber der Covid-19-Stundung). Wohl oder übel spielen bei der Beurteilung wirtschaftlicher Risiken auch psychologische Faktoren eine relevante Rolle.

---

80 Vgl. KÄLIN, Sanierung (Anm. 4), N 643; kritisch MAUCHLE / VON DER CRONE (Anm. 2), S. 239.

81 BÖCKLI, Aktienrecht (Anm. 1), § 13 N 815a; MAUCHLE / VON DER CRONE (Anm. 2), S. 239.

Solche Faktoren beeinflussen auch die Effektivität von Sanierungsverfahren. Der Ruf nach einer stillen Sanierung ist umso grösser, je eher der Übergang in eine staatlich beaufsichtigte Restrukturierung den betroffenen Unternehmen das Stigma eines *hoffnungslosen Falls* verleiht. Damit solche Verfahren nicht als schlichte Vorstufe zum Konkurs wahrgenommen werden, schufen andere Rechtsordnungen spezielle Restrukturierungsverfahren, die sich bereits durch ihre Namen vom Konkurs abheben sollen, etwa das bekannte *Chapter 11*<sup>82</sup> in den USA oder das vergleichbare *Schutzschirmverfahren*<sup>83</sup> in Deutschland. Aufhorchen lässt, wenn im pandemiegeprägten Jahr 2020 die Inanspruchnahme des schweizerischen Pendant, der Nachlassstundung, im Vergleich zum Vorjahr unverändert bzw. unter Ausklammerung der Covid-19-Stundung gar rückläufig war, während im selben Vergleichszeitraum in den USA *Chapter 11*-Verfahren um ca. 30 % zunahmen.<sup>84</sup>

Unter diesen Gesichtspunkten fällt das Fazit zum revidierten Aktienrecht ernüchternd aus. Mit den neuen Regeln zum Aufschub der Überschuldungsanzeige wird die Rechtssicherheit punktuell verbessert und mit einem regelbasierten Ansatz die Planungssicherheit gestärkt. Der grosse Wurf für das Sanierungsverfahren im Allgemeinen ist aber ausgeblieben. Es bleibt der Eindruck, dass dem schweizerischen Recht ein designiertes, klar vom Konkurs getrenntes Verfahren fehlt, das Unternehmen eine Sanierung mit staatlicher Unterstützung ermöglicht. Zu hoffen ist, dass sich die Nachlassstundung, wie vom Gesetzgeber gewünscht, in diese Richtung etablieren kann, damit die risikoreiche Weiterführung einer überschuldeten Gesellschaft ohne gesetzliche Sicherheitsmechanismen für die Gläubiger die Ausnahme bleibt.

---

82 Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code (Title 11 of the United States Code).

83 §270d der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 der Bundesrepublik Deutschland.

84 Daten und Auswertung gemäss FARSACI/FRITSCH (Anm. 19), S. 536.





Arezoo Sang Bastian

# Anreizmodelle zur Überwindung des Organmangels

---

<b>I.</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>102</b>
<hr/>		
<b>II.</b>	<b>Vom Zustimmungsmodell zur Widerspruchslösung</b> .....	<b>103</b>
	1. Einführung der Widerspruchslösung? .....	103
	2. Ethisch-rechtliche Einschätzung der Widerspruchslösung	105
<hr/>		
<b>III.</b>	<b>Anreizmodelle zur Steigerung der Spenderate</b> .....	<b>106</b>
	1. Direkte finanzielle Anreize im iranischen Recht .....	107
	2. Ethisch-rechtliche Einschätzung des iranischen Modells ...	108
	3. Indirekte nichtfinanzielle Anreize im israelischen Recht ...	109
	4. Ethisch-rechtliche Einschätzung des israelischen Modells ...	110
<hr/>		
<b>IV.</b>	<b>Vereinbarkeit der Anreizmodelle nach iranischem und israelischem Vorbild mit dem Schweizer Recht</b> .....	<b>111</b>
	1. Prinzip der unentgeltlichen Organspende .....	111
	2. Eigentumsrecht an Organen .....	112
	3. Gerechte Allokation von Organen .....	113
	4. Freie und informierte Einwilligung in die Organspende ...	114
<hr/>		
<b>V.</b>	<b>Schlussbetrachtung</b> .....	<b>115</b>

## I. Einleitung

Organtransplantation ist eine medizinische Therapieform, die sich inzwischen als beste und häufig einzige lebensrettende Massnahme bei Organversagen etabliert hat. Weltweit übersteigt der Bedarf an Organen jedoch das Angebot.<sup>1</sup> Dies trifft auch auf die Schweiz zu. Gemäss den neusten Zahlen des Bundesamts für Gesundheit (BAG) wurden in der Schweiz im Jahr 2019 611 Organe transplantiert. Ende desselben Jahres befanden sich 1'415 Personen auf der Organwarteliste. Die Wartezeit für eine Niere – das am häufigsten transplantierte Organ – betrug zweieinhalb Jahre.<sup>2</sup> In den letzten beiden Jahrzehnten intensivierten die Bundesbehörden ihre Anstrengungen, um den Organmangel zu überwinden. Der Erfolg blieb jedoch bescheiden.<sup>3</sup> Inzwischen ist eine Volksinitiative auf Bundesebene eingereicht worden, die das Ziel verfolgt, die Zahl der verfügbaren Organe zu erhöhen. Die Initiatorinnen schlugen eine Verfassungsänderung von der heute geltenden Zustimmungsmo- (Opt-in-Modell) hin zur Widerspruchslösung (Opt-out-Modell) vor. Im Fall der Annahme der Volksinitiative wäre jede Person im Todesfall Organspenderin, sofern sie zu Lebzeiten nicht ihren Widerspruch geäussert hat.<sup>4</sup>

Das Opt-out-Modell ist ethisch und rechtlich betrachtet umstritten. Kritiker verweisen u.a. auf die ungenügende Wirksamkeit dieser Massnahme bezüglich der Erhöhung der Spenderate. Verschiedene Stimmen in den Wissenschaften fordern deshalb die Einführung von Belohnungsmodellen, um die Zahl verfügbarer Organe effektiv zu erhöhen.<sup>5</sup> Jedoch sind auch diese Massnahmen bedenklich.

Der folgende Beitrag beschreibt zuerst das geltende Recht und die vorgeschlagene Verfassungsänderung und legt dann dar, worin die ethischen und rechtlichen Bedenken gegenüber der Widerspruchslösung liegen. Anschliessend analysiert er die Wirksamkeit von Anreizen zur Erhöhung der

---

1 World Health Organisation, WHO Task Force on Donation and Transplantation of Human Organs and Tissues.

---

2 BAG, Faktenblatt Organspendezahlen, November 2020, S. 2-3.

---

3 Bundesamt für Gesundheit, Entwicklung der Spendezahlen.

---

4 Botschaft zur Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Transplantationsgesetzes) vom 25. November 2020, BBl 2020 9547, 9559, 9560; Nachtrag: Die Initiative wurde am 15. Mai 2022 angenommen.

---

5 U.a. LEVY MÉLANIE, State incentives to promote organ donation: honoring the principles of reciprocity and solidarity inherent in the gift relationship, *Journal of Law and the Biosciences* 2018, 398-435, 433 ff.; BEARD T. RANDOLPH / KASERMAN DAVID L. / OSTERKAMP RIGMAR, *The Global Organ Shortage: Economic Causes, Human Consequences, Policy Responses*, Stanford 2013, S. 207 ff.; BREYER FRIEDRICH et al., *Organmangel: Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?*, Berlin 2006, S. 233, 234.

Spenderate anhand der geltenden Anreizmodelle in Israel und Iran. Diese beiden Länder sind Vorreiter in der Implementierung eines Organspendesystems, welches auf finanziellen und nichtfinanziellen Anreizen basiert. Dementsprechend liegen genügend Daten vor, auf die sich diese Analyse stützt. Anschliessend werden die ethischen Bedenken dargestellt, die sich in den beiden Ländern präsentieren. Schliesslich wird entlang der Prinzipien der Unentgeltlichkeit der Spende, der gerechten Allokation von Organen und der freien und selbstbestimmten Einwilligung geprüft, ob und inwieweit die beiden Anreizmodelle mit dem Schweizer Recht vereinbar sind. Anhand der vorangehenden Analyse argumentiert dieser Beitrag für die Integration eines Anreizsystems in das Schweizer Recht, um den Organmangel zu überwinden.

## II. Vom Zustimmungsmo­dell zur Widerspruchslösung

### 1. Einführung der Widerspruchslösung?

Mit der Einführung des Transplantationsgesetzes (TPG)<sup>6</sup> im Jahr 2007 führte die Schweiz die erweiterte Zustimmungslösung ein. Dieses Modell verlangt für die rechtsgültige Entnahme von Organen das Vorliegen der Zustimmung der spendenden Person oder – wenn diese zu Lebzeiten keinen Willen ge­ äussert hat – der nächsten Angehörigen. Diese können basierend auf dem mutmasslichen Willen der Verstorbenen zustimmen (Art. 8 TPG).

Seit der Einführung des Transplantationsgesetzes gab es wiederholte erfolglose Vorstösse in der Bundesversammlung, um das Widerspruchsmo­dell einzuführen.<sup>7</sup> Umfassend überprüfte der Bundesrat diese Option in einem Bericht im Jahr 2013.<sup>8</sup> Der Bericht kam zum Schluss, dass die Widerspruchslösung zwar einen Beitrag für höhere Spenderaten liefere, es wissenschaftlich jedoch nicht belegt sei, dass dieses Modell alleine der Grund für die Erhöhung sei. Der Bundesrat lehnte deshalb die Einführung des Opt-out-Modells ab.<sup>9</sup>

---

6 Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21).

7 U. a. AMHERD VIOLA, Postulate 08.3158 (19. März 2008), 10.3701 (28. September 2010), Motion 13.3230 (22. März 2013); FAVRE LAURENT, Postulat 10.3711 (28. September 2010), Motion 12.3767 (20. September 2012); GUTZWILLER FELIX, Postulat 10.3703 (28. September 2010); REIMANN LUKAS, Parlamentarische Initiative 12.473 (27. September 2012).

8 Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz, Bericht in Erfüllung der Postulate Gutzwiller (10.3703), Amherd (10.3701) und Favre (10.3711), S. 5.

9 Bericht in Erfüllung der Postulate (Anm. 8), S. 68.

Seither hat der Bund verschiedene Massnahmen im Rahmen des Aktionsplans «Mehr Organe für Transplantation» (2013-2019) umgesetzt, die zu einer leichten Steigerung der Spenderate geführt haben.<sup>10</sup> Die Lage bleibt insgesamt jedoch unbefriedigend. Als Reaktion reichte das Initiativkomitee der Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» dieselbe am 22. März 2019 ein. Die Initiative strebt durch die Änderung von Art. 119a BV die Einführung der sogenannten engen Widerspruchslösung an, wobei die Zustimmung zur postmortalen Spende vermutet wird, wenn die verstorbene Person sich nicht zu Lebzeiten dagegen ausgesprochen hat. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Initiative bereits Stellung genommen. Er stützt sich in seiner Empfehlung auf eine vom BAG in Auftrag gegebene Studie, die den Einfluss von Zustimmungsmodellen auf die Spenderate untersucht und insbesondere prüft, inwieweit die Schlussfolgerungen im Bericht zur Beantwortung der Postulate aus dem Jahr 2013 noch gültig sind. Die Studie kommt zum Schluss, dass die Hinweise, dass ein Widerspruchsmo- dell die Spenderate positiv beeinflussen könne, sich verdichtet hätten. Allerdings fehle eine klare Evidenz für eine direkte kausale Wirkung des Willensäusserungsmodells auf die Spenderate sowie eine gesicherte Abschätzung des Ausmasses des Effekts. Die Autoren der Studie halten als Fazit fest, dass die Kernaussagen des Berichts von 2013 weiterhin gültig seien.<sup>11</sup> Dennoch spricht sich der Bundesrat in der Botschaft grundsätzlich für eine Änderung des Modells aus, mit der Begründung, dass die Auswertung neuerer wissenschaftlicher Literatur einen positiven Effekt eines Systemwechsels auf die Spenderate vermuten liesse.<sup>12</sup> Er erachtet die enge Widerspruchslösung jedoch als ethisch nicht vertretbar. Stattdessen schlägt er als indirekten Gegenvorschlag die Einführung der erweiterten Widerspruchslösung auf Gesetzesstufe vor, wobei im Gegensatz zum engen Widerspruchsmo- dell die Angehörigen eine Organspende ablehnen können, wenn dies dem mutmasslichen Willen der verstorbenen Person entspricht (subsidiäres Widerspruchsrecht).<sup>13</sup>

Nachdem der Nationalrat am 5. Mai 2021 über die Vorlage beraten hatte, empfahl er sowohl die Initiative als auch den Gegenvorschlag zur Annahme. Die Beratung im Ständerat ist noch ausstehend.<sup>14</sup> Es ist zu erwarten, dass die Widerspruchslösung entweder in der engen oder erweiterten Form in

---

10 Bundesamt für Gesundheit, Entwicklung der Spendezahlen.

11 CHRISTEN MARKUS / BAUMANN HOLGER / SPITALE GIOVANNI, Der Einfluss von Zustimmungsmodellen, Spenderegistern und Angehörigen-Entscheid auf die Organspende: Eine Beurteilung der aktuellen Literatur, Februar 2018, S. 3.

12 Botschaft Änderung des Transplantationsgesetzes (Anm. 4), 9562.

13 Botschaft Änderung des Transplantationsgesetzes (Anm. 4), 9562, 9564.

14 Stand 01.09.2021.

der Volksabstimmung angenommen wird, da aktuelle Umfragen einen hohen Zuspruch aufzeigen.<sup>15</sup>

## 2. Ethisch-rechtliche Einschätzung der Widerspruchslösung

Beim Widerspruchsmo­dell wird das Schweigen als ausreichende Form der Einwilligung gedeutet. Diese Art der Zustimmung ist besonders hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes problematisch. Der Respekt der Persönlichkeit drückt sich im Kontext der Transplantation im Schutz des Lebens, der körperlichen und geistigen Unversehrtheit und der Selbstbestimmung aus.<sup>16</sup> Der Schutz erstreckt sich in gewissen Hinsichten auch auf den toten Körper, obwohl die Leiche von Rechts wegen keine Person ist.<sup>17</sup>

Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts muss vor jedem medizinischen Eingriff ein *informed consent*, eine sogenannte informierte und aufgeklärte Einwilligung vorliegen. Diese muss auf ausreichenden Informationen, einer gewissen Zeit der Reflexion und persönlicher Überlegung basieren.<sup>18</sup> Die Zustimmungsregelung, die stärker mit einem aktivem Tun und persönlicher Auseinandersetzung verbunden ist, stellt dies besser sicher als die Widerspruchslösung.<sup>19</sup> Die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) schlägt deshalb vor, dass die Widerspruchslösung an eine Äusserungspflicht gebunden werden müsste, um sicherzustellen, dass der Wille des Spenders respektiert wird.<sup>20</sup>

Kritisiert wird das Widerspruchsmo­dell auch wegen seiner Effektivität im Vergleich zum Zustimmungsmo­dell. Die vorhandenen wissenschaftlichen

---

15 Laut einer Umfrage des Forschungsinstituts gfs.bern, welche im August und September 2019 durchgeführt wurde, würden 53 % der Befragten die Initiative «bestimmt» und weitere 23 % «eher» annehmen, gfs.bern, Planungsstudie Initiative «Organspende fördern – Leben retten», Initiative startet mit Vorsprung und Schwachstellen, Schlussbericht, September 2019, S. 13.

---

16 Schutz der persönlichen Freiheit Art. 10 Abs. 2 BV; Schutz der Privatsphäre Art. 13 BV.

---

17 Ausführlicher, siehe BÜCHLER ANDREA / MICHEL MARGOT, Medizin, Mensch, Recht: Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020, S. 59.

---

18 MAIRE DÉLIA, Postmortale Spende im Kontext vorbereitender medizinischer Massnahmen, Zürich 2020, S. 72, 73.

---

19 Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK), Stellungnahme Nr. 31/2019, Organspende: Ethische Erwägungen zu den Modellen der Einwilligung in die Organentnahme, Bern 2019, S. 11, 12. Weitergehende Ausführungen siehe CHRISTENSEN BIRGIT / GÄCHTER THOMAS, Systemwechsel bei der Organspende: Zur geplanten diskreten Einführung der Widerspruchslösung und deren Auswirkungen im Pflegebereich, Pflegerecht, 3/2021, 152-160.

---

20 Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Stellungnahme Nr. 19/2012, Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende, Ethische Erwägungen, Bern 2012, S. 9, 10.

Studien zeigen auf, dass es keinen nachweisbaren kausalen Effekt gibt zwischen der Einführung des Widerspruchmodells und einer Erhöhung der Spendezahlen.<sup>21</sup> Statistisch gesehen ist die Spenderate in Ländern mit der Widerspruchslösung zwar höher als bei der Zustimmungslösung. Jedoch liegt dies nicht am Modell, sondern den weiteren begleitenden Massnahmen, die die Rate nachweislich positiv beeinflussen.<sup>22</sup> Dazu gehören u.a. eine gute Aufklärung der Bevölkerung,<sup>23</sup> eine Optimierung der Spitalprozesse und der Logistik<sup>24</sup> und eine gute Spenderidentifikation<sup>25</sup>. Die NEK kam zum Schluss, dass es deshalb keinen Anlass zu einem Modellwechsel gäbe.<sup>26</sup>

### III. Anreizmodelle zur Steigerung der Spenderate

Eine weitere Möglichkeit zur Erhöhung der Spendezahlen liegt im Bereich der Public Policy, wobei der Staat durch die Anwendung verschiedener Instrumente eine bestimmte Verhaltensänderung der Bevölkerung herbeiführen will.<sup>27</sup> Der Staat kann mittels Schaffung von Anreizen (*incentives*) oder Belohnungen (*rewards*) die Bevölkerung dazu motivieren, einen positiven Spendewillen zu entwickeln und diesen auch zu äussern bzw. zu dokumentieren. Das Anreiz- oder Belohnungsmodell wird primär als Möglichkeit gesehen, um den sogenannten *attitude/action gap* zu überwinden.<sup>28</sup> In der Schweiz zeigen Umfragen, dass die Bevölkerung eine hohe Bereitschaft zur Organspende hat.<sup>29</sup>

---

21 CHRISTENSEN/GÄCHTER, (Anm. 19), S. 155; TREMP DANIA, Mehr Organe braucht das Land, in: Vokinger Kerstin Noëlle / Kradolfer Matthias / Egli Philipp, Begegnungen – Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter, Zürich 2021, 95-106; HOLLIGER RAPHAELA, Widerspruchslösung – Zustimmungslösung, SJZ 116/2020, 443-450, S. 450.

---

22 NEADES BARBARA L., Presumed Consent to Organ Donation in Three European Countries, Nursing Ethics 16.3/2009, 267-282, S. 274 ff.

---

23 SIMINOFF LAURA A. / GORDON NAHIDA / HEWLETT JOAN / ARNOLD ROBERT M., Factors Influencing Families' Consent for Donation of Solid Organs for Transplantation, Journal of the American Medical Association (JAMA), 286.1/2002, 71-77, S. 71 ff.

---

24 SEILER CHRISTIAN, Abnehmende Organspendebereitschaft als nationales Problem: Im Engagement liegt der Lösungsansatz, Schweizerische Ärztezeitung 86.4/2006, 143-150, S. 143 ff.

---

25 MANATSCHAL ANITA / THOMANN EVA, Vergleich des Organspendewesens in der Schweiz und Spanien, Studie im Auftrag des BAG, Bern 2011, S. 35.

---

26 NEK 2012, (Anm. 20), S.7; NEK 2019, (Anm. 19), S. 6.

---

27 GOSTIN LAWRENCE O. / WILEY LINDSAY F., Public Health Law: Power, Duty, Restraint, 3. Aufl., Berkeley 2016, S. 28 ff.

---

28 LEVITT MAIRI, Educating the Public to Encourage Organ Donation?, in: Farrell Anne-Marie / Price David / Quigley Muireann (Hrsg.), Organ Shortage: Ethics, Law and Pragmatism, Oxford 2011, 52-66, S. 63.

---

29 gfs.bern, Planungsstudie, (Anm. 15), S. 3.

Diese positive Einstellung spiegelt sich jedoch nicht in der Realität wider, die geprägt ist von Zurückhaltung in der Willensäußerung und einer hohen Ablehnungsrate für die postmortale Spende eines Angehörigen. Diese Diskrepanz zwischen Einstellung und Verhalten (*attitude/action gap*) könnte mit einem Anreizsystem überwunden werden.<sup>30</sup>

Anreize werden auch als Möglichkeit gesehen, um dem Konzept der Reziprozität in der Spende zum Durchbruch zu verhelfen und Wertschätzung und Dankbarkeit für den solidarischen Akt der Spende auszudrücken. Die Spende wird generell als ein altruistischer Akt des Schenkens gesehen, welcher ohne Gegenleistung auskommt. Aus einer soziologischen Perspektive betrachtet, ist das Schenken jedoch kein einseitiger Akt, sondern eine reziproke soziale Interaktion zwischen zwei Parteien.<sup>31</sup>

Bei den anreizbezogenen Belohnungsmodellen ist zu unterscheiden zwischen den nichtfinanziellen und den direkten oder indirekten finanziellen Anreizen. Erstere Anreize betreffen primär die Organallokation, wobei verschiedene Kriterien unterschiedlich priorisiert werden. Direkte finanzielle Anreize ordnen Organen einen finanziellen Wert zu, wohingegen indirekte finanzielle Anreize den Spenderinnen eine symbolische Belohnung für die Geste der Spende offerieren.<sup>32</sup>

Der Iran kennt ein direkt-finanzielles Anreizsystem für eine Lebendspende. In Israel wird ein nichtfinanzielles Anreizmodell angewendet, welches auf einer Allokationspriorisierung basiert. Der nächste Abschnitt stellt die Anreizsysteme der Länder Iran und Israel vor und würdigt sie ethisch.

## 1. Direkte finanzielle Anreize im iranischen Recht

Iran ist das einzige Land, in welchem es rechtlich erlaubt ist, Lebendspender für ihre Organspende direkt und finanziell zu entschädigen. Praktische Relevanz hat die Entschädigung nur für Nieren. Die Lebendspende ist dabei nicht nur in der Form der Spende zwischen miteinander verwandten Personen (*living related donors*) erlaubt, sondern auch zwischen nicht miteinander verwandten Personen (*living unrelated donors*). Im Jahr 1996 wurde

---

30 QUIGLEY MUIREANN, Incentivising Organ Donation, in: Farrell Anne-Marie / Price David / Quigley Muireann (Hrsg.), Organ Shortage: Ethics, Law and Pragmatism, Oxford 2011, 89-103, S. 89 ff.

31 SCHWEDA MARK / SCHICKTANZ SILKE, Why Public Moralities Matter: The Relevance of Socioempirical Premises for the Ethical Debate on Organ Markets, Journal of Medicine and Philosophy 39/2014, 217-222, 220.

32 MADER MÉLANIE, La promotion du don d'organes au-delà de l'information: les modèles pécuniaires et non pécuniaires entre éthique et droit, in: Flückiger Alexandre (Hrsg.), Emouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes?, Genf 2010, 151-205, S 166 ff.

festgelegt, dass der Staat jeder Spenderin zusätzlich zu einem einjährigen Krankenversicherungsschutz und zur Befreiung von der Wehrpflicht grundsätzlich 10 Millionen iranische Rial für die Nierenspende gewährt. Die staatliche Entschädigung war dabei höher als die damals üblichen privat festgelegten Preise für Nieren, sodass die Spendebereitschaft sprunghaft anstieg.<sup>33</sup> Im Jahr 1999 konnte die Abschaffung der Warteliste für Nierenspenden verkündet werden.<sup>34</sup>

Ursprünglich sollte die staatliche Entschädigung die privaten finanziellen Entschädigungen ersetzen. Infolge der hohen Inflation haben die privaten vertraglichen Bezahlungen jedoch wieder an Bedeutung gewonnen.<sup>35</sup> Im Jahr der Einführung der staatlichen Entschädigung entsprachen 10 Millionen iranische Rial 5'500 USD.<sup>36</sup> Heute sind es lediglich 200 USD.<sup>37</sup>

## 2. Ethisch-rechtliche Einschätzung des iranischen Modells

Ein kommerzielles Organspendesystem bietet Anlass für zahlreiche ethische und rechtliche Bedenken. Kritiker monieren, dass ein kommerzielles Spendesystem die freie Einwilligung erschwert. Die Einwilligung diene dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts. Sie darf nicht durch physischen oder psychischen Druck erzwungen werden, damit sie als frei gelten kann.<sup>38</sup> Studien über iranische Nierenspender zeigen auf, dass besonders finanziell schwächere Bevölkerungsgruppen sich zu einer Spende bereit erklären und die monetäre Abfindung als Hauptmotiv angeben.<sup>39</sup> FRY-REVERE kommt in ihrer Studie zum

---

33 ZARGOOSHI JAVAAD, Iranian Kidney Donors: Motivations and Relations with Recipients, *The Journal of Urology* 165/2001, 386-392, S. 388.

---

34 MALEKSHAHI ARGHAVAN et al., An Evaluation of the Current Status of Kidney Transplant in Terms of the Type of Receipt Among Iranian Patients, *Renal Replacement Therapy* 6.66/2020, 1-5, S. 2; EICH THOMAS, Organtransplantation und Organhandel im Iran, in: Taupitz Jochen (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin/Heidelberg 2007, 309-314, S. 309.

---

35 FRY-REVERE SIGRID, *The Kidney Sellers: A Journey of Discovery in Iran*, North Carolina 2014, S. 83 ff.

---

36 ZARGOOSHI, (Anm. 33), S. 388.

---

37 Währungsrechner Bankenverband, Bundesverband deutscher Banken, Kurs am 30.08.2021.

---

38 GORDON ELISA J., Informed Consent for Living Donation: A Review of Key Empirical Studies, Ethical Challenges and Future Research, *American Journal of Transplantation* 12/2012, 2273-2280, S. 2275.

---

39 GHODS A.J. / OSSAREH S. / KHOSRAVANI P., Comparison of Some Socioeconomic Characteristics of Donors and Recipients in a Controlled Living Unrelated Donor Renal Transplantation Program, *Transplantation Proceedings* 33/2001, 2626-2627, S. 2627; ZARGOOSHI, (Anm. 33), S. 387; FRY-REVERE SIGRID et al., Coercion, dissatisfaction and social stigma: an ethnographic study of compensated living kidney donation in Iran, *International Urology and Nephrology* 52/2020, 2403-2414, S. 2409; siehe auch: TOBER



Schluss, dass die finanziellen Nöte der befragten Nierenspender eine Art von Zwang darstellen würden.<sup>40</sup> Unter diesen Umständen kann die Einwilligung in die Spende nicht als frei gelten.

Bedenklich ist ebenfalls, ob das bioethische Prinzip der *non-maleficence*, wobei jeder mögliche Schaden vermieden werden soll, gewahrt wird. Die kommerzielle Organspende könnte physischen, aber auch psychischen Schaden verursachen.<sup>41</sup> Die Studien unter Organspenderinnen im Iran stellen nicht nur fest, dass die Mehrheit nach der Spende Gefühle wie Depression, Verzweiflung und Hoffnungslosigkeit äusserte. Viele gaben zusätzlich an, Angst vor sozialer Ächtung zu haben, da die kommerzielle Spende als beschämender Akt angesehen wird. Frustrationsgefühle stammen bei den Spenderinnen auch davon, dass die Hoffnung, eine finanzielle Notsituation mit der Spende nachhaltig zu überwinden, oft nicht erfüllt wird.<sup>42</sup> Auch zeigt eine Befragung, dass eine Mehrheit der Meinung ist, die Spende hätte sich negativ auf ihre Gesundheit und das Wohlbefinden ausgewirkt. Die Befragten beschwerten sich häufig über chronische postoperationelle Schmerzen und generelle negative Auswirkungen auf Körperfunktionen.<sup>43</sup> Diese Studien zeigen auf, dass das Prinzip der *non-maleficence* im iranischen Organspendemodell nicht eingehalten wird, da die psychische und physische Gesundheit unter der Spende leidet.

### 3. Indirekte nichtfinanzielle Anreize im israelischen Recht

Im Jahr 2008 führte Israel auf gesetzlicher Ebene ein Allokationsprioritätssystem ein mit dem Ziel, die Spenderate zu erhöhen.<sup>44</sup> Das System berücksichtigt vier nichtmedizinische Kriterien bei der Organvergabe und priorisiert die Kriterien unterschiedlich. Die medizinische Notwendigkeit hat weiterhin höchste Priorität beim Zuteilungsentscheid. Falls zwei Patientinnen auf der Organwarteliste den gleichen medizinischen Bedarf nach einer Organtransplantation haben, wird zunächst diejenige Person berücksichtigt,

---

DIANE M., Kidneys and Controversies in the Islamic Republic of Iran: The Case of Organ Sale, *Body & Society* 13.3/2007, 151-170, S. 165, 166.

40 FRY-REVERE, (Anm. 39), S. 2409.

41 DANOVITCH GABRIEL M., The high cost of organ transplant commercialism, *Kidney International* 85/2014, 248-250, 249.

42 FRY-REVERE, (Anm. 39), S. 2407, 2411 ff.

43 ZARGOOSHI JAVAD, Quality of Life of Iranian Kidney "Donors", *The Journal of Urology* 166/2001, 1790-1799. S. 1791, 1796, 1799 ff.

44 LAVEE JACOB / STOLER AVRAHAM, Reciprocal Altruism – The Impact of Resurrecting an Old Moral Imperative on the National Organ Donation Rate in Israel, *Law and Contemporary Problems* 77.3/2014, 323-336, 337, 338.

deren Verwandte ersten Grades postmortal ein Organ gespendet hat (Kriterium 1) oder die selbst bereits ein Organ gespendet hat (Kriterium 2). Diesen beiden Kriterien kommt die gleiche Priorität zu. Danach wird diejenige Person berücksichtigt, die ihr Einverständnis zur postmortalen Spende dokumentiert hat (Kriterium 3). Zuletzt wird diejenige Person priorisiert, deren Verwandte ersten Grades einen Organspenderausweis besitzen (Kriterium 4).<sup>45</sup>

Nach der Einführung dieser Regelung stieg nicht nur die Zahl der registrierten Organspenderinnen, sondern auch die Zahl der gespendeten Organe. Letztere Erhöhung ist vor allem der gestiegenen Einwilligungsrates bei der postmortalen Organspende von nahen Angehörigen zu verdanken.<sup>46</sup> Das israelische Recht sieht vor, dass die nahen Angehörigen ihre Einwilligung für die postmortale Spende geben müssen.<sup>47</sup> Angehörige geben die Einwilligung für die postmortale Spende vor allem dann, wenn die verstorbene Person eine registrierte Organspenderin war (89,4% im Vergleich zu 44,6%).<sup>48</sup>

#### 4. Ethisch-rechtliche Einschätzung des israelischen Modells

Die Frage, nach welchen Kriterien die Organallokation vorzunehmen ist, betrifft primär das bioethische Prinzip der Gleichheit und Gerechtigkeit (*equity and justice*). Dieses Prinzip fordert, dass die Verteilung von medizinischen Ressourcen basierend auf medizinischen Bedürfnissen und ihrer Dringlichkeit geschehen soll.<sup>49</sup> Dies gilt auch für die Organallokation.<sup>50</sup> Kritisiert wird das israelische Modell deshalb, da die Organverteilung auch nichtmedizinische Kriterien einbezieht.<sup>51</sup> Dagegen wird jedoch eingewendet, dass das israelische

---

45 Organ Transplantation Act 2008, siehe QUIGLEY MUIREANN / WRIGHT LINDA / RAVITSKY VARDIT, Organ Donation and Priority Points in Israel: An Ethical Analysis, *Transplantation* 93/2012, 970-973, S. 971.

---

46 LAVEE JACOB et al., Preliminary Marked Increase in the Nation Organ Donation Rate in Israel Following Implementation of a New Organ Transplantation Law, *American Journal of Transplantation* 13/2013, 780-785, S. 780, 781.

---

47 Anatomy and Pathology Act, siehe BOAS HAGAI / LAVI SHAI J., Organ Donation, Brain Death, and the Limits of Liberal Bioethics, in: Boas Hagai et al. (Hrsg.), *Bioethics and Biopolitics in Israel: Socio-legal, Political, and Empirical Analysis*, Cambridge 2018, 258-276, S. 272.

---

48 STOLER AVRAHAM et al. Incentivizing Authorization for Deceased Organ Donation With Organ Allocation Priority: The First 5 Years, *American Journal of Transplantation* 16/2016, 2639-2645, S. 2641.

---

49 BEAUCHAMP TOM L. / CHILDRESS JAMES F., *Principles of Biomedical Ethics*, 9. Aufl., S. 300.

---

50 VEATCH ROBERT M. / FRIEDMAN ROSS LAINIE, *Transplantation Ethics*, Washington 2014, S. 272.

---

51 BERZON CORINNE, Israel's 2008 Organ Transplant Law: continued ethical challenges to the priority points model, *Israel Journal of Health Policy Research*, 7.11/2018, S. 4, mit Hinweis auf BARILAN YECHIEL MICHAEL, From altruism to altruistic punishment:

System diesem Kriterium weiterhin höchste Priorität zuteilt. Ausserdem ist es weitgehend anerkannt, dass bei der Organallokation neben den medizinischen auch nichtmedizinische Kriterien, wie die Dauer auf der Warteliste, berücksichtigt werden.<sup>52</sup>

Kritisch zu betrachten ist jedoch die Priorisierung aufgrund des Spendewillens oder der Spende Angehöriger. Diejenigen, die nicht bereit sind, zu spenden bzw. ihren positiven Spendewillen zu dokumentieren, profitieren von den Taten anderer. Ethisch betrachtet ist dies heikel, da die Priorisierung und somit das Profitieren unabhängig vom Verhalten der fraglichen Person geschieht. Dies ist nicht vereinbar mit dem ethischen Prinzip der Reziprozität, welches als moralisches Prinzip sozialen Beziehungen unterliege.<sup>53</sup> Ausserdem ist dieses Kriterium fragwürdig, da es dazu motivieren könnte, gegen den Willen der verstorbenen Angehörigen die Einwilligung zur postmortalen Spende zu geben.<sup>54</sup> Dies ist hinsichtlich der Selbstbestimmung höchst problematisch.

## IV. Vereinbarkeit der Anreizmodelle nach iranischem und israelischem Vorbild mit dem Schweizer Recht

### 1. Prinzip der unentgeltlichen Organspende

Das Prinzip der unentgeltlichen Organspende ist sowohl im internationalen Recht als auch im schweizerischen Recht fest verankert. Gemäss Art. 21 des Übereinkommens über Menschenrecht und Biomedizin des Europarats und Art. 21 des Zusatzprotokolls (ZP) darf der menschliche Körper nicht für die Erzielung von finanziellen Gewinnen oder anderer vergleichbarer Vorteile verwendet werden. Die Bundesverfassung verbietet in Art. 119a BV den Handel mit menschlichen Organen und hält fest, dass die Spende unentgeltlich erfolgen muss. Das Transplantationsgesetz hält diese Vorgaben auf gesetzlicher Ebene in Art. 6 fest. Das Unentgeltlichkeitsprinzip verbietet, Organen einen Verkehrswert zuzuordnen.<sup>55</sup> Das Transplantationsgesetz sieht eine

---

a criticism on granting priority in the waiting list to donor card holders, Harefuah 153.3-4/2014, 223-225.

---

52 LEVY, (Anm. 5), S. 423; BERZON, (Anm. 51), S. 5.

---

53 QUIGLEY/WRIGHT/RAVITSKY, (Anm. 45), S. 971; BERZON, (Anm. 51), S. 5, 6.

---

54 QUIGLEY/WRIGHT/RAVITSKY, (Anm. 45), S. 972.

---

55 Zum Handelsbegriff siehe Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB), Nr. 13, Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 22. Juni 2004, 1456-1488, S. 1476, 1477.

Reihe von Ausnahmen von diesem Grundsatz vor, die nicht als «finanzieller Gewinn» oder «andere Vorteile» gelten. Art. 6 Abs. 2 Transplantationsgesetz erwähnt u.a. den Ersatz des Erwerbsausfalls und eine nachträgliche symbolische Geste der Dankbarkeit. Die Ausnahmen zeigen, dass die Unentgeltlichkeit relativ zu verstehen ist. Der Ausdruck «unentgeltlich» bedeutet deshalb nicht «ohne jegliche Gegenleistung», auch wenn die Gegenleistung monetären Wert hat.<sup>56</sup> Die *ratio legis* weist daraufhin, dass das Unentgeltlichkeitsprinzip das Unterverbinden von privaten entgeltlichen Transaktionen bezweckt, um der Gefahr der Ausbeutung von schwächeren Parteien zu begegnen.<sup>57</sup> Aus diesem Grund wären private entgeltliche Geschäfte mit Organen zwischen Spenderin und Empfängerin, wie es im iranischen System möglich ist, nicht mit dem Unentgeltlichkeitsprinzip vereinbar.<sup>58</sup> Die finanzielle Belohnung, die vom Staat entrichtet wird, ist jedoch anders zu bewerten, da dieser Anreiz den Organen keinen Verkehrswert zuordnet, sondern als Anreiz zur Förderung der Spende dient. Ein solches Instrument offeriert eine Belohnung als Geste für die Spende und nicht für das Organ als solches.<sup>59</sup>

## 2. Eigentumsrecht an Organen

Eine finanzielle Belohnung für ein Organ, so wie es im Iran für die Niere vorgesehen ist, wirft die Frage auf, wie über ein Organ verfügt werden kann. Sind der Körper und seine Teile Objekte des Rechts? Gibt es Eigentumsrechte an Organen und wem kommen sie zu? Ein Eigentumsrecht an Organen ist in der Lehre umstritten.<sup>60</sup> Überwiegend einig ist sich die Doktrin heute darüber, dass Körperteile und -substanzen nach der Trennung vom Körper eine Sachqualität erlangen.<sup>61</sup> Auch ist ein Verfügungsrecht über die eigenen Organe

---

56 MADER MÉLANIE, Organspende zwischen Unentgeltlichkeit und Belohnungsmodellen, Jusletter 22. November 2010, N 68–88.

57 ZEGG LADINA, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers – Ausdruck einer Wertvorstellung im Recht, in: Vasella Juana / Morand Anne-Sophie (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert. Zürich 2018, 51–77, S. 67 MADER MÉLANIE, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense: quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss., Basel 2010, N 696 ff.; Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl 2002 29, 137, 138.

58 Siehe auch MADER, (Anm. 56), N 89.

59 BREYER et al., (Anm. 5), S.198. Anderer Meinung, DELMONICO FRANCIS L. et al, Living and Deceased Organ Donation Should be Financially Neutral Acts, American Journal of Transplantation 15/2015, 1187–1191, S. 1187 ff.

60 BÜCHLER/MICHEL, (Anm. 17), S. 53 ff.

61 Statt vieler BSK ZGB II-WIEGAND, in: Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2019, vor Art. 641 ff. N 18.

anerkannt, welches aus den Persönlichkeitsrechten abgeleitet wird.<sup>62</sup> Das Verfügungsrecht unterliegt jedoch den Schranken der Sittlichkeit (Art. 20 OR) und der übermässigen Selbstbindung bzw. dem Verbot der Selbstentäusserung (Art. 27 ZGB). Mit Art. 27 ZGB unvereinbar ist das Übertragen des Verfügungsrechts über den eigenen Körper und seiner Teile, da die Bestimmungsrechte auf den Körper nicht verkehrsfähig sind.<sup>63</sup>

Die Frage nach dem Eigentumsrecht an Organen ist für ein finanzielles Anreizmodell, in dem der Staat die monetäre Belohnung ausrichtet, unerheblich, da der fragliche Anreiz dazu anregt, über das Verfügungsrecht an eigenen Organen Gebrauch zu machen. Der Staat erlangt dabei kein Eigentum an den Organen.<sup>64</sup> Private entgeltliche Geschäfte sind jedoch aufgrund der Sittlichkeitsnorm (Art. 20 OR) nichtig. Dass die Empfängerin des Organs die Spenderin direkt für das Organ bezahlt, verstösst gegen die in der europäischen Rechtskultur verankerte ethische Wertvorstellung der Unentgeltlichkeit der Spende.<sup>65</sup>

Die Einwilligung zur postmortalen Organspende eines nahen Angehörigen entgegen dem Willen der verstorbenen Spenderin, wie es im israelischen Modell möglich ist, verletzt Art. 27 ZGB, da das Verfügungsrecht über die eigenen Organe nicht übertragen werden darf.

### 3. Gerechte Allokation von Organen

Die Kriterien, die gewissen Personen eine bevorzugte Behandlung bei der Organallokation gewähren, müssen dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) standhalten. Gemäss Art. 119a Abs. 3 BV legt der Bund diese Kriterien fest. Dies ist im Transplantationsgesetz geschehen. Art. 18 TPG regelt, dass die Allokation gemäss den Kriterien der medizinischen Dringlichkeit, des medizinischen Nutzens und der Wartezeit auf der Organwarteliste vorgenommen wird. Es stellt sich die Frage, ob die Kriterien, die zu einer Allokationspriorisierung im israelischen Modell führen, mit Art. 8 Abs. 1 und 2 BV vereinbar wären.

---

62 BÜCHLER ANDREA / DÖRR BIANKA S., Medizinische Forschung an und mit menschlichen Körpersubstanzen. Verfügungsrechte über den Körper im Spannungsfeld von Persönlichkeitsrechten und Forschungsinteressen, ZSR 2008, 381-406, S. 388 ff.

63 BÜCHLER/MICHEL, (Anm. 17), S. 54.

64 Siehe auch MADER, (Anm. 56), N 110; ROTH CARSTEN, Eigentum an Körperteilen. Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin 2009, S. 84.

65 TAUPITZ JOCHEN, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile, in: Taupitz Jochen (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Heidelberg / New York 2007, S. 1 ff.

Im Fall der Organallokation gibt der Zweckartikel des Transplantationsgesetzes dem Rechtsgleichheitsgebot Kontur. Gemäss Art. 1 Abs. 2 TPG soll das Gesetz dazu beitragen, dass menschliche Organe für Transplantationszwecke zur Verfügung stehen. Eine Unterscheidung zwischen Spenderin und Nichtspenderin beim Allokationsentscheid würde dem öffentlichen Interesse der Erhöhung der Verfügbarkeit von Organen dienen.<sup>66</sup> Eine Unterscheidung wäre auch durch den Schutz der öffentlichen Gesundheit, welcher in Art. 119a BV und Art. 1 Abs. 3 TPG festgehalten ist, gerechtfertigt. Ein Priorisierungssystem, welches dazu führt, dass mehr Organe zur Verfügung stehen, dient der Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes derjenigen, die auf ein Organ angewiesen sind. Eine Unterscheidung zwischen Spenderinnen und Nichtspenderinnen ist deshalb mit dem Rechtsgleichheitsgebot grundsätzlich vereinbar.<sup>67</sup>

Das Diskriminierungsverbot verbietet die Ungleichbehandlung aufgrund eines sogenannten verpönten Merkmals, eines Persönlichkeitsmerkmals, welches derart wesentlich ist, dass es der Person nicht möglich oder zumutbar ist, sich dieses Merkmals zu entledigen.<sup>68</sup> Die Allokationspriorisierung im israelischem Recht wird aufgrund der Bereitschaft zur Organspende vorgenommen und knüpft nicht an ein verpöntes Merkmal an, weshalb das Diskriminierungsverbot nicht verletzt ist.<sup>69</sup>

#### 4. Freie und informierte Einwilligung in die Organspende

Das Transplantationsgesetz fordert in Art. 8 die Zustimmung als Voraussetzung zur Entnahme von Organen, sei es von einem postmortalen oder einem Lebendspender. Diese Bestimmung ist Ausdruck der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Schutzes der Menschenwürde und der Persönlichkeit. Um den Grundsatz der Selbstbestimmung zu verwirklichen, muss die Einwilligung frei und nach gebührender Aufklärung erfolgen (*informed consent*).<sup>70</sup> Vor allem beim finanziellen Anreizmodell gemäss iranischem Recht stellt sich die Frage, ob das Anbieten einer finanziellen Belohnung eine Art Druck oder Zwangssituation erschafft, die eine freie Zustimmung verunmöglicht.

Grundsätzlich ist ein solches Anreizsystem mit der freien Zustimmung vereinbar, da sein Ziel nicht darin liegt, Druck auf die Spenderin auszuüben,

---

66 BGE 123 I 112, 136.

67 BAUMGARTNERSTEPHANIE, Organtransplantation – Zustimmung- oder Widerspruchslösung?, Zürich 2015, S. 17, 24.

68 BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (OFK BV), 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 8, N 22 ff.

69 MADER, (Anm. 56), N 98 ff.

70 MAIRE, (Anm. 18), S. 72, 73.

sondern, in erster Linie, die Spende gemäss dem ethischen Prinzip der Reziprozität besser zu würdigen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt jedoch, dass die Modalitäten des Anreizes so ausgestaltet sind, dass kein Druck zur Spende entsteht.<sup>71</sup> Die Allokationspriorisierung gemäss israelischem Modell ist bezüglich der freien Einwilligung unproblematisch. Der Vorteil wirkt indirekt. Deshalb ist die Gefahr der Entstehung einer Drucksituation gering. Im Gegensatz dazu bietet das iranische Modell einen direkten Vorteil an, welcher oftmals Druck oder sogar Zwang verursacht zu spenden, in der Hoffnung, finanzielle Nöte zu überwinden. Die freie Willensbildung ist oftmals beeinträchtigt.<sup>72</sup>

## V. Schlussbetrachtung

Der Organmangel in der Schweiz ist und bleibt eine Herausforderung. Die unbefriedigende Lage hat den Bundesrat dazu bewogen, dem Wechsel zur Widerspruchslösung grundsätzlich zuzustimmen. Die ethisch-rechtliche Würdigung des Widerspruchmodells hat aufgezeigt, dass im Vergleich zum jetzigen Zustimmungmodell die Persönlichkeitsrechte, insbesondere das Selbstbestimmungsrecht, weniger gut geschützt werden können. Ausserdem wird die Einführung des Widerspruchmodells als isolierte Massnahme nicht zur Steigerung der Spenderate führen, wie die erneuten wissenschaftlichen Analysen, die der Bund in Auftrag gegeben hat, bestätigen.

Der Staat hat in der Schaffung eines Anreizsystems eine weitere Handlungsmöglichkeit, die der Steigerung der Spenderate dient. Anreize können die Diskrepanz zwischen der generell positiven Einstellung zur Organspende in der Bevölkerung und der tatsächlichen Situation, die geprägt ist von einer hohen Ablehnungsrate, überwinden. Im Iran und Israel sind bereits zwei verschiedene Anreizmodelle umgesetzt worden. Das iranische Nierentransplantationsmodell zeigt, dass direkte finanzielle Anreize eine Massnahme darstellen, die zu einer Erhöhung der Spenderzahl führen. Das System weist jedoch Defizite auf. Ausgehend von den Lebensrealitäten der Spenderinnen wird sichtbar, dass die jetzigen Regelungen den Spenderinnen wenig Schutz bieten, sodass in vielen Fällen die Menschenwürde nicht gewahrt werden kann. Konkret erschaffen finanzielle Nöte in vielen Fällen Drucksituationen, in denen die Einwilligung nicht mehr als frei gelten kann. Ausserdem wird das Prinzip der *non-maleficence* verletzt, da die Modalitäten rund um die

---

71 HOLLIGER, (Anm. 21), S. 44.

72 Siehe Kap. III.2.

Spende, wie der ungenügende Zugang zur nachgängigen medizinischen Versorgung oder die soziale Stigmatisierung, die physische und die psychische Integrität der Spenderin verletzen. Rechtlich betrachtet ist die private finanzielle Entschädigung für ein Organ nicht mit dem schweizerischen Recht vereinbar. Sie steht im Widerspruch zum Transplantationsgesetz, der Bundesverfassung und den internationalen Verpflichtungen, die die Schweiz mit der Ratifizierung des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin und des Zusatzprotokolls über die Transplantation des Europarates übernommen hat. Eine staatliche finanzielle Belohnung wäre jedoch vom Unentgeltlichkeitsprinzip nicht tangiert, wenn sie so ausgestaltet wäre, dass den Organen kein Verkehrswert zukommt. Ein solcher Anreiz könnte bereits unter der geltenden Rechtslage eingeführt werden, wenn sie entsprechend Art. 6 Abs. 2 lit. c TPG als Geste der Dankbarkeit von symbolischer Natur wäre.

Hingegen ist die Allokationspriorisierung nach israelischem Recht rechtlich und ethisch betrachtet eine überzeugende Lösung. Das System hat klar zu einer Erhöhung der Zahlen geführt und ist mit dem Schweizer Recht grundsätzlich vereinbar. Die Kriterien der Organallokation in Art. 18 TPG müssten entsprechend angepasst werden. Kritisch zu bewerten ist lediglich die prioritäre Behandlung aufgrund der Spende oder des Spendewillens eines nahen Angehörigen. Sie könnte dazu verleiten, dass im Todesfall eines Angehörigen die Zustimmung für eine Spende entgegen seinem Willen gegeben wird. Im Falle einer Einführung in der Schweiz müsste sichergestellt werden, dass der Wille der Spenderin immer vorgeht, um ihre Persönlichkeitsrechte zu wahren. Eine solche Regelung könnte zwar dazu führen, dass die Spendezahlen weniger stark ansteigen, da Studien aus Israel zeigen, dass die Effektivität des israelischen Systems u. a. darin liegt, dass die Zustimmungsrate für die postmortale Spende Angehöriger seit der Einführung des Anreizsystems gestiegen ist. Dies zeigt lediglich, dass, auch wenn eine Allokationspriorisierung zu bevorzugen ist, eine Kombination aus nichtfinanziellen und finanziellen Anreizen am besten geeignet ist, um die Spenderate unter Einhaltung der Persönlichkeitsrechte zu steigern. Um den Organmangel zu überwinden, stellt die Integration eines Anreizsystems in das jetzige Zustimmungsmodell oder auch in das allfällig zukünftige Widerspruchsmodell eine vielversprechende Lösung dar. Gepaart mit den Massnahmen, die der Bund bereits im Rahmen des Aktionsplans «Mehr Organe für Transplantation» ergriffen hat, kann er so am effektivsten seine Verpflichtung erfüllen, alle geeigneten Massnahmen zur Förderung der Organspende zu ergreifen (Art. 18 ZP), die er mit der Ratifizierung des Zusatzprotokolls über die Transplantation zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates eingegangen ist, und das Leiden der Menschen, die auf eine Organspende angewiesen sind, verringern.



**Teil 2:**

# **Reaktionen des Rechts auf andere Krisen**



Mei Yi Lew

# Die humanitäre Aufnahme von geflüchteten Personen in der Krise\*

---

<b>I. Einleitung und Ausgangslage</b> .....	120
<hr/>	
<b>II. Die humanitäre Tradition der Schweiz im Asylrecht</b> .....	121
<hr/>	
<b>III. Die Aufnahme von geflüchteten Personen durch den Bund</b> ...	124
<b>1. Möglichkeiten zur Aufnahme</b> .....	124
a) Humanitäre Visa .....	124
b) Resettlement .....	125
c) Relocation .....	126
d) Zwischenfazit .....	128
<b>2. Aufnahmemöglichkeiten im Lichte         der humanitären Tradition</b> .....	128
<hr/>	
<b>IV. Die Aufnahme von geflüchteten Personen durch Kantone         oder Städte</b> .....	130
<hr/>	
<b>V. Fazit</b> .....	133

---

\* Der Text wurde zuletzt im Januar 2022 bearbeitet.

## I. Einleitung und Ausgangslage

Im September 2020 wurde das Vertriebenenlager Moria auf der griechischen Insel Lesbos durch einen Brand fast gänzlich zerstört. Schon davor hatten in dem überfüllten Lager katastrophale Zustände geherrscht. Nach dem Brand waren rund 12'600 Menschen obdachlos.<sup>1</sup> 400 unbegleitete Minderjährige wurden in der Folge evakuiert und in anderen europäischen Ländern aufgenommen. Der Bundesrat erklärte sich bereit, 20 minderjährige Asylsuchende in der Schweiz aufzunehmen.<sup>2</sup> Das Problem war damit bei Weitem nicht gelöst. Viele Nichtregierungsorganisationen forderten den Bund auf, mehr zu tun und weitere Asylsuchende aus Griechenland aufzunehmen. Auch mehrere Schweizer Städte erklärten sich bereit, eine grössere Zahl von Asylsuchenden aus Moria unterzubringen. Diesen Forderungen und Bemühungen wurde jedoch keine Folge geleistet.<sup>3</sup>

Knapp ein Jahr später nahmen die radikalislamistischen Taliban innert kürzester Zeit ganz Afghanistan und auch die Hauptstadt Kabul ein.<sup>4</sup> Unter ihrem Regime stehen Menschenrechtsverletzungen und Gewalt insbesondere an Frauen an der Tagesordnung.<sup>5</sup> Erneut forderten verschiedene Akteure die Aufnahme einer grösseren Zahl an gefährdeten Personen in der Schweiz, und mehrere Städte erklärten sich wieder bereit, diese bei sich unterzubringen.<sup>6</sup> Bisher beschloss der Bund jedoch lediglich die Aufnahme von 230 Afghaninnen und Afghanen, namentlich lokale Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Schweizer Kooperationsbüros in Kabul sowie deren Familienangehörige.<sup>7</sup>

Diese beiden tragischen Beispiele zeigen auf, dass es immer wieder zu Situationen kommen kann, die unzählige Menschen dazu zwingen, ihre Heimat oder ihren Aufenthaltsort zu verlassen. Derartige Krisen führen auch in der Schweiz zu Reaktionen,<sup>8</sup> und es stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist.

---

1 SRG, Brand in Moria: EU verspricht schnelle Hilfe für Kinder.

2 Medienmitteilung des Bundes, Lesbos: Schweiz leistet Hilfe vor Ort und beteiligt sich an der Aufnahme von unbegleiteten Minderjährigen.

3 ANNA JIKHAREVA, Zürich könnte 800 Menschen aufnehmen, Die Wochenzeitung vom 24. September 2020.

4 ANDREAS BABST, Kabul ist gefallen, NZZ vom 16. August 2021, S. 1.

5 HEATHER BARR (Human Rights Watch), Should Anyone Believe Taliban Pledges to Respect Women's Rights?; Amnesty International, Afghanistan: Unravelling of women and girls' rights looms as peace talks falter.

6 BALZ OERTLI (SRG), Schweizer Städte wollen mehr afghanische Flüchtlinge aufnehmen; CHRISTOF FORSTER, Die Schweiz wird keine zusätzlichen Flüchtlinge aufnehmen, NZZ vom 19. August 2021, S. 1.

7 SEM, Humanitäre Aufnahme von Personen aus Afghanistan in der Schweiz.

8 Vgl. JIKHAREVA (Anm. 3); BABST (Anm. 4), S. 1.

Die Schweiz bekennt sich seit langen Jahren zu ihrer «humanitären Tradition» – nicht nur, aber auch im Migrationsbereich.<sup>9</sup> Trotzdem sind ihre Reaktionen in den beiden Krisensituationen auf Lesbos sowie in Afghanistan sehr zurückhaltend ausgefallen – von einer wirklichen humanitären Aktion kann in keinem der beiden Fälle gesprochen werden. Der folgende Beitrag soll beleuchten, welche Möglichkeiten die Schweiz hätte, in Krisensituationen wie den vorgenannten gefährdete Personen aufzunehmen, welche Bedeutung ihnen vor dem Hintergrund der humanitären Tradition zukommt und welches Interesse daran besteht, von diesen Möglichkeiten tatsächlich Gebrauch zu machen.

## II. Die humanitäre Tradition der Schweiz im Asylrecht

Historisch taucht der Begriff der humanitären Tradition im Zusammenhang mit der Rolle der Schweiz bei der Begründung des humanitären Völkerrechts, im Rahmen von humanitären Einsätzen im Ausland wie auch in der Schweizer Asyl- und Migrationspolitik auf.<sup>10</sup> Humanität ist im Migrationsbereich nach wie vor ein wichtiges Thema.<sup>11</sup> Während sich aus dem flüchtlingsrechtlichen Prinzip des *Non-Refoulement* zwar die Pflicht ergibt, in der Schweiz befindliche Flüchtlinge nicht auszuweisen, besteht grundsätzlich weder basierend auf der Genfer Flüchtlingskonvention<sup>12</sup> noch auf dem Schweizer Asylrecht ein Anspruch des Einzelnen, zwecks Asylgewährung in die Schweiz einzureisen.<sup>13</sup> Wird dies dennoch gestattet, so wird dies regelmässig als Ausdruck der humanitären Tradition gesehen.<sup>14</sup>

---

9 PETER UEBERSAX, Das Asylrecht in der Schweiz – zwischen humanitärer Tradition und juristischer Realität, in: Philip Jaffé et al. (Hrsg.), *Les droits de l'enfant en situation de migration en Suisse: Protection, Prestations, Participation*, Genf 2018, 25-44, S. 26; VOLKER TÜRK, Internationale Kooperation und Solidarität – Lücke im internationalen Schutzsystem?, *Asyl Sonderheft 1/2018*, 4-8, S. 4-7.

---

10 UEBERSAX (Anm. 9), S. 26.

---

11 Vgl. SIMONETTA SOMMARUGA, (Völker-)rechtliche und humanitäre Verpflichtungen der Schweiz, *Asyl Sondernummer/11*, S. 23-26, S. 23.

---

12 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge abgeschlossen in Genf am 28. Juli 1951 (FK, SRO.142.30).

---

13 Vgl. ALBERTO ACHERMANN, Migrationsverfassung, in: Oliver Diggelmann et al. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz Band III*, Zürich 2020, 2183-2207, N 27-31; MARC SPESCHA et al., *Handbuch zum Migrationsrecht*, 4. Aufl., Zürich 2020, S. 421.

---

14 Vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2010 4455, 4467-4468; SEM, *Humanitäre Tradition*.

Der Begriff der Humanität ist in der Schweiz in Verfassungs- und Gesetzestexten nur sehr selten aufzufinden: So taucht der Begriff weder in der Bundesverfassung<sup>15</sup> noch im AsylG<sup>16</sup> auf, immerhin aber dreimal im AIG<sup>17</sup>. Er wird regelmässig dann verwendet, wenn die Behörden zwar nicht handeln müssen, es aber aus humanitären Gründen «können». <sup>18</sup> Als Ausnahme verzichtet Art. 3 Abs. 2 AIG auf das Wort «können» und hält verpflichtend fest, dass «Ausländerinnen und Ausländer [...] ebenfalls zugelassen [werden], wenn [...] humanitäre Gründe [...] es erfordern». Hierbei handelt es sich um einen Grundsatz der Zulassungspolitik und nicht um eine Bestimmung, aus welcher sich für Einzelpersonen direkt Rechte ableiten lassen. <sup>19</sup> Dennoch macht sie deutlich, dass im Schweizer Migrationsrecht durchaus eine Verpflichtung zum Handeln aus humanitären Gründen besteht.

In diesem Sinne hat der Bundesrat in Bezug auf die humanitäre Tradition wiederholt festgehalten, dass es sich bei der Asylgewährung um eine staatspolitische Maxime handelt, <sup>20</sup> aus welcher sich die Pflicht ergibt, «eine freie, weitherzige Aufnahme von Flüchtlingen in Aussicht zu nehmen»<sup>21</sup>. Demnach sollen Verfolgte in der Schweiz aufgenommen werden und ihnen soll Schutz gewährt werden. <sup>22</sup> Explizit Eingang in die Asylgesetzgebung fand dieses Prinzip zwar nicht, immerhin hält aber Art. 113 AsylG fest, dass der Bund sich an der Harmonisierung der europäischen Flüchtlingspolitik auf internationaler Ebene sowie an der Lösung von Flüchtlingsproblemen im Ausland beteiligt. Damit wird zumindest im Grundsatz die Verpflichtung zur

---

15 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

---

16 Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31).

---

17 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (AIG; SR 142.20); Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 67 Abs. 5 AIG.

---

18 Vgl. auch Art. 3 Abs. 4, Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 7 Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung vom 15. August 2018 (VEV; SR 142.204).

---

19 Vgl. UEBERSAX (Anm. 9), S. 30; SPESCHA et al. (Anm. 13), S. 99.

---

20 Stellungnahme des Bundesrates zur Motion Meier Fritz, Amtl. Bull. NR 1983 II 240; Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, BBl 1990 II 573, S. 577; Bericht des Bundesrates vom 1. Februar 1957 betreffend «Grundsätze für die Handhabung des Asylrechts in Zeiten erhöhter internationaler Spannung und eines Krieges», zitiert nach WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990, S. 10; vgl. ferner ACHERMANN (Anm. 13), N 30.

---

21 Bericht des Bundesrates vom 1. Februar 1957 betreffend «Grundsätze für die Handhabung des Asylrechts in Zeiten erhöhter internationaler Spannung und eines Krieges», zitiert nach KÄLIN (Anm. 20), S. 10.

---

22 Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, BBl 1990 II 573, S. 577; vgl. KÄLIN (Anm. 20), S. 9-10.

Zusammenarbeit mit anderen Staaten im Hinblick auf die Verteilung von Flüchtlingen festgehalten.<sup>23</sup>

Im (rechts-)politischen Diskurs stehen die humanitäre Tradition und mit ihr verbundene Bemühungen zur Aufnahme von geflüchteten Personen in einem Spannungsfeld zu Überfremdungsängsten<sup>24</sup> und verstärkten Grenzschutzmassnahmen, welche die Einreise von Personen auf der Flucht erheblich erschweren.<sup>25</sup> Während auf der einen Seite von gewissen Stimmen betont wird, dass eine restriktive Asylpolitik notwendig sei, um die humanitäre Tradition überhaupt aufrechterhalten zu können,<sup>26</sup> darf auf der anderen Seite nicht vergessen werden, dass gerade angesichts des immer stärkeren Grenzschutzes<sup>27</sup> im Interesse ihrer Weiterführung auch gewisse Ventile erforderlich sind, welche eine sichere Flucht ermöglichen.<sup>28</sup> KÄLIN hielt bereits 1990 fest, dass der Asylmaxime der Rang einer Staatszielbestimmung zukommt. Sie bildet Teilgehalt der Solidaritätsmaxime,<sup>29</sup> welche sich bereits der Präambel der Bundesverfassung entnehmen lässt,<sup>30</sup> und als solche dient sie Gesetzgeber und politischen Behörden als allgemeiner Richtpunkt und hat im Konflikt mit anderen Staatszielen nur dann zurücktreten, wenn sich diese als gewichtiger erweisen.<sup>31</sup> In jüngerer Zeit hielt in diesem Sinne auch ACHERMANN fest, dass dem Bekenntnis des Bundesrates zu einer offenen Aufnahmepraxis materiel-ler Verfassungsgehalt zugemessen werden kann.<sup>32</sup>

Auch wenn also weder die humanitäre Tradition noch die auf ihr fussende Asylmaxime rechtlich ausdrücklich normiert sind, haben sie in Recht und Politik ihre Spuren hinterlassen und bilden eine Leitlinie für staatliches Handeln.<sup>33</sup> Die Tatsache, dass auch heute im Asylbereich häufig die humanitäre

---

23 Vgl. ACHERMANN (Anm. 13), N 31.

24 Vgl. SPESCHA et al. (Anm. 13), S. 61.

25 UEBERSAX (Anm. 9), S. 26.

26 Vgl. Votum Fehr/SVP, 26. September 2005, Amtl. Bull. NR 2005, 1152; IRINA SILLE, Die Konstruktion der vorläufigen Aufnahme im politischen Prozess: Zwischen moralischer Argumentation und humanitärem Anspruch, Asyl 2/2017, 3-10, S. 8.

27 Vgl. SPESCHA et al. (Anm. 13), S. 77-87; Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl., Bern 2021, S. 54.

28 Vgl. UEBERSAX (Anm. 9), S. 43.

29 Vgl. dazu ferner PASCALE BAERISWYL, Internationale Kooperation und Solidarität – Das Engagement der Schweiz, Asyl SO/18, S. 12-15, S. 12.

30 Vgl. BSK BV-BELSER, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 Art. 2 BV N 13.

31 KÄLIN (Anm. 20), S. 11-12; vgl. ferner ACHERMANN (Anm. 13), N 30; PETER ZIMMERMANN, Der Grundsatz der Familieneinheit im Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, Berlin 1991, S. 51.

32 ACHERMANN (Anm. 13), N 30.

33 Vgl. ACHERMANN (Anm. 13), N 30; UEBERSAX (Anm. 9), S. 43-44; KÄLIN (Anm. 20), S. 11-12.

Tradition der Schweiz angerufen wird, zeigt die fortbestehende Aktualität der Asylmaxime.<sup>34</sup>

### III. Die Aufnahme von geflüchteten Personen durch den Bund

Die Asylgewährung ist gemäss Art. 121 Abs. 1 BV Sache des Bundes. Das Einreichen eines Asylgesuchs ist laut Art. 19 Abs. 2 AsylG nur auf dem Gebiet der Schweiz oder an der Grenze möglich. Entsprechend kann ein Asylgesuch erst gestellt werden, wenn eine Person bereits in die Schweiz eingereist ist oder sich zumindest an eine Landesgrenze begeben hat. Die Möglichkeit, im Ausland auf einer Schweizer Vertretung ein Asylgesuch zu stellen, wurde 2012 abgeschafft.<sup>35</sup> Es bestehen jedoch weiterhin gewisse rechtliche Möglichkeiten, Asylsuchenden die Einreise aus dem Ausland direkt in die Schweiz zu gestatten. Eine solche Ermöglichung der legalen Flucht für gewisse Personen betrachtet die Schweiz als Teil ihrer humanitären Tradition.<sup>36</sup> Die einzelnen Aufnahmemöglichkeiten sollen in den folgenden Abschnitten thematisiert werden.

#### 1. Möglichkeiten zur Aufnahme

##### a) Humanitäre Visa

Zunächst ist das in Art. 5 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 VEV normierte humanitäre Visum zu nennen. Letzterer Bestimmung zufolge kann Ausländerinnen oder Ausländern aus humanitären Gründen die Einreise für einen längerfristigen Aufenthalt bewilligt werden. Solche liegen nach Verordnungswortlaut insbesondere vor, wenn die betreffende Person unmittelbar, ernsthaft und konkret an Leib und Leben gefährdet ist. Humanitäre Visa haben mit der Abschaffung des Botschaftsasyls erheblich an Bedeutung gewonnen.<sup>37</sup> Zwar beschränkt sich der Verordnungswortlaut grundsätzlich nicht auf die

---

34 Vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2010 4455, 4467-4468; SEM, Humanitäre Tradition (Anm. 14); SIMONETTA SOMMARUGA, Das Asyl ist ein Grundpfeiler unserer Wertordnung, Asyl 50/13, S. 32-34, S. 32-33; vgl. ferner UEBERSAX (Anm. 9), S. 44.

35 Vgl. Dringliche Änderungen des Asylgesetzes vom 28. September 2012, AS 2012 5359.

36 Vgl. SEM, Humanitäre Tradition (Anm. 14); Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2010 4455, 4467-4468.

37 Vgl. SYLVAIN FÉLIX / JÉRÔME SIEBER / GREGOR CHATTON, Le «nouveau» visa humanitaire national: précision de cette notion à la lumière de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, Asyl 3/2019, 3-15, S. 3-4.



Visumsgewährung zur späteren Einreichung eines Asylgesuches,<sup>38</sup> es dürfte sich dabei aber um den Hauptanwendungsfall handeln.<sup>39</sup>

Die Ausstellungspraxis für humanitäre Visa ist restriktiv.<sup>40</sup> Sie werden grundsätzlich erst dann erteilt, «wenn bei einer Person aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich davon ausgegangen werden muss, dass sie sich im Heimat- oder Herkunftsstaat in einer besonderen Notsituation befindet, die ein behördliches Eingreifen zwingend erforderlich macht und es rechtfertigt, ihr – im Gegensatz zu anderen Personen in der gleichen Lage – ein Einreisevisum zu erteilen».<sup>41</sup> Art. 4 Abs. 2 VEV ist eine *Kann*-Bestimmung, und das Bundesverwaltungsgericht wiederholt in ständiger Rechtsprechung, dass generell kein Anspruch auf die Erteilung von humanitären Visa bestehe.<sup>42</sup> Positive Entscheide ergehen im Rahmen von Ermessensentscheiden<sup>43</sup> und sind selten: Im Jahr 2019 wurden 172 humanitäre Visa ausgestellt, im Pandemiejahr 2020 sogar lediglich 66.<sup>44</sup>

In der Vergangenheit wurden jedoch humanitäre Visa vor dem Hintergrund konkreter Beschlüsse in grösserer Zahl an bestimmte Personengruppen vergeben: So konnten von September bis November 2013 Verwandten von in der Schweiz lebenden syrischen Staatsangehörigen erleichtert humanitäre Visa erteilt werden.<sup>45</sup> Sodann entschloss sich der Bundesrat am 6. März 2015, weitere 1000 humanitäre Visa an Ehegatten und minderjährige Kinder von syrischen Staatsangehörigen zu vergeben, die in der Schweiz vorläufig aufgenommen (Art. 83 AIG) waren.<sup>46</sup> Damit wurde die Möglichkeit der Vergabe von humanitären Visa genutzt, um Opfern einer Krise, konkret des Syrien-Konflikts, zu helfen.

## b) Resettlement

Eine weitere Möglichkeit, besonders schutzbedürftige Personen direkt aus dem Ausland aufzunehmen, ist das sogenannte *Resettlement*. Dieses findet

---

38 Vgl. BVGer, D-6224/2014, 19. Januar 2015, E. 4.5.

39 Vgl. ROBIN STÜNZI, Les mesures dissuasives et leurs limites: données empiriques et réflexion au sujet du nouvel art. 3 al. 3 LAsi et de la suppression des demandes d'asile en ambassade, Asyl 4/2014, 26–33, S. 30–31.

40 Vgl. Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Anm. 27), S. 78.

41 BVGer, F-5412/2019, 11. März 2020, E. 3.3.

42 Anstelle vieler: BVGer, F-5412/2019, 11. März 2020, E. 3.1; BVGE 2018 VII/5 E. 3.1.

43 Vgl. BVGer, F-6882/2018, 27. März 2019, E. 5; F-5845/2017, 8. Juni 2018, E. 6.8.

44 SEM, Visa Monitoring. Jahresausgabe 2020.

45 SEM, Vorübergehende Visaerleichterungen für Verwandte von syrischen Staatsangehörigen aufgehoben; SEM, Verwandte von syrischen Staatsangehörigen in der Schweiz können leichter einreisen.

46 SEM, Bundesrat beschliesst zusätzliche Massnahmen für Opfer des Syrienkonflikts.

seine Rechtsgrundlage in Art. 56 AsylG, welcher festhält, dass grösseren Flüchtlingsgruppen aufgrund eines Entscheides des Bundesrates bzw. kleineren (konkret bis zu 100 Personen)<sup>47</sup> aufgrund eines Entscheides des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) Asyl gewährt werden kann.<sup>48</sup> Die im Rahmen des *Resettlement* aufgenommenen Personen werden in der Schweiz einem Kanton zugeteilt und als Flüchtlinge anerkannt.<sup>49</sup>

Wenn der Bundesrat bzw. das EJPD beschlossen hat, ein Kontingent an Flüchtlingen aufzunehmen, trifft das UN-Hochkommissariat für Flüchtlinge (UNHCR) eine Vorselektion und schlägt besonders schutzbedürftige Personen für das Programm vor. Den Endentscheid über die Aufnahme trifft das Staatssekretariat für Migration (SEM).<sup>50</sup> Kriterien sind unter anderem die Schutzbedürftigkeit und das Integrationspotential.<sup>51</sup>

Ziel von *Resettlement* ist es, langfristige Lösungen für Flüchtlinge zu finden, welche im Land, in dem sie um Schutz ersucht haben, aufgrund der dortigen Situation gefährdet sind. Es ist ein Instrument der internationalen Solidarität, welches Staaten ermöglichen soll, in Flüchtlingsfragen Verantwortung zu teilen.<sup>52</sup> Häufig werden *Resettlement*-Entscheide vor dem Hintergrund humanitärer Krisen getroffen: In der jüngeren Vergangenheit lag in der Schweiz ein Fokus z.B. auf Syrien und anderen Krisenregionen im Nahen Osten.<sup>53</sup> Für die Jahre 2020 und 2021 hat der Bundesrat die Aufnahme von 1600 schutzbedürftigen Personen beschlossen.<sup>54</sup> Auch die nach dem Einmarsch der Taliban in Kabul evakuierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Schweizer Kooperationsbüros sowie deren Familienangehörige wurden diesem Kontingent angerechnet.<sup>55</sup>

### c) Relocation

Nicht mit *Resettlement* zu verwechseln ist *Relocation*. Bei Letzterem handelt es sich um ein europäisches Umverteilungsprogramm, in dessen Rahmen

---

47 Vgl. Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1, 74.

48 MARTINA CARONI et al., Migrationsrecht, 4. Aufl., Bern 2018, S. 432-433.

49 OFK Migrationsrecht-HRUSCHKA, in: Marc Spescha et al. (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK Migrationsrecht-VERFASSE\*IN), Art. 56 AsylG N1.

50 SEM, Resettlement.

51 IOM, Resettlement.

52 UNHCR Resettlement Handbook, Genf 2011, S. 36.

53 SEM, Resettlement (Anm. 50).

54 a.a.O.

55 Vgl. SEM, Humanitäre Aufnahme Afghanistan (Anm. 7).

Asylsuchende innerhalb von Europa einem bestimmten Staat zugewiesen werden.<sup>56</sup> Dort durchlaufen sie dann ein nationales Asylverfahren.<sup>57</sup> Ziel davon ist es, die Staaten an den europäischen Aussengrenzen zu entlasten, welche aufgrund der in der Dublin-III-Verordnung<sup>58</sup> aufgestellten Kriterien<sup>59</sup> für besonders viele Asylgesuche zuständig sind.<sup>60</sup>

*Relocation*-Programme werden von der Europäischen Kommission auf Basis von Art. 78 Abs. 3 AEUV<sup>61</sup> beschlossen.<sup>62</sup> Solche Beschlüsse sind für die EU-Staaten verbindlich.<sup>63</sup> Die Schweiz hat sich im Jahr 2015 bereit erklärt, am ersten europäischen Umverteilungsprogramm teilzunehmen, und hat 1500 Asylsuchende aus Griechenland und Italien aufgenommen.<sup>64</sup> Nach dem Brand in Moria im Jahr 2020 erklärte sich das SEM überdies auf eine informelle Anfrage von Deutschland hin bereit, 20 unbegleitete Minderjährige Asylsuchende, welche aus dem Lager evakuiert worden waren, aufzunehmen.<sup>65</sup>

Für diese Personen wird die Einreise bewilligt und ein Selbsteintritt i. S.v. Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung verfügt, d. h., die Schweiz erklärt sich für ein Asylgesuch zuständig, obwohl sie aufgrund der Kriterien von Art. 7-15 Dublin-III-Verordnung nicht zuständig wäre.<sup>66</sup> Auf dieser Basis wird sodann in der Schweiz ein nationales Asylverfahren durchgeführt. Selbsteintritte werden in der Regel durch das SEM verfügt, im Falle der *Relocation* jedoch durch den Bundesrat für eine grössere Gruppe an Personen.<sup>67</sup>

---

56 CARONI et al. (Anm. 48), S. 433.

57 SEM, Resettlement-Programme seit 2013.

58 Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, vom 26. Juni 2013 (Dublin-III-Verordnung; Verordnung Nr. 604/2013).

59 Vgl. Art. 7-15 Dublin-III-Verordnung.

60 SEM, Resettlement-Programme seit 2013 (Anm. 57).

61 Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union.

62 Vgl. Beschluss (EU) 2015/1523 zur Einführung von vorläufigen Massnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; Beschluss (EU) 2015/1601 zur Einführung von vorläufigen Asylmassnahmen zugunsten von Italien und Griechenland.

63 Vgl. EuGH, C-643/15, 647/15, 6. September 2017.

64 SEM, Resettlement-Programme seit 2013 (Anm. 57).

65 Medienmitteilung des Bundes, Lesbos: Schweiz leistet Hilfe vor Ort und beteiligt sich an der Aufnahme von unbegleiteten Minderjährigen.

66 LUZI STAMM (NR/SVP), Anfrage «Vorschlag der Bundespräsidentin zur Neuverteilung der Flüchtlinge» vom 25. September 2015.

67 a.a.O.

#### d) Zwischenfazit

Die Schweiz hat mehrere Möglichkeiten, Personen auf der Flucht die Einreise in die Schweiz zu gestatten. Beim humanitären Visum (a) handelt es sich um eine gesetzlich normierte (Art. 5 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 VEV) Möglichkeit, welche an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Die Erteilung ergeht jedoch im Rahmen von Ermessensentscheiden und die Anwendung wird äusserst restriktiv gehandhabt. Bei *Resettlement* (b) und *Relocation* (c) handelt es sich hingegen um politische Entscheide, die betreffend die Aufnahme einer ganzen Personengruppe durch den Bundesrat oder das EJPD gefällt werden.<sup>68</sup> Während bei *Resettlement*-Entscheiden den betroffenen Personen direkt Asyl gewährt wird, bedeutet ein humanitäres Visum oder ein *Relocation*-Entscheid nur die Erteilung einer Einreisebewilligung zur Stellung eines Asylgesuchs bzw. zur Durchführung eines nationalen Asylverfahrens in der Schweiz.

Die Möglichkeit der Teilnahme der Schweiz an einem *Resettlement*- oder *Relocation*-Programm hängt auch von der Durchführung eines solchen Programmes seitens des UNHCR bzw. der EU ab.<sup>69</sup> Soweit eine solche im Gang ist, liegt es im politischen Ermessen der Schweiz, daran teilzunehmen. Fehlen entsprechende Programme, bleibt das Handlungsinstrument des humanitären Visums.

Damit hat der Bund verschiedene Handlungsmöglichkeiten, wenn er Personen aus dem Ausland aufnehmen will. Es besteht jedoch grundsätzlich keine Verpflichtung dazu.

## 2. Aufnahmemöglichkeiten im Lichte der humanitären Tradition

Die verschiedenen Möglichkeiten, die der Bund hat, um geflüchtete Personen aus dem Ausland aufzunehmen, gelten als Ausprägung der humanitären Tradition der Schweiz.<sup>70</sup> Sie bieten den Schweizer Behörden die rechtlichen Möglichkeiten, entsprechend zu handeln.

In Erinnerung zu rufen ist an dieser Stelle, dass vor dem Hintergrund der humanitären Tradition der Schweiz der Asylmaxime als Staatsziel verpflichtender Charakter zukommt.<sup>71</sup> Im Einzelfall ist zu entscheiden, ob anderen Staatszielen und Interessen ein stärkeres Gewicht zukommt.<sup>72</sup> Die Asyl-

---

68 Vgl. OFK Migrationsrecht-HRUSCHKA (Anm. 49), Art. 56 AsylG N 1-3; CARONI et al. (Anm. 48), S. 433.

69 SEM, *Resettlement* (Anm. 50); SEM, *Resettlement-Programme seit 2013* (Anm. 57).

70 SEM, *Humanitäre Tradition* (Anm. 14).

71 Vgl. Kapitel II.

72 Vgl. KÄLIN (Anm. 20), S. 11-12.

gewährung soll der Rettung von Menschen in Not dienen<sup>73</sup> – mithin kommt ihr vor dem Hintergrund humanitärer Krisen, wo besonders viele Menschen in Gefahr sind, ein besonderes Gewicht zu. Dies sollte von den zuständigen Behörden, wenn sie über die Aufnahme von geflüchteten Personen entscheiden, als Leitlinie vor Augen behalten werden.

Im einleitend erwähnten Beispiel der Krise in Moria ist zusätzlich zu beachten, dass diese durch eine extreme Überbevölkerung des griechischen Lagers entstanden ist.<sup>74</sup> Wie Asylsuchende in Europa gerecht verteilt werden können, ist ein komplexes Thema, welches an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden kann. Wohl zu Recht wird jedoch das durch die Dublin-III-Verordnung festgelegte Zuweisungssystem ohne wirkliche Lastenteilung als unsolidarisch kritisiert.<sup>75</sup> Gemäss einer Studie von nccr on the move,<sup>76</sup> welche neben der Bevölkerungszahl auch Faktoren wie das Bruttoinlandprodukt, die Landesfläche und die Arbeitslosenquote berücksichtigt, war Griechenland in mehreren Jahren und auch 2020 verglichen mit anderen europäischen Staaten stark überbelastet, während die Belastung in der Schweiz leicht unterdurchschnittlich war.

Die Vermeidung von Überlastungen bestimmter Staaten und damit die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten ist für das Funktionieren des Dublin-Systems unerlässlich.<sup>77</sup> Der Grundsatz der Solidarität ist für die EU-Mitgliedstaaten in Art. 80 AEUV festgehalten. Daraus ergibt sich laut EuGH, dass *Relocation*-Beschlüsse für diese verbindlich sind.<sup>78</sup> Da die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, gilt der AEUV für sie nicht, und sie untersteht auch nicht der Gerichtsbarkeit des EuGH. Der Schweiz war jedoch bei ihrer Assoziierung an das Dublin-System bekannt, dass es zu «Asylkrisen» kommen könnte, denn solche werden explizit im Erwägungsgrund 22 der Dublin-III-Verordnung erwähnt. Auch die Schweiz bekennt sich sodann in der Präambel der BV sowie implizit in Art. 2 Abs. 4 und Art. 54 Abs. 2 BV zur internationalen Solidarität.<sup>79</sup> Eine Verbindlichkeit von *Relocation*-Beschlüssen für die Schweiz kann zwar

---

73 Vgl. UEBERSAX (Anm. 9), S. 25.

74 Vgl. ETIENNE PIGUET, Comment partager la responsabilité de l'asile en Europe?, Asyl 1/2021, 17-21, S. 18.

75 Vgl. ACHERMANN (Anm. 13), N 34; SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Mehr Solidarität im Europäischen Asylsystem, QFLR Special Edition 2017, 14-16.

76 NCCR on the move, Was wäre eine gerechte Verteilung von Flüchtlingen in Europa?.

77 Vgl. SIMONETTA SOMMARUGA, Asylpolitik und Solidarität, Asyl Sonderheft 1/2018, 9-11. S. 10; SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Mehr Solidarität im Europäischen Asylsystem, QFLR Special Edition 2017, 14-16.

78 EuGH, C-643/15, 647/15, 6. September 2017.

79 Vgl. ASTRID EPINEY / MARKUS KERN, Aussenverfassung, in: Oliver Diggelmann et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Band III, Zürich 2020, 2151-2182, N 18.

basierend darauf nicht angenommen werden. Vor dem Kontext der Assoziierung an das Dublin-System sollte die Solidarität innerhalb des Systems aber immerhin als Grundsatz bei Entscheiden zur Teilnahme an einem *Relocation*-Programm beachtet werden. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund der humanitären Tradition, welche ebenfalls auf dem Solidaritätsgedanken<sup>80</sup> fusst.<sup>81</sup> Bei Krisen wie 2020 in Moria ist solche Solidarität mit umso grösserer Dringlichkeit geboten.<sup>82</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Schweiz kennt verschiedene Möglichkeiten, Asylsuchende aus dem Ausland aufzunehmen. Während sich aus diesen Möglichkeiten zwar keine individuellen Rechtsansprüche auf Aufnahme ergeben, so hat sich die Schweiz mit ihrer humanitären Tradition doch zu einer «weiterzigen»<sup>83</sup> Asylgewährung verpflichtet<sup>84</sup> – ein Grundsatz, dem in Krisenzeiten besondere Beachtung geschenkt werden sollte. Wenn die Möglichkeiten, schutzbedürftige Personen aus dem Ausland aufzunehmen, der Weiterführung der humanitären Tradition dienen sollen,<sup>85</sup> so sollte diese in der tatsächlichen Anwendung dieser Möglichkeiten auch berücksichtigt werden.

## IV. Die Aufnahme von geflüchteten Personen durch Kantone oder Städte

Nach den Ereignissen in Moria zeigten sich mehrere Schweizer Städte hilfsbereit und wollten ein Kontingent an geflüchteten Personen aus Moria aufnehmen.<sup>86</sup> Der Bundesrat jedoch war nicht bereit, der Aufforderung der Städte zu folgen, und rechtfertigte dies damit, dass aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen keine rechtliche Möglichkeit für die Direktaufnahme von Asylsuchenden durch Schweizer Städte bestehe.<sup>87</sup>

---

80 Vgl. Präambel der BV.

---

81 Vgl. Kapitel II.

---

82 Vgl. PIGUET (Anm. 74), S. 18.

---

83 Bericht des Bundesrates vom 1. Februar 1957 betreffend «Grundsätze für die Handhabung des Asylrechts in Zeiten erhöhter internationaler Spannung und eines Krieges», zitiert nach KÄLIN, (Anm. 20), S. 10.

---

84 Vgl. KÄLIN (Anm. 20), S. 12.

---

85 Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2010 4455, 4467-4468; SEM, Humanitäre Tradition (Anm. 14).

---

86 FLORIAN SCHOOP, Stadt will Flüchtlinge aus Moria unterbringen, NZZ vom 23. September 2020, S. 16.

---

87 SIBEL ARSLAN (NR/Grüne), Frage «Keine bürokratischen Hürden für die Angebote der Städte, Flüchtlinge aus Moria aufzunehmen» vom 10. September 2020.

Die Asylgewährung ist aufgrund von Art. 121 BV Sache des Bundes. Auch über die drei in Kapitel III vorgestellten Möglichkeiten zur Aufnahme von Asylsuchenden aus dem Ausland entscheidet grundsätzlich der Bund, nicht die Kantone oder Gemeinden. Entsprechend ist es den Kantonen und Gemeinden nicht erlaubt, selbst einen Asylentscheid oder einen Entscheid über die Einreise von Asylsuchenden zur Stellung eines Asylgesuchs zu treffen. Fraglich bleibt, ob der Bund es aufnahmebereiten Städten ermöglichen könnte, eine Gruppe von Asylsuchenden unterzubringen – genau darauf bezogen sich in der Vergangenheit deren Forderungen.<sup>88</sup>

Wie der Bundesrat in seiner Antwort auf eine Interpellation von Nationalrätin Arslan ausführt, hätten direkt aus Moria aufgenommene Asylsuchende zunächst in einem Bundesasylzentrum für zwei Wochen in Quarantäne untergebracht werden müssen,<sup>89</sup> um dann anschliessend auf die Kantone verteilt zu werden.<sup>90</sup> Die Zuteilung richtet sich nach Art. 27 AIG, bei Einverständnis der betroffenen Kantone können diese zusätzliche Personen aufnehmen.<sup>91</sup> Die kantonsinterne Zuweisung der Personen in die betreffenden Gemeinden wäre dann Sache des jeweiligen Kantons.<sup>92</sup>

Betroffen von dem Entscheid, Personen in bestimmten Städten aufzunehmen, wären sowohl der Bund, der jeweilige Kanton als auch die Stadt selbst. So kämen durch die Aufnahme auch auf den Bund und die Kantone gewisse Kosten zu.<sup>93</sup> Anerkannte Flüchtlinge geniessen sodann das Recht, ihren Aufenthaltsort frei zu wählen (Art. 26 FK), womit ihr langfristiges Verbleiben in der jeweiligen Stadt nicht garantiert werden kann. Insofern kann eine Stadt keinen autonomen Entscheid über die Aufnahme von Schutzbedürftigen während und nach ihrem Asylverfahren treffen. Der Bund sollte jedoch die Aufnahmebereitschaft gewisser Städte (neben allfälligen gegenläufigen Interessen von Bund und Kanton) zumindest begünstigend berücksichtigen. Überdies kann die Aufnahme zumindest nicht aufgrund eines Mangels an rechtlichen Möglichkeiten abgelehnt werden.<sup>94</sup>

In den eingangs erwähnten Beispielen von Moria und Afghanistan, wo mehrere Städte die Aufnahme einer bestimmten Zahl von Personen forderten,

---

88 Vgl. JIKHAREVA (Anm. 3).

89 Dieser Schritt dürfte ausserhalb von Pandemiezeiten wegfallen.

90 a.a.O.

91 Vgl. SEM, Artikel F5 Handbuch Asyl und Rückkehr: Die Kantonsverteilung, S. 1.

92 SEM, Artikel F5 Handbuch Asyl und Rückkehr: Die Kantonsverteilung (Anm. 91), S. 5.

93 Vgl. dazu Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999 (AsylV 2; SR 142.312).

94 Vgl. SIBEL ARSLAN (NR/Grüne), Frage «Keine bürokratischen Hürden für die Angebote der Städte, Flüchtlinge aus Moria aufzunehmen» (Anm. 87).

kommen als Handlungsinstrumente in erster Linie *Relocation*- oder *Resettlement*-Beschlüsse in Frage. Erstere Option ist dann von Bedeutung, wenn es um die Umverteilung von Asylsuchenden innerhalb des Anwendungsbereiches der Dublin-III-Verordnung geht. Diese müssten dann in der Schweiz noch ein Asylverfahren durchlaufen.<sup>95</sup> Im letzteren Fall würde einer Personengruppe aus einem Drittstaat direkt Asyl erteilt.<sup>96</sup>

Während zwar die Asylgewährung Sache des Bundes ist, haben auch die Kantone eigene Kompetenzen, Aufenthaltsbewilligungen zu erteilen. Namentlich fällt der Familiennachzug gemäss Art. 42 ff. AIG in ihren Kompetenzbereich.<sup>97</sup> Der Familiennachzug für Personen mit Aufenthaltsbewilligung nach Art. 44 AIG ist ein Ermessensentscheid.<sup>98</sup> Sollten demnach einzelne Kantone bereit sein, Personen aus einem Krisengebiet aufzunehmen, können sie dies zumindest Familienangehörigen von in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Personen bei gegebenen Voraussetzungen einfacher ermöglichen, indem sie ihr Ermessen grosszügig handhaben und in der Interessenabwägung<sup>99</sup> auch die Situation im Heimats- bzw. Aufenthaltsstaat der potentiell nachzuziehenden Person berücksichtigen. Zu beachten bleibt, dass gemäss Art. 6 ZV-EJPD<sup>100</sup> bestimmte Entscheide über den Familiennachzug, z.B. solche, die nach Ablauf der Nachzugsfristen von Art. 47 AIG ergehen, dem SEM zur Zustimmung unterbreitet werden müssen. In diesen Fällen kann das SEM unter Umständen einen Ermessensentscheid der kantonalen Behörde umstossen.

Zusammengefasst hat der Bund damit die Möglichkeit, schutzbedürftige Personen für ihr Asylverfahren aufnahmebereiten Kantonen oder Städten zuzuweisen. Autonom kann ein Kanton im Rahmen seiner Kompetenzen im Bereich des Familiennachzuges durch grosszügige Handhabung seines Ermessenspielraumes agieren.

---

95 Vgl. Kapitel III.1.c).

96 Vgl. Kapitel III.1.b).

97 CARONI et al. (Anm. 48), S. 230-234.

98 CARONI et al. (Anm. 48), S. 224; OFK Migrationsrecht-SPESCHA (Anm. 49), Art. 44 AIG N1.

99 Vgl. OFK Migrationsrecht-SPESCHA (Anm. 49), Art. 44 AIG N 4-5.

100 Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide vom 13. August 2015 (ZV-EJPD; SR142.201.1).



## V. Fazit

Die tragischen Ereignisse auf der Insel Lesbos im Jahr 2020 und diejenigen in Afghanistan im Folgejahr haben auf eindrückliche Weise gezeigt, dass es immer wieder zu Krisen kommt, welche Personen dazu zwingen zu fliehen. Die Schweiz mit ihrer humanitären Tradition bleibt gefordert. Dabei ist Hilfe vor Ort, wann immer möglich, sehr wichtig. Gänzlich lassen sich Fluchtbewegungen aber wohl nie verhindern, weshalb die Schweiz als internationale Akteurin auch ein Interesse daran hat, Personen auf der Flucht zu helfen.<sup>101</sup> Das Schweizer Recht bietet die rechtlichen Möglichkeiten dazu: Legale Fluchtwege können durch humanitäre Visa oder *Resettlement*-Programme, auf europäischer Ebene auch durch europäische Umverteilungsprogramme (*Relocation*) ermöglicht werden.<sup>102</sup>

Um vor diesem Hintergrund eine glaubwürdige und funktionierende Aussenpolitik betreiben zu können, ist Humanität und damit grenzüberschreitende Solidarität unerlässlich.<sup>103</sup> Dazu hat sich die Schweiz vielfach bekannt. Gerade vor dem Hintergrund von Krisen wie in Moria oder Afghanistan ist die Schweiz demzufolge verpflichtet, diese humanitären Grundsätze als Leitlinie zu beachten, wenn sie über die Aufnahme von schutzbedürftigen Personen entscheidet.<sup>104</sup> Denn wenn die viel gelobte humanitäre Tradition in Krisen nicht zur Anwendung kommt – wann dann?

---

101 Vgl. UEBERSAX (Anm. 9), S. 43.

---

102 Vgl. Kapitel III.1.

---

103 Vgl. SOMMARUGA (Anm. 77), S. 9-11.

---

104 Vgl. Kapitel III.2.



Thomas Schaad

# Mit Poulantzas über die Corona-Krise nachdenken? Einführende Überlegungen

---

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>136</b>
<hr/>	
<b>II. Nicos Poulantzas und der autoritäre Etatismus</b> .....	<b>137</b>
<b>1. Zum Leben von Nicos Poulantzas</b> .....	<b>137</b>
<b>2. Zum Werk von Nicos Poulantzas</b> .....	<b>137</b>
a) Der Staat als materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses mit relativer Autonomie .....	<b>138</b>
b) Der ökonomische Staatsapparat .....	<b>141</b>
c) Die Funktion des Rechts .....	<b>142</b>
<b>3. Einblicke in das Konzept des autoritären Etatismus</b> .....	<b>144</b>
<hr/>	
<b>III. Corona-Regime und autoritärer Etatismus</b> .....	<b>146</b>
<hr/>	
<b>IV. Schlussbemerkungen</b> .....	<b>150</b>

## I. Einleitung

Die sog. Corona-Krise prägt seit fast zwei Jahren die Schweiz. Sie hat über 13'000 Tote gefordert,<sup>1</sup> das Gesundheitswesen an den Rand eines Kollapses gebracht und ist immer noch nicht unter Kontrolle. Für Juristinnen von hauptsächlichem Interesse sind in diesem Zusammenhang die staatlichen Reaktionen auf diese Situation. Und diese sind nahezu beispiellos in der Geschichte der Schweiz. Im Rahmen des sog. Corona-Regimes räumte das Parlament mitten in einer Session das Feld, der Bundesrat führte zusammen mit Krisenstäben die Schweiz auf dem Verordnungsweg und Grundrechte wurden in kaum gekanntem Umfang eingeschränkt. Das Ausmass und die Geschwindigkeit, mit denen sich diese und weitere Veränderungen im Staat während der Corona-Krise beobachten lassen, überraschen. Wie sind diese Veränderungen zu verstehen? Sind sie bloss temporäre Abweichungen von einem Normalzustand, zu dem wieder zurückgekehrt wird, wenn die Krise vorbei ist? Oder verändert sich der Staat gerade fundamental? Ist der Staat in der Krise? Und was ist überhaupt der Staat?

Diese einfach zu formulierenden, aber grossen Fragen beschäftigen, und eine Auseinandersetzung mit ihnen ist zentral. Um sie zu bearbeiten, muss das Corona-Regime in Bezug gesetzt werden zu staatsrechtlichen Konzepten. Nur so werden wirkliche Erkenntnisse möglich, die über eine bloss nachvollziehende Beschreibung von Vorgängen hinausgehen und Entwicklungen in einem grösseren Kontext verorten können. Eine solche umfassende Untersuchung übersteigt aber bei Weitem, was hier möglich ist (und der Autor sich zutraut). Dieser Beitrag strebt daher Bescheideneres an, nämlich zu beantworten, ob bei einer solchen umfassenden *Untersuchung die kritische Staatstheorie von Nicos Poulantzas hilfreich sein kann, um über das Corona-Regime nachzudenken*. Oder m.a.W. warum sollen künftige Untersuchungen die Theorien vom Poulantzas berücksichtigen? Zur Beantwortung dieser Fragen wird nachfolgend in das Werk von Poulantzas eingeführt, wobei sein Konzept des *autoritären Etatismus* besondere Beachtung findet. Seine Überlegungen werden dann ausgewählten Elementen der Corona-Krise gegenübergestellt. So wird untersucht ob, eine (über diesen Beitrag hinausgehende) Auseinandersetzung mit Poulantzas lohnenswert ist, um über die grossen Fragen der Corona-Krise nachzudenken.

---

1 Stand am 24. Mai 2022: 13'317 an Covid-19 verstorbenen Personen, gem. Daten Informationen zur aktuellen Lage des Bundesamtes für Gesundheit vom 24. Mai 2022.

## II. Nicos Poulantzas und der autoritäre Etatismus

### 1. Zum Leben von Nicos Poulantzas

Nicos Poulantzas wurde am 21. September 1936 in Athen geboren, absolvierte dort das Gymnasium und das Studium der Juristerei. Ab 1957 trat er einen Dienst in der Marine an und ging 1960 nach München und Paris, um zu promovieren. Seine Doktorarbeit trägt den Titel «Renaissance des Naturrechts in Deutschland» (1961), auf die 1964 seine Habilitation über den «Begriff der Natur der Sache in der gegenwärtigen Philosophie und Soziologie des Rechtes» folgte. Während dieser Zeit hatte er eine Assistenzstelle und lehrte Rechtsphilosophie an der Universität Sorbonne. Als nach der Mai-Revolution 1968 die Reformuniversität Vincennes gegründet wurde, lehrte Nicos Poulantzas dort Sozialwissenschaften. 1974 unterrichtete er kurzzeitig an der Universität Frankfurt, bevor er eine Gastprofessur an der Universität Athen antrat. Am 3. Oktober 1979 nahm sich Nicos Poulantzas mit 43 Jahren das Leben, nachdem er seit Längerem an einer Depression gelitten hatte.<sup>2</sup>

### 2. Zum Werk von Nicos Poulantzas

Die Arbeiten von Nicos Poulantzas in der kritischen Theorie hatten nicht nur, als sie erschienen, eine grosse Bedeutung, sondern behalten diese bis heute. Dies zeigt sich am Umfang neuerer Literatur, die zu Poulantzas' Wirken erscheint<sup>3</sup> oder auf ihn Bezug nimmt<sup>4</sup>. Zudem wird er in der aktuellen Rechtssoziologie weiterhin als Vertreter der marxistischen Rechtskritik rezipiert.<sup>5</sup> Aktuell wird auch der staatliche Umgang mit der Pandemie unter Bezugnahme auf seine Theorien untersucht.<sup>6</sup> Poulantzas hat durch sein Wirken aber nicht

---

2 Vgl. zum Ganzen ALEX DEMIROVIĆ, Nicos Poulantzas, Eine kritische Auseinandersetzung, Berlin, 1987, S. 6 ff.; ALEX DEMIROVIĆ / STEPHAN ADOLPHS / SERHAT KARAKAYALI, Einleitung, in: Alex Demirović / Stephan Adolphs / Serhat Karakayali (Hrsg.), Das Staatsverständnis von Nicos Poulantzas, Baden-Baden 2010, S. 12 f.

3 Vgl. beispielsweise an jüngeren Publikationen: Jean-Numa Ducange / Razmig Keucheyan (Hrsg.), The End of the Democratic State, 2019 Cham; Tobias Boos / Hanna Lichtenberger / Armin Puller (Hrsg.), Mit Poulantzas arbeiten, Hamburg 2017; Alex Demirović / Stephan Adolphs / Serhat Karakayali (Hrsg.), Das Staatsverständnis von Nicos Poulantzas, Baden-Baden 2010; Lars Bretthauer et al. (Hrsg.), Poulantzas lesen, Hamburg 2006.

4 Anstelle vieler weiterer vgl. TERESA PULLANO, La Citoyenneté européenne, Paris 2014; BOB JESSOP, State Power: a Strategic-Rational Approach, Cambridge 2008 (zit. als State Power).

5 Vgl. SUSANNE BAER, Rechtssoziologie, 4. Auflage, Baden-Baden, 2021, § 4 N 157-159.

6 Vgl. etwa THÉO BOURGERON, 'Let the virus spread'. A doctrine of pandemic management for the libertarian-authoritarian capital accumulation regime, Organization,

nur einen theoretischen, sondern auch einen realen politischen Einfluss bis heute.<sup>7</sup> So taufte etwa die Partei SYRIZA, welche Griechenland von 2014 bis 2019 regierte, ihren Think-Tank Nicos-Poulantzas-Institut<sup>8</sup> und orientiert sich in ihrer Politik an seinen Theorien.<sup>9</sup>

Inhaltlich befasste sich Nicos Poulantzas im Laufe seines kurzen Lebens zunächst intensiv mit Rechtstheorie<sup>10</sup> und verlagerte seinen Schwerpunkt später in die Staatstheorie.<sup>11</sup> Von einem marxistischen Hintergrund ausgehend untersuchte er die grundlegenden Fragen, was der Staat (im Kapitalismus und in einer Klassengesellschaft) ist und wie seine Veränderungen verstanden werden können. In seinen Arbeiten setzte er sich auch intensiv und kritisch mit den diesbezüglichen Konzepten seiner Zeitgenossen Michel Foucault<sup>12</sup> und Louis Althusser<sup>13</sup> auseinander. Diese Debatte um die (richtige) kritische Staatstheorie wurde in den 70er-Jahren breit geführt<sup>14</sup> und Poulantzas hat bedeutende Beiträge hierzu geleistet.<sup>15</sup> Seine diesbezüglichen Überlegungen sind zu umfassend, um sie hier vollständig wiederzugeben. Deshalb werden hier nur drei seiner zentralen Überlegungen zu Staat und Recht umrissen, da sie für die Gedanken zur Corona-Krise bedeutsam sind.

#### a) Der Staat als materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses mit relativer Autonomie

Die Originalität und Bedeutung von Poulantzas' materialistischer Staatstheorie liegt darin, dass er den Zusammenhang zwischen (konkreten) gesellschaft-

---

2021, 1-13; KLAUS DÖRRE, Die Corona-Pandemie – eine Katastrophe mit Sprengkraft, Berliner Journal für Soziologie, 2020, 165-190, S. 182.

7 Hervorzuheben ist sein Einfluss auf die sog. Eurokommunistische Bewegung; vgl. dazu etwa MARCO DI MAGGIO, The Eurocommunism of the Intellectuals: Poulantzas and the Third Way to Socialism, in: Jean-Numa Ducange / Razmig Keucheyan (Hrsg.), The End of the Democratic State, 2019 Cham, 93-107.

8 Vgl. Website des Nicos-Poulantzas-Institut.

9 So der *Guardian* kritisch: PAUL MASON, Greece in chaos: will Syriza's last desperate gamble pay off?, The Guardian, 29. Juni 2015.

10 Vgl. JAMES MARTIN, Ontology and law in the early Poulantzas, History of European Ideas, 2009, 465-474 (zit. als Ontology); SONJA BUCKEL, Die juristische Verdichtung der Kräfteverhältnisse, in: Lars Bretthauer et al. (Hrsg.), Poulantzas lesen, Hamburg 2006, 171-187, S. 171.

11 Vgl. JAMES MARTIN, Poulantzas: From Law to the State, in: Jean-Numa Ducange/Razmig Keucheyan (Hrsg.), The End of the Democratic State, 2019 Cham, 123-133, S. 123 f. (zit. als Law to State); zudem Poulantzas «Staatstheorie» von 1978; «Die Krise der Diktaturen» von 1975; «Politische Macht und gesellschaftliche Klassen» von 1968.

12 Vgl. NICOS POULANTZAS, Staatstheorie, Hamburg 2002, S. 74 f., 93 ff., 105 ff.

13 Vgl. POULANTZAS, S. 59 ff.

14 Vgl. DEMIROVIĆ/ADOLPHS/KARAKAYALI, S. 9; PULLANO, S. 220.

15 Vgl. JESSOP (State Power), S. 137 f.

lichen Verhältnissen und dem Staat ins Zentrum seiner Überlegungen stellt. Diese sog. «relationale Perspektive» ermöglicht es, verschiedene Staaten in ihren spezifischen Verhältnissen zu untersuchen.<sup>16</sup> Pointiert kommt diese Perspektive in seiner Charakterisierung des *Staates als spezifischer Ausdruck der materiellen Verdichtung eines Kräfteverhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen*<sup>17</sup> zum Ausdruck.

Damit erteilt er der (strikten) Trennung von Staat und Gesellschaft eine Absage,<sup>18</sup> indem er die Verbundenheit der beiden betont und sich von etablierten Auffassungen abgrenzt. Einerseits ist der Staat nicht, wie bei Hegel, autonomes Subjekt und Repräsentant der Vernunft. Er kann daher auch nicht über der Gesellschaft stehen und sie lenken, vielmehr ist er Ausdruck der Gesellschaft selbst, weil er eine Ebene der Gesellschaft ist.<sup>19</sup> Andererseits ist der Staat auch nicht als passives Objekt oder neutrales Werkzeug zu verstehen, das von dieser oder jener Klasse (oder Klassenfraktion) manipuliert werden kann, wenn sie an die Macht gelangt. Diese Auffassung des Staates als blosses Werkzeug war teilweise in der marxistischen Staatstheorie verbreitet.<sup>20</sup> Mit anderen Worten macht Poulantzas mit seiner Formel deutlich, dass er den Staat weder als ein über den gesellschaftlichen Verhältnissen stehendes und lenkendes Subjekt sieht noch als ein willenloses Objekt, über welches Fraktionen der Gesellschaft nach Belieben frei verfügen können.<sup>21</sup> Vielmehr ist der Staat nach Poulantzas als «*soziales Verhältnis*» zu sehen<sup>22</sup>. Er ist von gesellschaftlichen Auseinandersetzungen durchzogen und wird durch sie immer wieder neu geschaffen.<sup>23</sup> Und weil der Staat die *materielle Verdichtung von Kräfteverhältnissen* ist, ist er auch kein «monolithischer Block». Seine Teile, Ebenen und Machtzentren sind ebenfalls von Auseinandersetzungen durchzogen und können darum Inkohärenzen aufweisen.<sup>24</sup>

---

16 Vgl. JESSOP (State Power), S. 125.

17 Vgl. POULANTZAS, S. 159.

18 Vgl. DEMIROVIĆ/ADOLPHS/KARAKAYALI, S. 13.

19 Vgl. POULANTZAS, S. 160 der sich explizit auf Hegel bezieht; DEMIROVIĆ/ADOLPHS/KARAKAYALI S. 13.

20 Vgl. POULANTZAS, S. 40, 160; PULLANO, S. 221.

21 Vgl. dazu auch BOP JESSOP, Kapitalistischer Staatstyp und autoritärer Etatismus, in: Lars Bretthauer et al. (Hrsg.), Poulantzas lesen, Hamburg 2006, S. 50 ff. (zit. als Staatstyp).

22 JESSOP (State Power), S. 118f., 125; PULLANO, S. 219.

23 Vgl. GUNDULA LUDWIG / BIRGIT SAUER, Engendering Poulantzas oder: Sinn und Zweck feministischer Anrufung materialistischer Staatstheorie, in: Alex Demirović / Stephan Adolphs / Serhat Karakayali (Hrsg.), Das Staatsverständnis von Nicos Poulantzas, Baden-Baden 2010, S. 177.

24 Vgl. JESSOP (State Power), S. 124; PULLANO, S. 223.

Aber dieser Staat erfüllt bei Poulantzas auch eine ganz bestimmte *Funktion*, und zwar, die *kapitalistischen Produktionsverhältnisse zu konstituieren und zu reproduzieren*.<sup>25</sup> Dies tut er aber aufgrund seiner Struktur und nicht weil bestimmte Fraktionen der Gesellschaft den Staat quasi an sich gerissen haben. JESSOP schreibt zu dieser Struktur, Poulantzas «argued that political class domination is inscribed in the material organization and institutions of the state system; and that this ‘institutional materiality’ is grounded in turn in the relations of production and the social division of labour».<sup>26</sup> Poulantzas betont zudem, dass der Staat schon immer konstitutiv in den Produktionsverhältnissen und ihrer Reproduktion anwesend war und ihnen nie nur «äusserlich» gegenüberstand.<sup>27</sup> Produktionsverhältnisse existieren bei ihm nicht eigenständig, sondern nur in Verbindung mit dem Staat, der diese organisiert und reproduziert.

Seiner Funktion, die Produktionsverhältnisse insgesamt zu organisieren und zu reproduzieren, kann der Staat aber nur nachkommen, wenn er relativ unabhängig von den Interessen bestimmter Fraktionen (z.B. «den Banken») ist. Diese Erkenntnis bezeichnet er mit seiner Formulierung, dass der Staat über eine *relative Autonomie* verfügt.<sup>28</sup> Nach Poulantzas ist diese relative Autonomie konstitutiv für den kapitalistischen Staat.<sup>29</sup>

In engem Zusammenhang mit dem Staat steht für Poulantzas die Nation, welcher er viel Beachtung schenkt.<sup>30</sup> Sie ist nicht deckungsgleich mit dem Staat<sup>31</sup> und keine transhistorische und natürliche Realität<sup>32</sup>, sondern das Produkt staatlicher Intervention.<sup>33</sup> Die konstitutiven Elemente der Nation sind für ihn die ökonomische Einheit (Binnenmarkt), das Territorium und die Tradition.<sup>34</sup> Hierbei setzte er sich über die Frage des Territoriums bzw. der Tradition mit der Raummatrix bzw. Zeitmatrix des kapitalistischen Staates auseinander<sup>35</sup>, die Raum und Zeit strukturieren. Seine diesbezüglichen Überlegungen

---

25 Vgl. POULANTZAS, S. 46 f., 56.

---

26 JESSOP (State Power), S. 120.

---

27 Vgl. POULANTZAS, S. 45; JESSOP (State Power), S. 119.

---

28 Vgl. POULANTZAS, S. 158 ff.; BAER, § 4 N 157.

---

29 Vgl. POULANTZAS, S. 158.

---

30 Vgl. dazu das Kapitel «4. Die Nation» in POULANTZAS, S. 123 ff.

---

31 Vgl. POULANTZAS, S. 124 ff. der als Beispiel Vielvölkerstaaten nennt, die mehrere Nationen umfassen können. Er erklärt aber, dass der Nationalstaat heute die Normalform darstellt.

---

32 Vgl. PULLANO, S. 224.

---

33 Vgl. JESSOP (State Power), S. 136.

---

34 Vgl. POULANTZAS, S. 130.

---

35 Vgl. POULANTZAS, S. 130 ff., 139 ff.; PULLANO, S. 207 ff.



können hier nicht umfassend wiedergegeben werden, weshalb hier nur festgehalten wird, dass diese Matrizen auf die einzelne Person u.a. individualisierend, homogenisierend, aber auch zusammenfassend wirken. So schreibt POULANTZAS: «Der Nationalstaat verwirklicht die Einheit der Individuen des Volkes und der Nation in derselben Bewegung, in der er ihre Individualisierung gestaltet.»<sup>36</sup>

### b) Der ökonomische Staatsapparat

Wie erwähnt, kommt bei Poulantzas die Aufgabe der Reproduktion der kapitalistischen Produktionsverhältnisse dem Staat zu. Diese Aufgabe übernimmt der Staat für das Bürgertum, welches die kapitalistische Produktionsweise aufrechterhalten will. Doch warum gelingt es dem Bürgertum eigentlich, die eigene Herrschaft aufrechtzuerhalten?

In der Beantwortung dieser Frage spielen in der kritischen Theorie die sog. Staatsapparate eine entscheidende Rolle. Anknüpfend an Antonio Gramsci und Louis Althusser hat Poulantzas die zwei Kategorien *repressive Staatsapparate* (RSA) und *ideologische Staatsapparate* (ISA) übernommen, wenn auch nicht ohne Kritik.<sup>37</sup> Unter RSA sind Institutionen wie Polizei, Gerichte, Gefängnisse, Armee etc. zu verstehen. Die ISA umfassen dagegen beispielsweise Kirche, Schule, Familie, Parteien und Verbände.<sup>38</sup> Anzumerken ist, dass die Bezeichnung «Staatsapparat» nicht in einem öffentlich-rechtlichen Sinne zu verstehen ist. Staatsapparate bezeichnen in der kritischen Theorie einen sehr weiten Kreis von Institutionen und Verhältnissen, die auch privatrechtlicher Natur sein können.<sup>39</sup>

Die Überlegung in Zusammenhang mit diesen zwei Staatsapparaten und der Reproduktion bürgerlicher Herrschaft beschreibt Poulantzas wie folgt: «Der Staat kann die politische Herrschaft nicht allein durch Repression oder nackte Gewalt sanktionieren und reproduzieren, sondern greift direkt auf die Ideologie zurück, die die Gewalt legitimiert und zur Organisation eines Konsenses bestimmter beherrschter Klassen und Fraktionen mit der politischen Macht beiträgt.»<sup>40</sup> Gemeint ist damit, dass die Reproduktion von gesellschaftlichen Verhältnissen alleine durch Zwang nicht funktioniert, sondern dass sie

---

36 POULANTZAS, S. 137.

37 Vgl. POULANTZAS, S. 59, der explizit auf Gramsci und Althusser verweist; DEMIROVIĆ, S. 90f.; JOHN KANNANKULAM, Autoritärer Etatismus, in: Alex Demirović/Stephan Adolphs/Serhat Karakayali (Hrsg.), Das Staatsverständnis von Nicos Poulantzas, Baden-Baden 2010, S. 224f.

38 Vgl. KANNANKULAM, S. 224.

39 Vgl. POULANTZAS, S. 58.

40 POULANTZAS, S. 57.

immer auch von einem gewissen Konsens getragen werden muss. Die Herstellung dieses Konsenses ist die Aufgabe der ISA. Anzumerken ist, dass Ideologien hierbei nicht bloss Ideen und Vorstellungen bezeichnen, sondern gelebte Realitäten im Sinne von Bräuchen, Sitten, Lebensstilen etc.<sup>41</sup> Dieses Verhältnis zwischen Konsens, Zwang und Reproduktion bürgerlicher Herrschaft wird in der kritischen Theorie meist als Frage der *Hegemonie* diskutiert.<sup>42</sup>

Poulantzas hat nun in seinen Überlegungen zu RSA und ISA einen weiteren Staatsapparat hinzugefügt, den *Ökonomischen Staatsapparat (ÖSA)*.<sup>43</sup> In diesem Apparat konzentriert der Staat zunehmend seine ökonomischen Funktionen.<sup>44</sup> Und dieser Apparat wird je länger, je dominanter, was sich wie folgt erklärt: Die Nachkriegsstaaten waren angetreten, um die Wirtschaft (antizyklisch) zu steuern und für krisenfreie Ökonomie, Wachstum und Vollbeschäftigung zu sorgen. Aber dies schafften sie je länger, je weniger, sie konnten die ökonomischen Krisen nicht unter Kontrolle bringen (Ölkrise, Zusammenbruch des Systems von Bretton Woods, aufkommender Neoliberalismus und Monetarismus etc.).<sup>45</sup> Die Antwort des Staates auf diese Krisen war (und ist) in aller Regel die noch stärkere Intervention in die Ökonomie, was zu einem weiteren Ausbau des ÖSA führte (und führt). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang nun, dass der Staat trotz dieser Tendenz nicht dominanter wurde gegenüber der Ökonomie. Vielmehr war es genau umgekehrt, der Staat wurde immer abhängiger von ihr. Dies hat auch mit einer Verschiebung der ideologischen Funktion zu tun. Denn die politische Legitimität des Staates hängt je länger, je mehr vom Erfolg des ÖSA ab.<sup>46</sup> In diesem Sinne verliert der ISA an Bedeutung zugunsten des ÖSA.

### c) Die Funktion des Rechts

Poulantzas Überlegungen zum Recht haben sich im Laufe seines Lebens stark entwickelt und verändert. Nach dem Zweiten Weltkrieg intervenierte er in die wiederaufkommende Debatte um Naturrecht und Rechtspositivismus. Seine diesbezüglichen Überlegungen verwarf er aber in den späten 1960er-Jahren.<sup>47</sup>

---

41 Vgl. POULANTZAS, S. 57.

42 Vgl. BAER, § 4 N 158; KANNANKULAM, S. 227.

43 Vgl. POULANTZAS, S. 199 ff.; KANNANKULAM, S. 225 f.; DEMIROVIĆ, S. 91.

44 Vgl. POULANTZAS, S. 200.

45 Eine Ausführliche Auseinandersetzung mit der ökonomischen Situation kann an dieser Stelle nicht gemacht werden. Vgl. dazu POULANTZAS, S. 239 ff.; KANNANKULAM, S. 225 ff.

46 Vgl. KANNANKULAM, S. 225 f.

47 Vgl. MARTIN (Ontology), insb. S. 472, wo dies als «epistemologischer Bruch» charakterisiert wird; MARTIN (Law to State), insb. S. 127 f.

Die darauf folgende Auseinandersetzung mit dem Recht, insbesondere jene im Buch «Staatstheorie», steht im Zentrum des hier Dargestellten.<sup>48</sup> Dort befasst er sich unter anderem mit der marxistischen Rechtstheorie von Eugen Paschukanis<sup>49</sup> (bzw. der Staatsableitungsdebatte) sowie Foucaults Überlegungen zu Recht, Gesetz und Macht und kritisiert beide.<sup>50</sup> Nachfolgend werden nur zwei zentrale Aspekte dieser Auseinandersetzung dargestellt.

In Zusammenhang mit der zuvor beschriebenen Frage der Herstellung von Hegemonie und Konsens kommen bei Poulantzas auch Recht und Gesetz grosse Bedeutung zu, denn sie ermöglichen die notwendige Organisation der an der Macht beteiligten Fraktionen. Für die bürgerlichen Klassenfraktionen ist es (aufgrund der Konkurrenz, in welcher sie zueinander stehen) unmöglich, ein unmittelbar gemeinsames Interesse zu verfolgen. Darum müssen sie sich organisieren und es muss unter ihnen eine Hegemonie hergestellt werden.<sup>51</sup> Hier greift das Recht, indem es die Ausübung der politischen Macht durch die Staatsapparate und den Zugang zu diesen in allgemeiner, abstrakter und formaler Art regelt.<sup>52</sup> Zudem können aufgrund des Gesetzes bzw. Rechtes (mindestens formal) grundsätzlich alle gesellschaftlichen Gruppen über das Parlament legal an die Macht gelangen, was die Herstellung eines Konsenses begünstigt.<sup>53</sup> Weiter ermöglicht es den beherrschten Klassen, den herrschenden Klassen materielle Kompromisse abzurufen.<sup>54</sup> Diese regulierenden und integrierenden Funktionen haben gewichtige Folgen. Denn weil das kapitalistische Gesetz so politische Krisen dämpft und kanalisiert, ziehen sie keine tatsächlichen Staatskrisen nach sich<sup>55</sup>, sondern erlauben den geordneten Übergang (bzw. Zirkulation) von einer Hegemonie in die nächste.<sup>56</sup> Diese Funktionsweise des Rechtes bzw. Staates, die es dem Bürgertum ermöglicht, die notwendige Organisation und Hegemonisierung vorzunehmen, klärt auch die Frage, weshalb die bürgerliche Klasse ihre Herrschaft in genau dieser Form des Staates ausübt und nicht etwa durch eine direkte Klassenherrschaft.<sup>57</sup>

---

48 Vgl. POULANTZAS, insbes. S.104 ff. unter dem Titel «3. Das Gesetz».

49 Vgl. EUGEN PASCHUKANIS, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Freiburg 2003.

50 Vgl. etwa POULANTZAS, S. 74, 77 f., 81f., 91f., 96, 105 ff., 115 ff.

51 Vgl. BUCKEL, S. 174.

52 Vgl. POULANTZAS, S. 121.

53 Vgl. BUCKEL, S. 176.

54 Vgl. POULANTZAS, S. 113; MARTIN (Law to State), S. 129.

55 Vgl. POULANTZAS, S. 121, 234; BUCKEL, S. 175.

56 Vgl. JESSOP (State Power), S. 130.

57 In vorangegangenen Gesellschaften übte die herrschende Klasse ihre Macht jeweils unmittelbar aus. So war etwa im Feudalismus der Adel ökonomisch mächtig und politisch unmittelbar herrschend. Auf diese Thematik hatte schon Paschukanis hingewiesen, vgl. PASCHUKANIS.

Ferner ist es für Poulantzas ein Spezifikum des kapitalistischen Rechtes, dass es «(...) aus einem Ensemble abstrakter, allgemeiner, formaler und streng reglementierter Normen besteht». <sup>58</sup> Diese Normen sprechen neben ihrer repressiven Funktion der einzelnen Person auch real Rechte zu. <sup>59</sup> So sind im Kapitalismus alle vor dem Gesetz (mindestens formal) gleich und frei. Das ist ein zentraler Unterschied zu vorkapitalistischen Gesellschaften, in denen ein erheblicher Teil (z.B. Leibeigene) nicht frei waren. <sup>60</sup> Diese formale Gleichheit verschleiert einerseits die realen Unterschiede, die in der Gesellschaft bestehen (z.B. zwischen Arbeiterin und Kapitalistin). <sup>61</sup> Andererseits erlaubt sie Rechtssubjekten, miteinander und auf formal gleicher Ebene (Rechts-) Beziehungen einzugehen (z.B. als Arbeitsvertrag). <sup>62</sup>

MARTIN beschreibt diese zwei zentralen Aspekte des Rechts bei Poulantzas als: «[L]egal norms serve as both the condition for market relations but also the site of contest in and around the hegemonic power bloc.» <sup>63</sup>

### 3. Einblicke in das Konzept des autoritären Etatismus

Unter dem Titel «Der Verfall der Demokratie: Autoritärer Etatismus» beschäftigt sich Poulantzas mit einer Vielzahl von Entwicklungen des Staates, die er beobachtet und damit kommentiert, dass «man blind sein müsse, um nicht wahrhaben zu wollen, dass sich allmählich eine neue Staatsform durchsetze». <sup>64</sup> Diese neue Staatsform bezeichnet er als «*autoritären Etatismus*». <sup>65</sup> Auch hier kann keine umfassende Wiedergabe erfolgen, sondern nur eine Fokussierung auf Bedeutendes bezüglich des Corona-Regimes. <sup>66</sup>

Hintergrund des autoritären Etatismus waren die zuvor beschriebenen ökonomischen Krisen der 1970er-Jahre, die immer stärkere Interventionen des Staates in die Ökonomie zur Folge hatten, aber keine «erfolgreiche Lösung»

---

58 POULANTZAS, S. 115.

59 Vgl. POULANTZAS, S. 112f., BUCKEL S. 175.

60 Vgl. POULANTZAS, S. 116f.

61 Vgl. POULANTZAS, S. 116f.

62 Vgl. BUCKEL, S. 175, die in diesem Zusammenhang weiter ausführt, dass das Gesetz es ermöglicht, die in der gesellschaftlichen Arbeitsteilung produzierten vereinzelt «Monaden» als Einheit zu organisieren; vgl. hierzu auch POULANTZAS S. 116f.

63 MARTIN (Law to State), S. 131, MARTIN weist dort auch auf gewisse Stärken des Frühwerks hin.

64 POULANTZAS, S. 231.

65 POULANTZAS, S. 231.

66 Weiterführend zum autoritären Etatismus vgl. etwa JESSOP (Staatstyp), S. 56f.; KAN-NANKULAM, S. 223f.

der Krisen bieten konnten. In diesem Zusammenhang beobachtet Poulantzas drei Entwicklungen: eine *Macht- und Bedeutungsverschiebung weg von der Legislative hin zur Exekutive*, eine *Abnahme der Funktion des Gesetzes* und ein *Verblässen der Unterschiede der beiden Gewalten*.<sup>67</sup>

Wesentliche Ursache hierfür sind die staatlichen Interventionen in die Ökonomie im Sinne der obigen Ausführungen, die erfolgen, um die Reproduktion der kapitalistischen Produktionsverhältnisse zu sichern. Diese Interventionen werden zu immer zentraleren Momenten staatlichen Handelns, die immer öfter und schneller erfolgen müssen, wozu nur die Exekutive in der Lage ist. Hierdurch verliert das Parlament, welches eigentlich die Gesamtheit von Volk und Nation verkörpert<sup>68</sup> und zentral ist bei der Zirkulation der Hegemonie und der Herstellung von Kompromissen, an Bedeutung. Poulantzas schreibt in diesem Zusammenhang: «Die neue Rolle des Staates passt nicht mehr in das Modell allgemeiner, formaler und universaler Normen, das im Wesentlichen einem Engagement des Staates zur Aufrechterhaltung und Reproduktion der «allgemeinen Bedingungen» der Produktion angepasst war. Diese Rolle nimmt die Form spezieller Regelungen an, die auf die verschiedenen Konjunkturen, Situationen und auf bestimmte Interessen abgestimmt wird.»<sup>69</sup> Poulantzas hält zudem fest, dass die allgemeinen, universalen Gesetze, die auch weiterhin vom Parlament erlassen werden, im Grunde bloße Gesetzesrahmen seien, die erst dann in Kraft treten, wenn sie von der Exekutive einem Konkretisierungs- und Spezifizierungsprozess unterworfen worden sind. Zudem betont er die Bedeutung der Rolle der Gesetzesinitiative durch die Exekutive.<sup>70</sup> Weiter schreibt er: «Die im Parlament verkörperte Legitimation, deren Bezugsrahmen eine universelle Rationalität war, gleitet in die Legitimation einer Ordnung der instrumentalistischen Rationalität der Effektivität über, die von der Exekutive und Verwaltung verkörpert wird.»<sup>71</sup> Dies ist u.a. gemeint mit der Verschiebung von Macht und Bedeutung zur Exekutive und einer Abnahme der Funktion des Gesetzes. Und, je mehr die Exekutive derart rechtsetzend tätig wird, desto mehr verblässen auch die Unterschiede der Gewalten. Diese Tendenzen führen auch zu einer *Politisierung der Verwaltung*<sup>72</sup>.

Aufgrund all dieser Entwicklungen stellt Poulantzas zusätzlich einen *Bedeutungsverlust der Parteien* fest. Er schreibt, die Parteien seien nicht mehr

---

67 Vgl. POULANTZAS, S. 247f.

68 Vgl. POULANTZAS, S. 247.

69 POULANTZAS, S. 247.

70 Vgl. POULANTZAS, S. 248.

71 POULANTZAS, S. 247.

72 Vgl. POULANTZAS, S. 255; JESSOP (Staatstyp), S. 58.

der reale Ort der Austragung von Widersprüchen. Vielmehr seien sie zu Resonanzböden von Widersprüchen geworden, die in Verwaltung und Exekutive wirken.<sup>73</sup> JESSOP kommentiert hierzu: «Die Parteien erfüllen [...] nicht länger ihre traditionelle Funktion im Hinblick auf die politische Willensbildung [= *policy-making*] und in der Schaffung politischer Legitimität durch Wahlen. Sie sind jetzt kaum mehr als Transmissionsriemen für die offizielle Politik und unterscheiden sich allein darin, welche ihrer Aspekte sie zu popularisieren versuchen.»<sup>74</sup> Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der oben beschriebenen ISA von Bedeutung. Denn die Parteien waren stets ein wichtiger Teil der ISA, da sie einen Raum schufen für die Austragung gesellschaftlicher Konflikte. Poulantzas befasst sich in Zusammenhang mit dem Bedeutungsverlust der Parteien auch stark mit dem Aufkommen *herrschender Massenparteien*, vor allem in Zweiparteiensystemen.<sup>75</sup>

In Bezug auf die Nation stellt er fest, dass der Nationalstaat seine Bedeutung nicht abgibt an eine nationenübergreifende Struktur.<sup>76</sup>

Zusammenfassend beschreibt Poulantzas den autoritären Etatismus als Tendenz des Staates, sämtliche Bereiche des ökonomisch-gesellschaftlichen Lebens an sich zu reißen. Damit geht ein einschneidender Verfall der Institutionen der politischen Demokratie einher und es kommt zu massiven Einschränkungen von Freiheiten.<sup>77</sup> So verweist der autoritäre Etatismus nach Poulantzas auf eine politische Krise und eine Krise des Staates,<sup>78</sup> und er charakterisiert ihn als *zugleich Stärkung und Schwächung des Staates*<sup>79</sup>. JESSOP erklärt hierzu, dass der autoritäre Etatismus im Staat zwar die Staatsmacht auf Kosten der liberalen, repräsentativen Demokratie stärke, aber ihre Fähigkeit schwäche, bürgerliche Hegemonie zu sichern.<sup>80</sup>

### III. Corona-Regime und autoritärer Etatismus

Nach diesem Einblick in Poulantzas' Theorien stellt sich die Frage, ob in der Corona-Krise bzw. im Corona-Regime dieser autoritäre Etatismus erkennbar ist. Hierzu werden ausgewählte, charakteristische Erscheinungen des Corona-

---

73 Vgl. POULANTZAS, S. 260.

74 JESSOP (Staatstyp), S. 59.

75 Vgl. POULANTZAS, S. 262 ff.

76 Vgl. POULANTZAS, S. 243.

77 Vgl. POULANTZAS, S. 231f.

78 Vgl. POULANTZAS, S. 233.

79 Vgl. POULANTZAS, S. 234, 271.

80 Vgl. JESSOP (Staatstyp), S. 60.

Regimes in Bezug gesetzt zu Poulantzas' Überlegungen zum autoritären Etatismus. Dies mit dem Ziel, die Fragestellung zu beantworten, ob sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit Poulantzas lohnt, und nicht mit dem Anspruch, die einzelnen Erscheinungen umfassend zu untersuchen.

Die während der Corona-Krise festzustellende gewaltige *Macht- und Bedeutungsverschiebung weg von der Legislative hin zur Exekutive* dürfte allgemein bekannt sein und kann an dieser Stelle nicht umfassend beschrieben werden. Hervorzuheben ist aber der Sessionsabbruch der Bundesversammlung<sup>81</sup> und die grosse (not-)rechtsetzende Tätigkeit des Bundesrates.

Eingewendet werden könnte aber, dass im Vergleich zu Poulantzas' Überlegungen insofern ein Unterschied vorliege, als die aktuelle Verschiebung anlässlich einer Pandemie erfolgte. Poulantzas dagegen habe diesen Vorgang vor allem als von ökonomischen Krisen getrieben beschrieben. Gegen eine derartige Sichtweise würde Poulantzas aber wohl einwenden, sie sei in mehrfacher Hinsicht verkürzt. Zunächst ist das Konzept des autoritären Etatismus nicht einfach eine andere Bezeichnung für staatliche Interventionen in die Ökonomie, sondern sie ist die Beschreibung einer grundsätzlichen Tendenz der Transformation des Staates. Ausgelöst und getrieben durch die ökonomischen Krisen seit den 1970er-Jahren präsentiert sich der Staat heute ganz anders als noch vor 50 Jahren. Eben als autoritärer Etatismus mit einer mächtigen Exekutive und der Tendenz, sämtliche Bereiche des ökonomisch-gesellschaftlichen Lebens an sich zu reißen. Dieser Staat interveniert heute auch in Bereichen, die früher peripher waren.<sup>82</sup> Daher: Wenn uns der Bundesrat heute als alternativlose staatliche Instanz erscheint, um auf Pandemie und Krise zu reagieren, dann ist das nicht die Infragestellung des autoritären Etatismus, sondern dessen Bestätigung. Oder anders ausgedrückt: Die notrechtlich begründete Rettung der Grossbank UBS durch den Bundesrat 2008<sup>83</sup> kann als klassisches Beispiel für eine Intervention des ÖSA gesehen werden. Sie war der staatliche Versuch, einen Umgang mit einer ökonomischen Krise zu finden und die kapitalistischen Produktionsverhältnisse zu sichern. Das Corona-Regime insgesamt ist dagegen ein Beispiel für die viel grundsätzlichere Dominanz der Exekutive über die Legislative und somit ein Ausdruck des autoritären Etatismus. Zudem ist auch die Corona-Krise in vielerlei Hinsicht eine ökonomische Krise und dem ÖSA kommt im Corona-Regime entscheidende Bedeutung zu. Dies zeigt sich daran, dass ökonomische Fragen in der Corona-Krise mindestens den gleichen Stellenwert einnehmen wie gesundheitliche.

---

81 Abbruch der Frühjahrssession des National- und Ständerates am 15. März 2020.

82 Vgl. POULANTZAS, S. 242, der hier auch das Gesundheitswesen als Beispiel anführt.

83 Vgl. Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008 (AS 2008 4741, ausser Kraft).

Der Bundesrat erliess neben Verordnungen, die den Gesundheitsschutz betrafen, auch eine grosse Vielzahl, welche die Ökonomie betrafen,<sup>84</sup> und er verkürzt die Quarantänezeit u.a. aus wirtschaftlichen Überlegungen.<sup>85</sup> So versuchte er, die «grösste Wirtschaftskrise seit Jahrzehnten»<sup>86</sup> in den Griff zu bekommen und eben die Reproduktion der kapitalistischen Produktionsverhältnisse zu gewährleisten. Die ökonomischen Interventionen erscheinen also auch hier als zentrale Momente staatlichen Handelns. Der Staat schafft auch hier nicht nur Rahmenbedingungen für die Ökonomie und steht ihr äusserlich gegenüber, sondern ist aufs Engste mit ihr verbunden.

Auch die *Abnahme der Funktion des Gesetzes* scheint unter dem Corona-Regime leicht zu erkennen. Der Bundesrat erliess phasenweise täglich Verordnungen, änderte sie oder hob sie wieder auf. Inhaltlich gestalteten diese Verordnungen die Rechtslandschaft der Schweiz teilweise erheblich um.<sup>87</sup> Poulantzas' Formulierung, dass *an die Stelle allgemeiner, formaler und universaler Normen nun spezielle Regelungen treten, die auf verschiedene Situationen abgestimmt sind*,<sup>88</sup> scheint treffend. Genauso so wie seine Beobachtung, dass die im autoritären Etatismus erlassenen Gesetze im Grunde *blosse Gesetzesrahmen* sind,<sup>89</sup> die dann durch die Exekutive spezifiziert werden. Dies zeigt sich beispielsweise am Umgang des Bundesrates mit dem *Epidemiengesetz*.<sup>90</sup> Zwar ist das *Epidemiengesetz* ein von Parlament erlassenes Gesetz, aber wenn der Anwendungsbereich von Art. 7 EpG derart weit ausgelegt wird, wie es der Bundesrat während der Corona-Krise getan hat, verkommt das *Epidemiengesetz* zu einem blossen, grossen Rahmen, der dem Bundesrat sehr weitgehende rechtsetzende Befugnisse zukommen lässt. Auch das *Covid-19-Gesetz*<sup>91</sup>

---

84 Vgl. hierzu die Vielzahl von ökonomischen Fragen betreffenden Verordnungen. Anstelle vieler weiterer: Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31); Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus vom 25. März 2020 (Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, Covid-19-SBüV; AS 2020 1077, ausser Kraft); Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen vom 27. März 2020 (COVID-19-Verordnung Miete und Pacht; AS 2020 1099, ausser Kraft).

---

85 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. Januar 2022.

---

86 Medienmitteilung der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 31. August 2021.

---

87 Hierzu sei insbesondere die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2; AS 2020 773, ausser Kraft) in ihren verschiedenen Varianten als Beispiel beachtet.

---

88 Vgl. POULANTZAS, S. 247f.

---

89 Vgl. POULANTZAS, S. 248.

---

90 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101).

---

91 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).



kann als Beispiel dieser Tendenz zu Gesetzesrahmen dienen. Insbesondere Art. 1a Abs. 1 Covid-19-Gesetz illustriert dies, indem es Entscheidendes, aber Unbestimmtes, an den Bundesrat delegiert. Innerhalb dieses sehr weiten Rahmens ist es am Bundesrat, spezielle, auf verschiedene Situationen abgestimmte Regelungen zu erlassen. Damit sind diese Gesetze aber nicht nur Beispiele für die Abnahme der Funktion des Gesetzes, sondern können auch als zusätzliche Belege für die Bedeutungsverschiebung hin zur Exekutive dienen. Und wenn der Bundesrat durch den Erlass von Verordnungen, wie während der Corona-Krise, derartig rechtsetzend tätig ist, trägt er auch zu einer *Verschmelzung der Gewalten* im Sinne von Poulantzas bei. Zudem galten und gelten viele der (Grund-)Rechte während der Krise nur noch (stark) eingeschränkt, sodass auch die Funktion des Rechts, der einzelnen Person real Rechte zu vermitteln, nur noch eingeschränkt galt.

Zu beobachten war auch *widersprüchliches oder inkohärentes staatliches Vorgehen*. Auch hier drängt sich Poulantzas' Konzept des Staates als die materielle Verdichtung von Kräfteverhältnissen und eben nicht als «monolithischer Block» auf. Die Auseinandersetzungen, die Teile, Ebenen und Machtzentren des Staates durchziehen, wurden eindrücklich sichtbar.

Der von Poulantzas beobachtete *Bedeutungsverlust der Parteien* lässt sich dagegen weniger einfach auf die Verhältnisse in der Schweiz übertragen. Dies hängt wohl einerseits damit zusammen, dass sich die diesbezüglichen Überlegungen im Buch «Staatstheorie» nicht mit Kollegialregierungen nach dem Schweizer Model befassen. Zudem ist die Schweiz auch kein «Zweiparteienstaat», weshalb sich auch Poulantzas' Überlegungen zu *herrschenden Massenparteien* weniger aufdrängen. Zugunsten von Poulantzas' Überlegungen kann aber immerhin angeführt werden, dass für die derzeit lautesten Kritikerinnen des Corona-Regimes, die sog. «Coronaskeptikerinnen», die Parteien ihre Bedeutung für die Austragung gesellschaftlicher Widersprüche verloren zu haben scheinen. Zu diesem Schluss kommt eine soziologische Studie der Universität Basel. Dort ist zu lesen, dass sich diese «Coronaskeptikerinnen» entfremdet hätten von den Kerninstitutionen der liberalen Demokratie, der parlamentarischen Politik und den Parteien.<sup>92</sup>

In der Corona-Pandemie erscheint der Staat bzw. die Exekutive als einzige Instanz, die Orientierung in und einen Umgang mit der Krise bieten kann. Weder «die Legislative» noch «der Markt», «die EU» oder «die Zivilgesellschaft» werden als valable Alternativen zum Bundesrat wahrgenommen. Dies weist darauf hin, dass der durch die Exekutive dominierte Staat, wie von Poulantzas

---

92 Vgl. OLIVER NACHTWEY/ROBERT SCHÄFER/NADINE FREI, Politische Soziologie der Corona-Proteste, Grundausswertung, Basel 17. Dezember 2020, S. 62.

beschrieben, alle Bereiche des ökonomisch-gesellschaftlichen Lebens an sich gerissen hat. In ihnen ist er nun regulierend und einschränkend tätig, wie dies vor der Krise noch undenkbar gewesen wäre. Insofern tritt uns der Staat heute (während der Corona-Krise) gestärkt gegenüber.

Gleichzeitig ist aber auch eine Schwächung des Staates zu beobachten. Denn in der Corona-Krise fehlt das Parlament als ein Ort der Aushandlung gesellschaftlicher Auseinandersetzungen, der Herstellung und Zirkulation von Hegemonie und der Ermöglichung von materiellen Kompromissen. Diese für den kapitalistischen Staat zentralen Prozesse finden nun in veränderter Form und an anderem Ort statt. Nämlich in «Sonderstäben» in der Exekutive oder der Verwaltung. Die notwendige Organisierung der an der Macht beteiligten Fraktionen kann so wohl nur erschwert geschehen. Über das Ergebnis dieser Aushandlungen wird dann an den regelmässigen Pressekonferenzen des Bundesrates informiert. Aber die Öffentlichkeit ist von diesen Prozessen ausgeschlossen, und es ist auch lange nicht allen Akteurinnen möglich, sich in sie einzubringen. Hierdurch fehlt die krisendämpfende Funktion des Parlamentes. Daher ist der Staat im Sinne von Poulantzas derzeit auch erheblich geschwächt, indem die Apparate zur Herstellung von Hegemonie und zur Erzeugung eines Konsenses nicht mehr funktionieren. Insofern ist der Staat in der Krise.

Poulantzas' zusammenfassende Qualifikation des *autoritären Etatismus als Stärkung und Schwächung des Staates zugleich* scheint auch auf den Schweizer Staat in der Corona-Krise zuzutreffen. Genauso scheint die Staatsmacht auf Kosten der liberalen, repräsentativen Demokratie gestärkt, während die Fähigkeit des Staates geschwächt wird, bürgerliche Hegemonie zu sichern. Insofern liegt eine Krise des Staates vor.

#### **IV. Schlussbemerkungen**

In der Corona-Krise konnten in kurzer Zeit und in grosser Intensität viele Vorgänge beobachtet werden, die Poulantzas' theoretische Konzepte äusserst treffend zu beschreiben scheinen. Die hier zu beantwortende Frage, ob die Theorie von Nicos Poulantzas hilfreich sein kann, um über die Krise nachzudenken, ist daher klar zu bejahen. Insbesondere seine relationale Perspektive und sein materialistisches Staats- und Rechtsverständnis versprechen eine grosse Hilfe zu sein, um die gegenwärtigen Vorgänge in ihrer Gesamtheit und ihren Beziehungen zu verstehen, ohne sie zu verkürzen. Sein Konzept des autoritären Etatismus dürfte für künftige Untersuchungen des Corona-Regimes besonders bedeutsam sein. Denn es beschäftigt sich genau mit den

eingangs angesprochenen Fragen, wie die Veränderungen im Staat zu verstehen sind, ob sie bloss temporäre Abweichungen von einem Normalzustand sind, zu dem wieder zurückgekehrt wird, wenn die Krise vorbei ist, oder ob sich der Staat gerade fundamental verändert. Poulantzas würde hierzu vermutlich sagen, dass der autoritäre Etatismus in der Schweiz nicht erst mit der Corona-Krise eingesetzt habe, sondern schon lange davor.<sup>93</sup> Insofern stünden wir, zumindest nach ihm, weder an einer Zeitenwende zu einem völlig neuen Staat, noch werde nach der Krise alles einfach wieder «zum Alten» zurückkehren. Vielmehr spielen sich die derzeitigen Entwicklungen im Rahmen einer längeren Tendenz zum autoritären Etatismus ab. Zu untersuchen wäre, *ob die Corona-Krise hierbei die Rolle eines Katalysators dieser Tendenzen zum autoritären Etatismus hin spielt.*

Auch 40 Jahre nach der Formulierung von Poulantzas' Überlegungen sind sie brandaktuell. Deutlich wird aber auch, dass die einfach zu formulierenden Fragen danach, was der Staat ist, wie er sich entwickelt und welchen Einfluss die Corona-Krise hat, von erheblicher Komplexität sind. Auch dies hat aber bereits Poulantzas im Werk «Staatstheorie» festgestellt und geschrieben: *«Die einfachsten Fragen sind, wenn sie die wirklichen Fragen sind, auch die kompliziertesten.»*<sup>94</sup> Gerade in Zeiten der Krise gilt es aber, sich diesen komplizierten Fragen zu stellen und staatlichen Entwicklungen kritisch gegenüberzustellen. Nicht zuletzt, um das Feld der Kritik nicht «Coronaskeptikerinnen» mit ihrem bunten Strauss an Verschwörungsmethoden und rechten Parolen zu überlassen. Hier bietet die kritische Theorie Orientierung

---

93 Poulantzas schreibt bereits 1978, die Tendenz zum autoritären Etatismus erfasse alle kapitalistisch entwickelten Länder, womit auch die Schweiz gemeint ist; Vgl. POULANTZAS, S. 232.

94 POULANTZAS, S. 42.



**Teil 3:**

# **Krisenrecht während der Corona-Pandemie**



Luka Markić

# Einschränkungen der politischen Rechte in Notsituationen

Zur Rechtsprechung betreffend Einschränkungen  
der demokratischen Mitwirkungsrechte während  
der Coronavirus-Pandemie

---

I. Einleitung .....	156
<hr/>	
II. Politische Rechte und deren Einschränkung .....	157
1. Inhalt der Garantie der politischen Rechte .....	157
2. Einschränkungen der politischen Rechte .....	158
<hr/>	
III. Politische Rechte während der Coronavirus-Pandemie .....	160
<hr/>	
IV. Ausgewählte Entscheide betreffend die Einschränkung politischer Rechte während der Coronavirus-Pandemie .....	161
1. Kanton Genf: Verschiebung des 2. Wahlgangs der kommunalen Exekutivwahlen 2020 .....	162
2. Kanton Tessin: Annullation und Verschiebung der Gemeindewahlen 2020 .....	163
3. Kanton Zürich: Maskenpflicht an Gemeindeversammlungen .....	164
4. Kanton Zürich: Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden .....	165
5. Kanton Appenzell Innerrhoden: Absage der Landsgemeinde 2021 .....	165
<hr/>	
V. Eingriffsresistenz der politischen Rechte im Lichte der jüngsten Rechtsprechung .....	166
<hr/>	
VI. Schlussgedanken .....	168

## I. Einleitung

Seit Anfang des Jahres 2020 bestimmt das Coronavirus unser Leben. Neben den gesundheitlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gefahren, welche das Virus und die Pandemie mit sich bringen, haben sie auch Auswirkungen auf das Recht. Durch die verschiedenen Krankheitsbekämpfungsmassnahmen des Bundes und der Kantone wurden nicht nur die klassischen Freiheitsrechte, sondern auch die demokratischen Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten teilweise stark eingeschränkt: Verfassungsrechtlich vorgesehene Wahlen und Abstimmungen wurden verschoben, Unterschriftensammlungen verboten, Versammlungen durch Urnenabstimmungen ersetzt.<sup>1</sup>

Die (direkte) Demokratie lebt von Wahlen, Abstimmungen, Unterschriftensammlungen und Versammlungen der Stimmberechtigten. Sie bilden wichtige Elemente der politischen Rechte. Die Garantie ebendieser Rechte wird in Art. 34 BV statuiert. Diese Bestimmung unterstreicht nicht nur die demokratische Grundordnung der Schweiz, sondern garantiert im Rahmen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe und damit auch die politischen Rechte im weiteren Sinne.<sup>2</sup>

Diese Einschränkungen der politischen Rechte der Stimmberechtigten sind insbesondere im Lichte ihrer verfassungsrechtlichen Garantie auffallend. Im Gegensatz zu den klassischen Freiheitsrechten galten die politischen Rechte, ähnlich wie beispielsweise Verfahrensrechte, weitestgehend als eingriffsresistent.<sup>3</sup> Das liegt insbesondere daran, dass die demokratischen Mitwirkungsrechte «verfassungsrechtliche Institutionen darstellen, die der einfache Gesetzgeber wohl ausgestalten, nicht aber zurücknehmen darf»<sup>4</sup>.

Seit Ausbruch der Coronavirus-Pandemie musste sich die Judikative mit verschiedenen Massnahmen, namentlich des einfachen Gesetzgebers, befassen, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten eingeschränkt haben. Der vorliegende Beitrag analysiert die wichtigsten Urteile der kantonalen obersten Gerichte und des Bundesgerichts zu kantonalen Massnahmen<sup>5</sup>,

---

1 Siehe unten III.

2 SKG BV-STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2014 (zit. SKG BV-VERFASSERIN), Art. 34, *passim*.

3 PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, Rz. 1759.

4 TSCHANNEN (Anm. 3), Rz. 1759.

5 Nicht nur auf kantonaler Ebene, sondern auch auf Bundesebene wurden Massnahmen erlassen, welche in die politischen Rechte der Stimmberechtigten eingriffen (siehe unten II.). Aufgrund des eingeschränkten Rechtsschutzes in Bezug auf Massnahmen des Bundes (siehe Anm. 28) liegen die kantonalen Massnahmen im vorliegenden Beitrag im Zentrum.



welche die demokratischen Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten während der Pandemie einschränkten. Im Lichte der neusten Rechtsprechung geht der Beitrag der Frage nach, wie es um die Eingriffsresistenz der politischen Rechte in Notsituationen, wie einer Pandemie, steht und welche Erfordernisse erfüllt sein müssen, damit diese überhaupt eingeschränkt werden dürfen. Die sich daraus ergebenden Erkenntnisse können der zukünftigen Krisenbewältigung dienen.

## II. Politische Rechte und deren Einschränkung

### 1. Inhalt der Garantie der politischen Rechte

Art. 34 Abs. 1 BV gewährleistet die politischen Rechte auf allen staatlichen Ebenen in abstrakter Weise. Diese Bestimmung statuiert im Sinne eines Grundsatzes die demokratische Grundordnung der Schweiz. Der Inhalt der sich daraus ergebenden Garantie mit allen ihren Teilgehalten ergibt sich einerseits aus dem Organisationsrecht des Bundes und der Kantone sowie andererseits aus der Norm selbst. Als Institutsgarantie weist sie einen eigenständigen Grundgehalt auf, welcher durch das Bundesgericht im Rahmen seiner Rechtsprechung fortdauernd ausgebaut wurde.<sup>6</sup> Art. 34 Abs. 1 BV garantiert den Stimmberechtigten die Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung und den ungehinderten Zugang zu den politischen Rechten,<sup>7</sup> namentlich das Recht, Initiativen, Referenden, Wahlvorschläge und sonstige Volksbegehren zu unterzeichnen.<sup>8</sup>

Demgegenüber ergibt sich aus Art. 34 Abs. 2 BV die Wahl- und Abstimmungsfreiheit. Als eigentliches Grundrecht schützt sie die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Daraus folgt gemäss Bundesgericht für jeden einzelnen Stimmbürger und jede einzelne Stimmbürgerin der Anspruch,

---

6 Zum Ganzen: BGE 136 I 352 E. 2; 131 I 74 E. 3-1; 129 I 185 E. 3-1; siehe auch SGK BV-STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-AUTORIN), Art. 34 N 4-11; GEROLD STEINMANN, Die Gewährleistung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung (Artikel 34 BV), ZBJV 2003, S. 481-507, S. 485-489; OFK BV-BIAGGINI, in: Giovanni Biaggini (Hrsg.), Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI), Art. 34 N 9; PASCAL MAHON, Les droits politiques, in: Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich 2020, II.14, Rz. 22 ff.

7 Zum Ganzen siehe TSCHANNEN (Anm. 3), Rz. 1835-1878.

8 ANDREAS GLASER / ANDREAS KLEY, in: Giovanni Biaggini / Thomas Gächter / Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2021, § 42 Rz. 1.

«dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, dass nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jeder Stimmbürger seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann.»<sup>9</sup> Aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit werden eine Vielzahl von verfassungsmässigen Ansprüchen abgeleitet, welche insbesondere vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung stetig konkretisiert und ausgebaut wurden.<sup>10</sup>

## 2. Einschränkungen der politischen Rechte

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen gemäss Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1), sie müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechte Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3), wobei der Kerngehalt von Grundrechten unantastbar ist (Abs. 4). Aufgrund des Umstandes, dass sich Art. 36 BV direkt an den Grundrechtskatalog von Art. 7-34 BV anschliesst, wird gerade in systematischer Hinsicht der Eindruck erweckt, «dass die Bestimmung bei allen Grundrechten ohne weiteres anwendbar sei».<sup>11</sup> Der Verfassungsgeber entwickelte die Voraussetzungen für die Einschränkungen von Grundrechten primär mit Blick auf die Freiheitsrechte.<sup>12</sup> Dies führt aber nicht dazu, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV ausschliesslich auf die Einschränkung von Freiheitsrechten zu beschränken sind. Die neuere Lehre weist zu Recht darauf hin, dass die Einschränkungserfordernisse gemäss Art. 36 BV auch auf weitere Grundrechte ausserhalb der klassischen Freiheitsrechte differenziert bzw.

---

9 BGE 121 I 138 E. 3; vgl. zudem BGE 75 I 244 m.w.H.; 89 I 437 E. 4; 117 Ia 41 E. 5; 118 Ia 259 E. 3; 119 Ia 271 E. 3a; 131 I 442 E. 3.1; 135 I 292 E. 2; 138 I 61 E. 6.2; 143 I 92 E. 3.3.

10 Aus Art. 34 Abs. 2 BV lassen sich beispielsweise die korrekte Ermittlung von Wahl- und Abstimmungsergebnissen, der Schutz vor unzulässiger Beeinflussung durch Behörden oder Private sowie die geheime Stimmabgabe ableiten. Ausführliche Überblicke zu weiteren Ansprüchen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit finden sich namentlich bei OFK BV-BIAGGINI, Art. 34 N 15 ff.; CR Cst.-MARTENET / VON BÜREN, in: Vincent Martenet / Jacques Dubey (Hrsg.), *Constitution fédéral, Commentaire romand*, Basel 2021, Art. 34 N 65 ff.; SGK BV-STEINMANN, Art. 36 N 31 ff.; BSK BV-TSCHANNEN, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTORIN), Art. 36 N 32 ff.; YVO HANGARTNER / ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000, §§ 41 ff.; GLASER / KLEY (Anm. 8), § 42 Rz. 59 ff.

11 SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 5.

12 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 1997 I 1, S. 194-195.

adaptiert heranzuziehen sind, um den Grundrechtsschutz zu verbessern.<sup>13</sup> Auch das Bundesgericht zieht bei Grundrechten, die Ansprüche auf positive Leistungen des Staates begründen, eine «sinngemässe (Teil-)Anwendung» von Art. 36 BV in Betracht.<sup>14</sup>

Aufgrund der Fülle der sich aus Art. 34 BV ergebenden Ansprüche hält GIOVANNI BIAGGINI, insbesondere auch mit Verweis auf die neuere Lehre, fest, dass «es nicht überraschen [kann], dass eine Anwendung von Art. 36 BV bzw. der darin normierten Kriterien für Grundrechtseingriffe weder durchweg möglich noch kategorisch ausgeschlossen ist».<sup>15</sup> Selbst das Bundesgericht hält fest, dass eine «Einschränkung politischer Rechte unter Beachtung des Grundsatzes der *Verhältnismässigkeit* und aus Gründen des *überwiegenden öffentlichen Interesses* [zulässig ist], sofern die Einschränkung auf einem *Gesetz im formellen Sinn* beruht.»<sup>16</sup> Damit greift die noch vor Einführung der neuen Bundesverfassung etablierte Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die in Art. 36 BV normierten Kriterien zurück. Sie entsprechen darüber hinaus auch den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns, wonach Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist (Art. 5 Abs. 1 BV) und wonach dieses im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss (Art. 5 Abs. 2 BV). In diesem Sinne können die Schranken, welche sich aus Art. 36 BV ergeben, durchaus auch auf die politischen Rechte sinngemäss angewendet werden. Dies drängt sich gemäss NADJA BRAUN BINDER und ANDREAS GLASER gerade in den Fällen auf, in denen Art. 34 Abs. 1 BV «einen freiheitsrechtlichen Gehalt oder einen Teilhabeanspruch vermittelt».<sup>17</sup> Das Bundesgericht stellt jedoch klar, dass Gesetze im materiellen Sinn, wie beispielsweise Rechtsverordnungen der Exekutive, für die Einschränkung politischer Rechte nicht genügen.<sup>18</sup>

---

13 Zum Ganzen OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 N 4 m.w.H.u.Verw.

14 BGE 144 I 6 E. 2.3; 142 I 7 E. 7.2.4; vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 N 4.

15 OFK BV-BIAGGINI, Art. 34 N 6; siehe ferner SGK BV-STEINMANN, Art. 36 N 27; BSK BV-TSCHANNEN, Art. 36 N 51; zurückhaltend REGINA KIENER / WALTER KÄLIN / JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 27 Rz. 46.

16 BGE 123 I 97 E. 4b mit Verweis auf BGE 114 Ia 395; Hervorhebungen durch den Verfasser. Siehe auch BGer, 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 4.3 insb. mit Verweis auf BGE 147 I 420 E. 2 sowie BGer, 1C\_169/2020 vom 22. Dezember 2020, E. 2.

17 NADJA BRAUN BINDER / ANDREAS GLASER, Die Verschiebung von Volkswahlen und Volksabstimmungen, in: ZBl 122/2021, S. 591-613, S. 600.

18 BGE 123 I 97 E. 4b m.w.Verw.

### III. Politische Rechte während der Coronavirus-Pandemie

Mit der Anordnung der «ausserordentlichen Lage» gemäss Art. 7 EpG<sup>19</sup> am 16. März 2020 wurden gewisse politische Rechte stark eingeschränkt. Der Bundesrat war zum damaligen Zeitpunkt der Auffassung, dass die Anordnung der «ausserordentlichen Lage» die Voraussetzungen zur Wahrnehmung der politischen Rechte «so stark einschränkte, dass Massnahmen zum Schutz der Institutionen der direkten Demokratie gefordert waren»<sup>20</sup>. Deshalb beschloss der Bundesrat, namentlich auf die Durchführung der eidgenössischen Volksabstimmung vom 17. Mai 2020 zu verzichten<sup>21</sup> und einen Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren zu erlassen. Dieser führte zum Verbot der Sammlung von Unterschriften für eidgenössische Volksbegehren.<sup>22</sup>

Dem Beispiel der Bundesmassnahmen folgend haben auch die kantonalen Regierungen ähnliche Regelungen im Bereich der politischen Rechte für die kantonale Ebene erlassen. Einige Kantone gingen jedoch deutlich weiter als der Bund. So erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich beispielsweise ein Verbot von Volksabstimmungen über kantonale und kommunale Volksbegehren sowie Wahlen und ein faktisches Verbot der Lancierungen neuer Volksinitiativen.<sup>23</sup> Ausserdem wurden Unterschriftensammlungen, analog zur Bundesregelung, ebenfalls verboten.<sup>24</sup> Nicht nur der Regierungsrat verordnete weitere Massnahmen im Bereich der politischen Rechte.<sup>25</sup> Auch der Kantonsrat des

---

19 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101).

---

20 Antwort des Bundesrates vom 27. Mai 2020 zur Interpellation 20.3104 «Die im Zusammenhang mit Covid-19 beschlossenen Massnahmen dürfen die politischen Rechte der Bürgerinnen und Bürger nicht beeinträchtigen» von Nationalrat Nicolas Walder.

---

21 Bundesratsbeschluss vom 17. März 2020 über den Verzicht auf die Durchführung der Volksabstimmung vom 17. Mai 2020, publ. in: BBL 2020 2461.

---

22 Art. 3 der Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren vom 20. März 2020 (AS 2020 847). Das Verbot der Sammlung von Unterschriften für eidgenössische Volksbegehren wurde von GIOVANNI BIAGGINI zu Recht kritisiert (siehe GIOVANNI BIAGGINI, Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV, in: ZBL 121/2020, S. 277–287, S. 281–282 und 284–285; a.M. FLORIAN BRUNNER / MARTIN WILHELM / FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, in: AJP 6/2020, S. 685–701, S. 698f.).

---

23 § 3 Abs. 1 Bst. a und § 4 Abs. 1 der Verordnung über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren und Wahlen während der Corona-Pandemie (des Kantons Zürich) vom 1. April 2020 (OS 75, 201).

---

24 § 5 der Verordnung über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren und Wahlen während der Corona-Pandemie vom 1. April 2020 (OS 75, 201).

---

25 Siehe zum Ganzen Verordnung über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren und Wahlen während der Corona-Pandemie (des Kantons Zürich) vom 1. April 2020 (OS 75, 201).

Kantons Zürich erliess Massnahmen, wie beispielsweise ein dringliches Gesetz über Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden während der Coronavirus-Pandemie, mit welchem die Gemeindevorstände von Versammlungsgemeinden ermächtigt wurden, in Abweichung von den bestehenden gesetzlichen Grundlagen zur Festsetzung des Budgets und des Steuerfusses sowie zur Genehmigung der Jahresrechnung eine Urnenabstimmung anzuordnen.<sup>26</sup>

Solche und ähnliche Massnahmen wurden auch in anderen Kantonen beschlossen.<sup>27</sup> Damit wurde die Ausübung der politischen Rechte durch die Stimmberechtigten stark eingeschränkt und zum Teil auch gänzlich verunmöglicht. Dies steht im Widerspruch zur Garantie der politischen Rechte gemäss Art. 34 BV.

## IV. Ausgewählte Entscheide betreffend die Einschränkung politischer Rechte während der Coronavirus-Pandemie

Mit dem Erlass verschiedener Massnahmen rund um die Pandemiebekämpfung wuchs auch die Anzahl der Rechtsmitteleingaben gegen verschiedene Massnahmen. Im Fokus standen dabei kantonale Akte<sup>28</sup> betreffend die Maskenpflicht<sup>29</sup>, Einschränkungen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit<sup>30</sup>,

---

26 Gesetz über Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden während der Coronavirus-Pandemie (des Kantons Zürich) vom 23. November 2020 (LS 818.12; OS 75, 545).

27 Ein guter Überblick über die verschiedenen kantonalen Massnahmen, namentlich auch im Bereich der politischen Rechte (bis Mitte November 2020), findet sich bei CLAUU DIA HÖCHNER, *Kantonale Regelungen zu Covid-19 in der Übersicht* (1. September 2021).

28 Da gemäss Art. 189 Abs. 4 BV Akte des Bundesrates nicht beim Bundesgericht angefochten werden, ist eine abstrakte Überprüfung der Rechtmässigkeit der Verordnungen des Bundesrates betreffend verschiedene Massnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie ausgeschlossen (vgl. JULIETTE FRÉSARD, *Das Notrecht des Bundesrates bei der Bekämpfung von Epidemien*, in: Jusletter 23. August 2021, Rz. 26-33 m.w.Verw.; KASPAR GERBER, *Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie*, in: *sui-generis* 2020, S. 249-264, *passim*; ANDREAS STÖCKLI, *Regierung und Parlament in Pandemiezeiten*, in: ZSR 139/2020, S. 9-54, S. 45-46; RALPH TRÜMLER/FELIX UHLMANN, *Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht*, in: Helbling Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], *COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Basel 2020, S. 567-596, *passim*). Das Bundesgericht kann Verordnungen des Bundesrates nur vorfrageweise (inzident, im Einzelfall), aber inhaltlich eingeschränkt auf ihre Gesetzes- bzw. Verfassungsmässigkeit überprüfen (BGE 141 II 169 E. 3.4).

29 Siehe bspw. VGer/ZH, VB.2020.00016, 3. Dezember 2020; VGer/ZH, AN.2020.00020, 16. Dezember 2020; VGer/SO, VWBES.2020.338, 21. Oktober 2020 (Maskentragpflicht im öffentlichen Raum).

30 Siehe bspw. VGer/SZ, III 2020 212, 7. Januar 2021 (Schutzmaskenpflicht für Redner an politischer Kundgebung); VGer/ZH, AN.2021.00003 (Verbot von politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen mit mehr als 15 Teilnehmenden).

Massnahmen im Bildungsbereich<sup>31</sup> oder im Bereich des Impfens<sup>32</sup>. Der Streitgegenstand beschränkte sich jedoch nicht ausschliesslich auf Massnahmen, welche die Freiheitsrechte tangierten. Vielmehr mussten sich die Gerichte auch mit verschiedenen Massnahmen befassen, welche die Ausübung der politischen Rechte der Stimmberechtigten in den Kantonen einschränkten. Im Folgenden werden ausgewählte Entscheide<sup>33</sup> kantonaler oberer Gerichte und des Bundesgerichts zu ebensolchen kantonalen Massnahmen untersucht, wobei sich besonderes Augenmerk auf die von den Gerichten verwendeten Kriterien zur Überprüfung der Rechtmässigkeit der angefochtenen Akte richtet.

## 1. Kanton Genf: Verschiebung des 2. Wahlgangs der kommunalen Exekutivwahlen 2020

Das erste Urteil im Zusammenhang mit der Pandemie und den politischen Rechten erging durch die Verfassungskammer des Kantonsgerichts des Kantons Genf am 1. April 2020.<sup>34</sup> Im Unterschied zu den weiteren hier vorgestellten Entscheiden befasste sich das oberste Genfer Gericht nicht mit einer verordneten Massnahme der Kantonsregierung, sondern mit der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage, ob die Verschiebung einer Wahl aufgrund der pandemischen Situation und der freiheitsbeschränkenden Massnahmen angezeigt wäre.

Am 15. März 2020 fand im Kanton Genf der erste Wahlgang für die Wahl der kommunalen Exekutiven statt. Mit Dekret vom 18. März 2020 stellte der Staatsrat die Ergebnisse des ersten Wahlgangs fest und ordnete den zweiten Wahlgang für die im ersten Wahlgang nicht besetzten Sitze an. Dieser sollte am 5. April 2020 stattfinden. Gegen diesen Beschluss erhoben zwei Genfer Parteien sowie fünf Stimmbürger Beschwerde bei der Verfassungskammer des Kantonsgerichts. Sie beantragten insbesondere die Aufhebung des Dekrets und die Verschiebung des zweiten Wahlgangs.

---

31 Siehe bspw. VGer/ZH, AN.2021.00004, 3. Juni 2021 (Maskentragepflicht auf der Primar- schulstufe).

32 Siehe bspw. KGer/FR, 603 2021 102, 603 2021 114, 29. Juli 2021 (COVID-19-Impfung für Jugendliche im Alter von 12 bis 15 Jahren).

33 Der Überblick erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit aller Entscheide im Bereich der politischen Rechte. Dieser beschränkt sich auf öffentlich bekannte und zugänglich gemachte Entscheide, die bis zum Redaktionsschluss (1. September 2021) vorlagen. Später veröffentlichte Entscheide konnten nur vereinzelt berücksichtigt werden, wie das Urteil des Bundesgerichts 1C\_147/2021 vom 24. Februar 2022 betreffend die Absage der Landsgemeinde 2021 des Kantons Appenzell Innerrhoden; hierzu siehe unten IV.5). Gleich verhält es sich mit Literatur, die nach dem Redaktionsschluss erschienen ist.

---

34 KGer/GE, 1/1000/2020-ELEVOT ACST/12/2020, 1. April 2020.

Das Gericht nahm, im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV, betreffend den Antrag auf Verschiebung der Wahl eine eingehende *Interessenabwägung* und *Verhältnismässigkeitsprüfung* vor. Dabei kam die Kammer zum Schluss, dass eine Verschiebung der Wahl auf unbestimmte Zeit die Verfassungs- und Rechtsordnung zu stark beeinträchtigen und damit auch die politischen Rechte der Stimmberechtigten verletzen würde.<sup>35</sup> Folgerichtig wies das Gericht die Beschwerde ab,<sup>36</sup> womit der zweite Wahlgang am 5. April 2020 stattfand.

## 2. Kanton Tessin: Annullation und Verschiebung der Gemeindewahlen 2020

Ebenfalls für den 5. April 2020 waren im Kanton Tessin die Gemeindewahlen für die Amtszeit 2020-2024 vorgesehen. Aufgrund der Ausbreitung des Coronavirus und der vom Bundesrat am 13. März 2020 beschlossenen COVID-19-Verordnung<sup>237</sup> ordnete der Staatsrat des Kantons Tessin mit Dekret vom 18. März 2020 an, die für den 5. April 2020 angesetzten Wahlen zur Erneuerung der Stadt- und Gemeinderäte abzusagen und auf den 18. April 2021, mithin um mehr als ein Jahr, zu verschieben. Gleichzeitig beschloss der Staatsrat, dass die derzeitigen Räte bis zum Amtsantritt der Neugewählten im Amt bleiben. Gegen diesen Beschluss erhoben drei Stimmberechtigte Beschwerde beim Bundesgericht. Sie rügten eine Verletzung der politischen Rechte der Stimmberechtigten.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.<sup>38</sup> Es führte im vorliegenden Fall eine umfassende *Interessenabwägung* und *Verhältnismässigkeitsprüfung* durch. Im Rahmen dieser Prüfung stellte es fest, dass aufgrund der Besonderheiten des Falles die Verschiebung der Wahlen um ein Jahr zwar beträchtlich sei und nahe an der Grenze der Verhältnismässigkeit liege, aber in dieser Hinsicht noch zulässig sei.<sup>39</sup> In Anbetracht dieser Erwägung ist es fragwürdig, weshalb das Bundesgericht auf eine vertiefte Prüfung verzichtete, ob für die Annullierung und Verschiebung von Kommunalwahlen überhaupt eine *gesetzliche Grundlage* bestand.<sup>40</sup>

---

35 KGer/GE, 1/1000/2020-ELEVOT ACST/12/2020, 1. April 2020, E. 12.

36 KGer/GE, 1/1000/2020-ELEVOT ACST/12/2020, 1. April 2020, Dispositiv.

37 Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (AS 2020 773).

38 BGer, 1C\_169/2020, 22. Dezember 2020, Dispositiv-Ziff. 1.

39 BGer, 1C\_169/2020, 22. Dezember 2020, E. 2.6.2 *in fine*.

40 Zwar wies das Bundesgericht auf die Dekretskompetenz des Staatsrates hin, äusserte sich aber nicht zur gesetzlichen Grundlage betreffend die Zulässigkeit einer Wahlverschiebung im eigentlichen Sinne (siehe BGer, 1C\_169/2020, 22. Dezember 2020, *passim*).

### 3. Kanton Zürich: Maskenpflicht an Gemeindeversammlungen

Die Gemeinde Russikon hielt am 7. Dezember 2020 unter einem Schutzkonzept zur Vermeidung von Ansteckungen mit dem Coronavirus eine Gemeindeversammlung ab, wobei die Versammlungsteilnehmenden gestützt auf Art. 3b Abs. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage<sup>41</sup> verpflichtet waren, eine Gesichtsmaske zu tragen. Einem Stimmberechtigten wurde die Teilnahme an der Gemeindeversammlung verweigert, da er sich mit Verweis auf ein mit «Sach- und Rechtsattest» betitelten Dokuments weigerte, eine Gesichtsmaske zu tragen. Nach erfolglosem Rekurs vor dem zuständigen Bezirksrat Pfäffikon reichte der Stimmberechtigte Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ein und beantragte die Aufhebung des Beschlusses des Bezirkesrates und die Wiederholung der Gemeindeversammlung vom 7. Dezember 2020.

Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde in der Hauptsache ab.<sup>42</sup> Die vom Stimmberechtigten gerügte Verletzung von Art. 34 BV wurde vom Gericht anhand der Einschränkungserfordernisse gemäss Art. 36 BV geprüft, wobei es anmerkte, dass es die Kriterien lediglich sinngemäss anwende.<sup>43</sup> Dabei prüfte es die Kriterien des *öffentlichen Interesses* und der *Verhältnismässigkeit* eingehend.<sup>44</sup> Bei den Erfordernissen der *gesetzlichen Grundlage* und des *Kerngehalts* hingegen beschränkte es sich darauf, festzuhalten, dass diese erfüllt seien.<sup>45</sup> Auf eine gegen das Urteil des Verwaltungsgericht erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat.<sup>46</sup>

---

41 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.26), in der Fassung vom 2. November 2020 (AS 2020 4159).

---

42 Der vorinstanzliche Entscheid wurde im Kostenpunkt aufgehoben (VGer/ZH, VB.2021.00066, 18. Februar 2021, E. 4 und Dispositiv-Ziff. 1). Der Bezirksrat Pfäffikon auferlegte dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten, obwohl gemäss § 13 Abs. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (des Kantons Zürich) vom 24. Mai 1959 (VRG/ZH; LS 175.2) in Stimmrechtssachen nur Verfahrenskosten erhoben werden, wenn ein Rechtsmittel offensichtlich aussichtslos ist.

---

43 VGer/ZH, VB.2021.00066, 18. Februar 2021, E. 3.2: siehe hierzu auch GEROLD STEINMANN, Kommentar zum Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2021.00066 vom 18. Februar 2021, in: ZBl 123/2022, S. 152-161, insb. S. 158 f.

---

44 VGer/ZH, VB.2021.00066, 18. Februar 2021, E. 3.2.3 und 3.2.4.

---

45 VGer/ZH, VB.2021.00066, 18. Februar 2021, E. 3.2.1 und 3.2.2.

---

46 BGer, 1C\_143/2021, 28. Juli 2021.



#### 4. Kanton Zürich: Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden

Der Kantonsrat des Kantons Zürich erliess am 23. November 2020 das Gesetz über Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden während der Corona-Pandemie<sup>47</sup>. Damit ermächtigte der Kantonsrat die Gemeindevorstände von Versammlungsgemeinden, in Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere zur Festsetzung des Budgets und des Steuerfusses sowie zur Genehmigung der Jahresrechnung eine Urnenabstimmung anzuordnen. Gestützt auf das Dringlichkeitsrecht gemäss Art. 37 Abs. 1 KV/ZH<sup>48</sup> hat der Kantonsrat dieses Gesetz für dringlich erklärt, sodass es sieben Tage nach seinem Erlass in Kraft trat.

Gegen dieses Gesetz erhoben zwei Jungparteien des Kantons Zürich und eine Stimmbürgerin am 30. November 2020 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht. Sie beantragten namentlich die Aufhebung der Dringlichkeitsklausel des angefochtenen Gesetzes. Sie rügten eine Verletzung von Art. 37 Abs. 1 KV/ZH sowie indirekt von Art. 34 Abs. 1 BV. Da die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitserklärung nicht vorlägen, werde in rechtswidriger Weise in die politischen Rechte der Stimmberechtigten eingegriffen.<sup>49</sup>

Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 11. März 2021 ab.<sup>50</sup> Ohne eine direkte Anrufung von Art. 36 BV prüfte das Bundesgericht, ob der Beschluss des Kantonsrates auf einer *verfassungsrechtlichen Grundlage*<sup>51</sup> fusse und ob er im *öffentlichen Interesse*<sup>52</sup> liege und *verhältnismässig*<sup>53</sup> sei. Alle drei Erfordernisse wurden durch das Bundesgericht bejaht.

#### 5. Kanton Appenzell Innerrhoden: Absage der Landsgemeinde 2021

Aufgrund der Covid-19-Pandemie beschloss die Standeskommission des Kantons Appenzell Innerrhoden am 16. Februar 2021, die geplante Landsgemeinde

---

47 Gesetz über Urnenabstimmungen in Versammlungsgemeinden während der Corona-Pandemie (des Kantons Zürich) vom 23. November 2020 (LS 818.12).

---

48 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101; SR 131.211).

---

49 BGE 147 I 420 E. 2.

---

50 BGer, 1C\_659/2020, 11. März 2021, Dispositiv-Ziff. 1, nicht publ. in: BGE 147 I 420.

---

51 BGE 147 I 420 E. 2.2 und 2.3.

---

52 BGE 147 I 420 E. 2.5.

---

53 BGE 147 I 420 E. 2.6.

2021 und die Bezirksgemeinden 2021 abzusagen und stattdessen ausserordentliche Urnenabstimmungen durchzuführen. Gleichzeitig erliess die Standeskommission einen Beschluss<sup>54</sup> zur Verordnung des Grossen Rates über ausserordentliche Urnenabstimmungen,<sup>55</sup> in welchem sie verschiedene Umsetzungs-details für die Urnenabstimmungen festlegte.

Gegen den Beschluss der Standeskommission vom 16. Februar 2021 betreffend die Absage der Landsgemeinde 2021 erhoben drei Stimmberechtigte Beschwerde beim Bundesgericht. Sie beantragten namentlich die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung unter Berücksichtigung allfälliger Änderungen hinsichtlich der epidemiologischen Lage. Die Beschwerdeführer rügten u.a. die Verletzung von Art. 34 BV in Verbindung mit verschiedenen kantonalen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen in Bezug auf die Landsgemeinde bzw. Gemeindeversammlungen.<sup>56</sup>

In seinem Urteil hielt das Bundesgericht fest, dass der angefochtene Beschluss zu einer Beschränkung der Ausübung des Stimm- und Wahlrechts führte.<sup>57</sup> In sinngemässer Anwendung von Art. 36 BV prüfte das Bundesgericht deshalb, ob die Einschränkung von Art. 34 BV im konkreten Fall auf einer *gesetzlichen Grundlage*<sup>58</sup> fusste, im *öffentlichen Interesse*<sup>59</sup> lag und *verhältnismässig*<sup>60</sup> war.<sup>61</sup> Da das Bundesgericht alle drei Erfordernisse bejahte, wies es die Beschwerde gegen den Beschluss der Standeskommission ab.<sup>62</sup>

## V. Eingriffsresistenz der politischen Rechte im Lichte der jüngsten Rechtsprechung

Die jüngste Rechtsprechung in Bezug auf Massnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten einschränkten, zeigt ein Dilemma auf: Entweder hält sich der Staat selbst an

---

54 Standeskommissionsbeschluss zur Verordnung über ausserordentliche Urnenabstimmungen (des Kantons Appenzell Innerrhoden) vom 26. Februar 2021 (StKB VaU/AI; GS 160.021).

---

55 Verordnung über ausserordentliche Urnenabstimmungen (des Kantons Appenzell Innerrhoden) vom 8. Februar 2021 (VaU/AI; GS 160.020).

---

56 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 3.

---

57 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 4.3.

---

58 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 5.

---

59 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 6.1.

---

60 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 6.1-E. 6.4.5.

---

61 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 4.3.

---

62 BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, Dispositiv-Ziff. 1.

die verfassungsrechtlichen bzw. gesetzlichen Vorgaben, indem er den Stimmberechtigten die Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte ermöglicht, und erhöht dadurch ggf. das Ansteckungsrisiko mit dem Coronavirus. Oder aber der Staat versucht, durch die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte, wie namentlich der demokratischen Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten, die Infektionsgefahr zu minimieren, wodurch er gegen die verfassungsmässige Garantie der politischen Rechte verstösst.

Die hier erörterten Entscheide weisen auf, dass sich die Gerichte dieser Problematik durchaus bewusst waren. Dabei konnten sie nicht wie gewohnt auf die verschiedenen «Prüfschemata» betreffend die Zulässigkeit der Einschränkung politischer Rechte zurückgreifen. Vielmehr bedienten sie sich für die Überprüfung der Zulässigkeit der Einschränkungen der allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns, sei es mit<sup>63</sup> oder ohne<sup>64</sup> Verweis auf Art. 5 Abs. 2 BV oder gar auf Art. 36 BV<sup>65</sup>.

In dieser Hinsicht fällt bei der Analyse der Entscheide positiv auf, dass die Gerichte bei der Überprüfung der Zulässigkeit der Einschränkungen der politischen Rechte jeweils eine umfassende *Interessenabwägung* und *Verhältnismässigkeitsprüfung* durchgeführt haben. Gerade in Anbetracht dessen ist es jedoch äusserst problematisch, dass es die Gerichte im Einzelfall<sup>66</sup> unterlassen haben, sich eingehend mit der jeweiligen gesetzlichen Grundlage, auf die sich die zu überprüfende Einschränkung stützte, auseinanderzusetzen. Denn Einschränkungen der in Art. 34 BV garantierten politischen Rechte bedürfen zwingend einer genügenden gesetzlichen Grundlage (*Gesetz im formellen Sinn*). Im Lichte der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte eine Rechtsverordnung (*Gesetz im materiellen Sinn*) für eine Einschränkung nicht genügen.<sup>67</sup> Gemäss dieser Rechtsprechung sind die Gerichte gehalten, stets zu erörtern, auf welche rechtliche Grundlage sich eine Einschränkung stützt und ob diese i.S.v. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV «genügend» ist.

Dahingehend stellt sich auch das anfangs umschriebene Dilemma<sup>68</sup> lediglich als ein scheinbares heraus: Eine notwendige gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung kann durch den Gesetzgeber jederzeit, zur Not auch im Dringlichkeitsverfahren, erlassen werden. Fehlt eine solche gesetzliche

---

63 KGer/GE, 1/1000/2020-ELEVOT ACST/12/2020, 1. April 2020, E. 11c; BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 4.3.

---

64 BGer, 1C\_169/2020, 22. Dezember 2020, E. 2.6.2.

---

65 VGer/ZH, VB.2021.00066, 18. Februar 2021, E. 3.2; BGer, Urteil 1C\_147/2021, 24. Februar 2022, E. 4.3.

---

66 Siehe insb. Anm. 40.

---

67 BGE 123 I 97 E. 4b m.w.Verw.

---

68 Zum Interessenkonflikt zwischen Infektionsschutz und Grundrechtseinschränkungen siehe oben V. *in initio*.

Grundlage, sind einschränkende Massnahmen, auch wenn sie einer Verhältnismässigkeitsprüfung und einer Interessenabwägung standhalten, in der Konsequenz aufzuheben. Dies dient schlussendlich der Eingriffsresistenz der politischen Rechte.

## VI. Schlussgedanken

Gerichte sind, insbesondere auch in Notsituation, verpflichtet, eine vollständige Schrankenprüfung bei Massnahmen, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten verletzen könnten, durchzuführen. Dabei ist es unverzichtbar, nicht nur nach dem überwiegenden öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit einer Einschränkung zu fragen, sondern auch das Vorhandensein einer genügenden gesetzlichen Grundlage zu verlangen.

Trotz des Erstarkens der Exekutive in Notsituationen ist die Gesetzgebung primäre Aufgabe der Legislative. Dies gilt auch in der Krise. Insbesondere in dieser darf es nicht zur Verwischung der Verantwortlichkeit und Kompetenzordnung kommen.<sup>69</sup> Als oberste gesetzgebende Organe des Staatswesens stehen Parlamente deshalb in der Pflicht: Sie haben – im Idealfall bereits vor Eintritt einer Notsituation<sup>70</sup> – gesetzliche Grundlagen zu schaffen, welche eine Einschränkung der politischen Rechte im Ausnahmefall erlauben würden, die jedoch einzig dem Zweck dienen sollten, die Institutionen der direkten Demokratie als solche zu schützen. Dabei muss als oberste Maxime gelten: Einschränkungen, welche die wesentlichen Grundzüge der demokratischen Partizipation gänzlich oder auf unbestimmte Dauer ausser Kraft setzen, widersprechen nicht nur der Garantie der politischen Rechte gemäss Art. 34 Abs. 1 BV, sondern auch der demokratischen Grundordnung der Schweiz<sup>71</sup> und müssen immer unzulässig sein.<sup>72</sup>

---

69 ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, in: ZBl 121/2020, S. 268–276, S. 276.

70 Dem weitsichtigen Gesetzgeber ist es unbenommen, Regelungen betreffend die politischen Rechte in Notsituationen zu treffen, damit diese auch im Rahmen einer Krise ausgeübt werden können. Solche Regelungen für Notsituationen wären nicht neu. So normierte bspw. der Gesetzgeber bereits im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1) eine Klausel für den Rechtsstillstand bei «Epidemien oder Landesunglück» (Art. 62 SchKG; siehe hierzu auch BIAGGINI [Anm. 22], S. 285–286).

71 Zur demokratischen Grundordnung der Schweiz siehe insb. ANDREAS KLEY, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts, in: Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich 2020, I.4, Rz. 6–8.

72 Vgl. KGer/GE, 1/1000/2020-ELEVOT ACST/12/2020, 1. April 2020, E. 12.

Romane Loviat

# Le droit d'urgence et la restriction des droits politiques

---

<b>I.</b>	<b>Introduction</b>	170
<hr/>		
<b>II.</b>	<b>Le droit d'urgence</b>	170
	1. Les fonctions du droit d'urgence	170
	2. Le mécanisme de droit d'urgence du Conseil fédéral	171
	3. La légitimité démocratique du droit d'urgence	172
<hr/>		
<b>III.</b>	<b>Les restrictions des droits politiques sur la base du droit d'urgence du Conseil fédéral</b>	173
	1. Les mesures concernant les droits politiques dans le contexte de la pandémie de Coronavirus	173
	2. La double fragilisation de la démocratie par les mesures	174
<hr/>		
<b>IV.</b>	<b>Une restriction justifiée?</b>	175
	1. La base légale	175
	2. L'importance de la libre formation de l'opinion	175
	3. Le dilemme de la restriction pour la protection	176
	4. Et l'interdiction de récolter des signatures?	177
<hr/>		
<b>V.</b>	<b>Conclusion</b>	179

## I. Introduction

Le droit d'urgence est le droit des temps de crise. Ce droit particulier a été nécessaire lors de la pandémie de Coronavirus, afin de faire face aux nombreux défis qu'elle a engendrés pour notre société. Lors des débuts de la pandémie, le principal acteur était le Conseil fédéral, qui a fait un usage fréquent et large de sa possibilité d'édicter du droit d'urgence selon l'art. 185, al. 3 Cst. Parmi les mesures qu'il a prises sur cette base, on trouve, dans l'Ordonnance sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral<sup>1</sup>, un certain nombre de restrictions des droits politiques fédéraux.

Dans cette contribution, nous nous proposons d'examiner le rapport entre les deux aspects mentionnés ci-dessus : le droit d'urgence et la restriction des droits politiques. Pour commencer, seront présentées les particularités du droit d'urgence (II). Ensuite seront examinées les restrictions des droits politiques prises dans l'Ordonnance susmentionnée, ainsi que la raison pour laquelle l'édiction de ces restrictions sur la base du droit d'urgence est problématique (III). Finalement, il sera traité de la question de savoir si les restrictions des droits politiques sont, en l'espèce, justifiées (IV).

## II. Le droit d'urgence

### 1. Les fonctions du droit d'urgence

Le droit d'urgence permet, dans des situations de crise, de prendre des mesures rapidement et efficacement, afin de faire face à des circonstances menaçant le fonctionnement de l'État<sup>2</sup>. Premièrement, on se trouve dans une certaine urgence qui ne laisse pas le temps de suivre le processus législatif ordinaire, c'est pourquoi on actionne des mécanismes particuliers qui permettent de réagir rapidement<sup>3</sup>. Ensuite, le droit d'urgence est subsidiaire au droit ordinaire<sup>4</sup>. En effet, il s'agit de créer de nouvelles normes légales, adaptées à la situation exceptionnelle, car les mesures nécessaires pour y faire face ne sont pas disponibles dans le droit déjà édicté<sup>5</sup>.

---

1 RS 161.16; RO 2020 847.

2 FLORIAN BRUNNER / MARTIN WILHELM / FELIX UHLMANN, *Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts*, PJA 6/2020, 685-701, p. 686.

3 BERNHARD WALDMANN, *Staatsrechtliche Herausforderungen*, in : Felix Uhlmann / Stefan Höfler (édit.), *Notrecht in der Corona-Krise*, Schriften des Zentrums für Rechtsetzungslehre n°12, Zurich/St.-Gall 2021, 3-48, p. 9.

4 RALPH TRÜMPLER, *Notrecht*, Zurich et al. 2012, n° 31.

5 TRÜMPLER (nbp 4), n° 31; WALDMANN (nbp 3), p. 9.

L'utilisation du droit d'urgence est soumise à certaines conditions, variant selon les mécanismes d'urgence, afin de s'assurer que ceux-ci ne soient utilisés que lorsque la situation le justifie<sup>6</sup>. Les limites posées par ces conditions ont pour but d'éviter les abus des pouvoirs étatiques, qui sont particulièrement concevables lorsque ces derniers se voient attribuer des compétences d'urgence<sup>7</sup>. Le droit d'urgence est un mécanisme d'exception qui doit donc être limité aux situations correspondant à l'exception et ne doit, en aucun cas, devenir normal<sup>8</sup>.

En résumé, la fonction du droit d'urgence est de permettre d'agir vite et efficacement face à une situation particulière, tout en posant les limites de cette possibilité, afin de garantir une certaine conservation des principes de l'État de droit.

## 2. Le mécanisme de droit d'urgence du Conseil fédéral

Le droit d'urgence peut comprendre une plus ou moins grande variété de mécanismes, selon qu'on le comprend dans un sens large ou étroit<sup>9</sup>. Dans le cadre de cette contribution, sera présenté uniquement le mécanisme relevant pour notre analyse, à savoir celui des ordonnances indépendantes d'urgence (ou de police) à disposition du Conseil fédéral, selon l'art. 185, al. 3 Cst.

Cet article permet au Conseil fédéral de prendre des mesures dans des ordonnances ou de prendre des décisions, pour faire face à des dangers graves et imminents, menaçant l'ordre public, la sécurité intérieure ou extérieure. Les ordonnances prises sont basées directement sur la Constitution (art. 185, al. 3 Cst.), c'est pourquoi on les nomme ordonnances indépendantes<sup>10</sup>. Ce droit d'urgence du Conseil fédéral a pour fonction de lui donner des compétences normatives plus larges qu'à l'ordinaire, car il lui permet d'édicter des règles importantes au sens de l'art. 164, al. 1 Cst.<sup>11</sup>.

Le mécanisme que l'on vient de présenter est considéré comme du droit d'urgence intraconstitutionnel, car il est prévu par la Constitution elle-même

---

6 Cf. art. 185, al. 3, art. 184, al. 3 et art. 173, al. 1, let. c Cst.; WALDMANN (nbp 3), p. 10.

7 BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (nbp 2), p. 686.

8 CoRo-GONIN, in : Vincent Martenet / Jacques Dubey (édit.), Constitution fédérale, Art. 81 – dispositions finales, Commentaire romand, Bâle 2021 (cité CoRo Cst.-AUTEUR-E), ad art. 185 n° 63.

9 Pour une analyse de la notion de droit d'urgence et les mécanismes qu'il peut comporter, cf. TRÜMLER (nbp 4), n°s 1-41.

10 CoRo Cst.-GONIN (nbp 8), art. 185 n° 69.

11 WALDMANN (nbp 3), p. 38.

et doit donc respecter le cadre de celle-ci<sup>12</sup>. À cela s'oppose le droit d'urgence extraconstitutionnel, c'est-à-dire non prévu par la Constitution et pouvant s'en écarter<sup>13</sup>. Ce dernier ne s'applique que dans des situations particulièrement graves, lors desquelles l'existence même de l'État est mise en danger<sup>14</sup>.

### 3. La légitimité démocratique du droit d'urgence

De ce qui précède ressort clairement que le droit d'urgence a pour conséquence que le processus démocratique est affaibli. En effet, afin de pouvoir agir vite et efficacement, ledit processus est mis de côté le temps que dure l'urgence<sup>15</sup>. La légitimité démocratique des mesures prises sur la base du droit d'urgence est donc moindre par rapport à celles basées sur une norme légale formelle. Un tel affaiblissement démocratique est nécessaire afin de faire face à une situation exceptionnelle, car la procédure législative ordinaire est particulièrement lente<sup>16</sup>. En conséquence, dans une situation exceptionnelle, apparaît inéluctablement un conflit d'intérêts entre le maintien de la démocratie et le besoin de lutter efficacement contre la situation d'urgence.

La légitimité démocratique est plus ou moins faible selon le mécanisme d'urgence utilisé. Les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral sont les plus faibles sur ce point, vu que l'exécutif agit seul, sans implication des chambres fédérales et sans soumission au référendum<sup>17</sup>. Afin de garantir, malgré tout, une certaine conservation de l'ordre démocratique et des principes de l'État de droit, ces ordonnances ne peuvent être utilisées qu'aux conditions mentionnées dans l'article<sup>18</sup>. Même en respectant ces conditions d'application, elles ne peuvent s'écarter de certains principes de l'ordre juridique<sup>19</sup>.

Les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral doivent notamment respecter la Constitution fédérale, car elles se basent sur celle-ci et ne constituent pas, comme mentionné plus haut, du droit d'urgence extraconstitutionnel,

---

12 BSK BV-KÜNZLI, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité BSK BV-AUTEUR·E), ad art. 185 n° 40.

---

13 BSK BV-KÜNZLI (nbp 12), art. 185 n° 40.

---

14 CoRo Cst.-GONIN (nbp 8), art. 185 n° 9; WALDMANN (nbp 3), p. 16.

---

15 ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, numéro spécial de la RDS, 9-54, p. 15.

---

16 WALDMANN (nbp 3), p. 9.

---

17 ANDREAS GLASER / KATJA GFELLER, Das Ringen des Parlaments um mehr Macht, Jusletter du 5 octobre 2020, nos 4-6; CoRo Cst.-GONIN (nbp 8), art. 185 n° 70.

---

18 SGK-SAXER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014 (cité SGK-AUTEUR·E), ad art. 185 n° 60.

---

19 SGK-SAXER (nbp 18), art. 185 n° 99.



qui permettrait de s'en écarter<sup>20</sup>. Bien que l'étendue de cette limite soit contestée en doctrine, il est reconnu, dans tous les cas, que les droits fondamentaux et surtout les conditions pour leur restriction doivent être respectés, point important en ce qui concerne la restriction des droits politiques<sup>21</sup>.

### III. Les restrictions des droits politiques sur la base du droit d'urgence du Conseil fédéral

#### 1. Les mesures concernant les droits politiques dans le contexte de la pandémie de Coronavirus

Les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral (art. 185, al. 3 Cst.<sup>22</sup>) ont été largement utilisées par celui-ci lors des débuts de la pandémie de Coronavirus, au printemps 2020<sup>23</sup>. Ces ordonnances contenaient diverses mesures pour faire face à cette pandémie, dont on distingue deux types. D'abord, les mesures ayant pour but direct d'endiguer la propagation du virus, mesures dites primaires<sup>24</sup>. Ensuite, les mesures cherchant à atténuer les divers effets découlant des mesures primaires, appelées mesures secondaires<sup>25</sup>.

Parmi ces mesures secondaires, on trouve des mesures concernant les droits politiques au niveau fédéral contenues dans l'Ordonnance sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral (ci-après « Ordonnance »), qui est basée sur l'art. 185, al. 3 Cst.<sup>26</sup>.

Cette ordonnance suspend plusieurs délais, notamment le délai pour le dépôt des listes de signatures des initiatives populaires (art. 1, al. 1, let. a Ordonnance), le délai pour la soumission à la votation des initiatives populaires (art. 1, al. 1, let. c Ordonnance), et le délai pour le dépôt de référendums, si la

---

20 Notamment DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft n°28, Zurich / St. Gall 2016, n°s 463 ss.

---

21 BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (nbp 2), p. 689; BSK BV-KÜNZLI (nbp 12); RECHSTEINER (nbp 20), n° 465; SGK-SAXER (nbp 18), art. 185 n° 100.

---

22 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101)

---

23 Législation dans le domaine des mesures contre le COVID-19: aperçu (état 27.5.2020) (14 octobre 2021).

---

24 Rapport du Conseil fédéral concernant l'exercice de ses compétences en matière de droit de nécessité et la mise en œuvre des motions de commission transmises depuis le début de la crise du coronavirus (14 octobre 2021), p. 4.

---

25 Ibidem.

---

26 RS 161.16; RO 2020 847.

récolte de signature est annoncée à la Chancellerie fédérale (art. 1, al. 2 Ordonnance). En outre, pendant le temps que dure la suspension des délais, les votations sur les initiatives et les référendums populaires n'ont pas lieu (art. 2, al. 1, let. b Ordonnance). Finalement, dans son article 3 elle prévoit que la récolte de signatures et la mise à disposition des listes pour cette récolte, tout au long de la suspension des délais, sont interdites. L'Ordonnance est entrée en vigueur le 21 mars 2020 et est restée en vigueur jusqu'au 31 mai 2020 (art. 5 Ordonnance).

## 2. La double fragilisation de la démocratie par les mesures

Cette ordonnance soulève plusieurs problèmes. En effet, outre le fait que les conditions de l'art. 185, al. 3 Cst. et ses limites ne sont pas forcément respectées, ce dont nous ne traiterons pas ici<sup>27</sup>, les mesures qu'elle contient restreignent largement les droits politiques au niveau fédéral.

Les droits politiques sont protégés par l'art. 34 Cst. Celui-ci contient en son alinéa 1, un premier aspect, général, qui garantit l'accès aux droits politiques prévus par le droit<sup>28</sup>. Au niveau fédéral il s'agit des droits de l'art. 136, al. 2 Cst., c'est-à-dire, dans le contexte de l'Ordonnance, du droit de prendre part aux votations fédérales et du droit de « lancer et signer des initiatives populaires et des demandes de référendum en matière fédérale ».

Au niveau fédéral, le droit de déposer des initiatives populaires et le droit de référendum sont réglés aux art. 138 ss Cst. Les suspensions de délais et l'interdiction de récolter les signatures contenus dans l'Ordonnance empêchent tout simplement, pendant un certain temps, de pouvoir exercer ces droits. À cela s'ajoute que les votations populaires sur ces deux types d'objet n'ont pas lieu pendant cette période (cf. art. 2, al. 1, let. b Ordonnance).

Les droits politiques sont d'une telle importance constitutionnelle qu'ils ne peuvent, en principe, être restreints que de manière exceptionnelle<sup>29</sup>. En effet, ils ont en plus d'un aspect de droit fondamental un aspect institutionnel important, car ils permettent au peuple d'exercer sa fonction de législateur, et donc sa fonction organique<sup>30</sup>. Il est d'autant plus délicat et problématique que les restrictions aux droits politiques aient lieu sur la base d'ordonnance

---

27 Pour une critique à ce sujet, cf. GIOVANNI BIAGGINI, Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren, ZBl 121/2020, 277-287.

28 PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5<sup>ème</sup> éd., Berne 2021, n°1835.

29 TSCHANNEN (nbp 28), n°1759.

30 ANDREAS GLASER, in : Giovanni Biaggini / Thomas Gächter / Regina Kiener, Staatsrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/St.-Gall 2021, § 3 n°1; TSCHANNEN (nbp 28), n°1759.

d'urgence du Conseil fédéral (art. 185, al. 3 Cst.), car la légitimité démocratique de ces actes elle-même est très faible (cf. II.3).

L'Ordonnance sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral fragilise donc l'ordre constitutionnel et démocratique de manière profonde et est à juste titre critiquable. Cependant, la prise de ces mesures est au bénéfice d'une justification particulière, qui sera examinée à présent.

## IV. Une restriction justifiée?

### 1. La base légale

Bien qu'une restriction des droits politiques sur la base du droit d'urgence de l'exécutif ne soit pas souhaitée, cette possibilité n'est, en elle-même, pas impossible. D'abord parce qu'une restriction des droits politiques reste possible à certaines conditions<sup>31</sup>. Ensuite parce que les ordonnances basées sur l'art. 185, al. 3 Cst. sont reconnues comme étant des bases légales suffisantes pour restreindre les droits fondamentaux, même dans le cas de restriction grave<sup>32</sup>. En conséquence, l'exigence de base légale n'est pas un obstacle ici.

### 2. L'importance de la libre formation de l'opinion

Les mesures prises dans l'Ordonnance sont à remettre dans le contexte d'urgence dont il était question lors de l'entrée en vigueur de cette dernière : la pandémie de Coronavirus que nous connaissons tous. Comme nous l'avons déjà expliqué, la pandémie a obligé le Conseil fédéral à prendre des mesures primaires sévères, afin d'éviter au maximum la propagation du virus (cf. III.1).

La liberté de réunion et les possibilités, tout simplement, d'entrer en contact avec ses concitoyens étaient alors largement restreintes<sup>33</sup>. Cela a pour conséquence de compliquer amplement les récoltes de signatures pour les initiatives populaires et pour les référendums, qui ont principalement lieu dans la rue<sup>34</sup>. De manière plus générale, la formation de l'opinion politique des citoyens et citoyennes concernant d'éventuelles votations est rendue plus

---

31 ANDREAS KLEY, in : Giovanni Biaggini / Thomas Gächter / Regina Kiener, Staatsrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich / St.-Gall 2021, § 42 n<sup>os</sup> 61 et 64 (application de l'art. 36 Cst. par analogie); TSCHANEN (nbp 28) n<sup>o</sup> 1759 (application de l'art. 5 Cst).

32 ATF 129 II 193 consid. 5.3.3.; ATF 125 II 417 consid. 6b; SGK-SAXER (nbp 18), art. 185 n<sup>o</sup> 100.

33 Rapport du Conseil fédéral (nbp 24), p. 9.

34 Ibidem.

difficile qu'à l'ordinaire, notamment car les débats publics et discussions politiques sont restreints<sup>35</sup>.

Ceci est un point problématique supplémentaire en ce qui concerne les droits politiques. En effet, la protection des droits politiques, dans son aspect plus concret, protège la libre formation de l'opinion et la garantie de l'expression fidèle de la volonté des votants (art. 34, al. 2 Cst.)<sup>36</sup>. Ceci signifie, pour ces derniers, d'avoir la possibilité de voter en se basant sur un processus d'information et de débat complet et libre<sup>37</sup>. En conséquence, les droits politiques sont restreints, même en l'absence de mesures les concernant directement, par la situation de pandémie et par les mesures primaires prises par le Conseil fédéral.

### 3. Le dilemme de la restriction pour la protection

On se trouve donc dans une situation où la restriction des droits politiques, controversée, est justifiée par leur préservation. Le Conseil fédéral qui devrait s'abstenir de restreindre ceux-ci sur la base de ses compétences d'urgence, les utilise dans l'intention de les préserver<sup>38</sup>. Le paradoxe consiste en ce que, d'un côté, les mesures prises pour lutter contre la pandémie restreignent la libre formation de l'opinion et, par conséquent, les droits politiques, et que de l'autre côté, les mesures prises pour atténuer cet effet restreignent également ces mêmes droits politiques. Dans cette situation, le Conseil fédéral a jugé plus important de prendre des mesures supplémentaires pour protéger les droits politiques que de ne rien faire.

La jurisprudence récente en matière de droits politiques semble donner raison à ce point de vue. En effet, le Tribunal fédéral a retenu, dans le contexte du report des élections communales tessinoises, en avril 2020, que les restrictions de réunion dues à la pandémie avaient fortement restreint le déroulement de la campagne et la possibilité des électeurs d'y participer<sup>39</sup>. Ceci conduit indubitablement à une restriction, pour les citoyens, de leur possibilité de se forger une opinion libre et complète<sup>40</sup>. C'est pourquoi il conclut, après

---

35 Cf. mesures de l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020, état le 16 mars 2020 (RS 818.101.24; RO 2020 783).

36 ATF 146 I 129 consid. 5.1 (avec d'autres références). Concernant l'aspect général de la protection des droits politiques (art. 34 al. 1 Cst.), cf. III.2.

37 ATF 146 I 129 consid. 5.1 (avec d'autres références); KLEY (nbp 31), n° 67.

38 Rapport du Conseil fédéral (nbp 24), pp. 9-10.

39 TF, 1C\_169/2020, 22 décembre 2020, consid. 2.6.2.

40 Ibidem.

analyse de la proportionnalité de la mesure dans le cas d'espèce, que le report des élections était adéquat et nécessaire<sup>41</sup>.

La situation de crise concernant l'Ordonnance étant la même, on peut partir du principe que les suspensions de délais concernant les votations (art. 1, al. 1, let. c et art. 2, al. 1, let. b Ordonnance) sont également justifiées. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que cela dépend des circonstances d'espèces. Le Tribunal fédéral mentionne notamment que la décision inverse du canton de Genève, qui consistait à maintenir le second tour des élections, était également justifiée, les circonstances en l'espèce étant différentes<sup>42</sup>.

Pour ce qui est de la suspension des délais pour la récolte des signatures, la situation varie légèrement. En effet, le degré d'information des citoyens et citoyennes lors de l'apposition de leur signature pour des référendums ou des initiatives est généralement moins important que pour une votation ou une élection<sup>43</sup>. Ici, la justification des mesures prises dans l'Ordonnance est uniquement la difficulté de récolter les signatures en question (cf. IV.2), ce qui reste une justification entièrement valable au vu des circonstances.

#### 4. Et l'interdiction de récolter des signatures ?

Si la suspension des délais est justifiée par la protection des droits politiques, qu'en est-il de l'interdiction de récolter des signatures et de mettre à disposition les listes prévues à cet effet (art. 3 Ordonnance) ? Ces mesures restreignent de manière particulièrement grave les droits politiques et ne sont pas justifiées par les explications que l'on vient d'exposer. En effet, en quoi la difficulté de récolter des signatures à cause de la situation de pandémie justifie une interdiction de récolter ces mêmes signatures ? La raison n'est pas non plus la libre formation de l'opinion, vu qu'elle ne concerne pas la récolte des signatures, comme expliqué ci-dessus (cf. IV.3).

Comme mentionné plus haut (cf. II.2), il est généralement reconnu que l'art. 185, al. 3 Cst. ne donne pas la compétence au Conseil fédéral de s'écarter de la Constitution. Or les délais pour le dépôt des initiatives et des référendums sont inscrits aux art. 138, al. 1, art. 139, al. 1 et art. 141, al. 1 Cst. (18 mois, respectivement 100 jours). Le Conseil fédéral a donc considéré qu'il n'avait pas la compétence de les prolonger<sup>44</sup>. Afin d'éviter une prolongation, qui aurait eu

---

41 TF, 1C\_169/2020, 22 décembre 2020, consid. 2.6.1. et 2.6.2.

42 TF, 1C\_169/2020, 22 décembre 2020, consid. 2.6.2., à propos de : GE, Cour de Justice, ACST/12/2020, 1<sup>er</sup> avril 2020.

43 Et n'a pas besoin de l'être, car il sera voté à ce sujet dans le cas où la récolte est fructueuse.

44 Rapport du Conseil fédéral (nbp 24), p. 9.

comme conséquence une modification de la Constitution, il a décidé de suspendre les délais<sup>45</sup>. De cette manière, le délai reste de 18 mois, respectivement de 100 jours. L'interdiction de récolter des signatures et de mettre à disposition les listes pour ce faire a pour but d'assurer que la mesure soit bel et bien une suspension et pas une prolongation<sup>46</sup>. En effet, si les signatures continuent d'être récoltées, l'effet factuel est celui d'une prolongation du délai.

Si la protection des droits politiques peut justifier leur restriction, la volonté de respecter les délais constitutionnels peut-elle avoir le même effet ? On se trouve ici dans un nouveau conflit d'intérêts, avec, d'un côté, le respect des délais constitutionnels additionné à la protection des droits politiques, et de l'autre, une restriction de ces derniers. Même si le Conseil fédéral a fait du mieux qu'il pouvait, au vu des circonstances, la solution n'est clairement pas satisfaisante.

Comme déjà expliqué, l'existence de l'interdiction de récolter des signatures découle d'une volonté de respecter les délais inscrits dans la Constitution. Or d'après BIAGGINI, la compréhension des délais comme étant respectés, même avec l'interdiction de récolter les signatures, dépend, dans tous les cas, d'une interprétation élargie du texte constitutionnel<sup>47</sup>. En effet, la Constitution mentionne explicitement que le délai commence de courir « à compter de la publication officielle » (art. 138 al. 1 Cst., art. 139, al. 1 Cst., art. 141, al. 1 Cst.), ce qui n'est, dans les faits, pas respecté, même si on ne fait que suspendre le délai<sup>48</sup>. À cela s'ajoute que, selon RECHSTEINER, les délais constitutionnels sont des principes qui peuvent être concrétisés dans des lois ou dans des ordonnances d'urgence<sup>49</sup>. Par conséquent, il aurait été possible de simplement prolonger les délais applicables aux initiatives populaires et aux demandes de référendum, en concrétisant les délais constitutionnels dans une ordonnance d'urgence. L'interdiction de récolter des signatures de l'art. 3 Ordonnance n'étant alors pas nécessaire, on ne peut considérer la mesure comme proportionnée, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt présenté ci-dessus (cf. IV.3).

Bien entendu, une telle solution n'est pas non plus idéale, loin de là. En effet, concrètement, il s'agit, ici aussi, d'une interprétation élargie des délais inscrits dans la Constitution. Cependant, une interprétation large des délais

---

45 Chancellerie fédérale, Commentaire de l'ordonnance sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral (14 octobre 2021), p. 2.

46 Chancellerie fédérale (nbp 45), p. 2.

47 BIAGGINI (nbp 27), p. 282.

48 Ibidem.

49 DAVID RECHSTEINER, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht, *Sécurité & Droit* 3/2020, 118-129, p. 128.

constitutionnels à elle seule est, à notre avis, un moindre mal par rapport à une interdiction de faire usage de ses droits politiques, telle que celle de l'art. 3 Ordonnance. Nous renvoyons, en ce sens, aux explications faites ci-dessus concernant l'importance des droits politiques pour la démocratie suisse (cf. III), ainsi qu'aux problèmes de légitimité démocratique du droit d'urgence (cf. II.3). En résumé, une mesure telle que l'interdiction de récolter des signatures, prise sur la base de droit d'urgence du Conseil fédéral, doit, à notre avis, être évitée tant que possible, ce qui était le cas en l'espèce, en prolongeant simplement les délais constitutionnels.

## V. Conclusion

Dans cette contribution, nous avons vu en quoi consiste le droit d'urgence, et surtout, la faible légitimité démocratique de celui-ci, lorsqu'il émane du Conseil fédéral (II). Les restrictions des droits politiques prises dans l'Ordonnance et les problèmes que cela soulevait ont aussi été présentés (III). Finalement, dans la dernière partie, la justification de ces restrictions a été examinée, ce qui a conduit à plusieurs conclusions, selon que la justification reposait sur la libre formation de l'opinion ou sur une volonté de respecter les délais inscrits dans la Constitution (IV).

En résumé, les mesures prises par le Conseil fédéral dans l'Ordonnance et qui sont expliquées, soit par l'état lacunaire de formation de l'opinion des citoyennes et citoyens, soit par la difficulté d'accès aux votants suite aux mesures primaires, sont au bénéfice d'une justification suffisante. Il s'agit ici des suspensions des délais pour la récolte des signatures et des reports des votations populaires (art. 1, al. 1, let. a et c, art. 1, al. 2, art. 2, al. 1, let. b Ordonnance) (IV.2 et IV.3). Par contre, les autres mesures, c'est-à-dire l'interdiction de récolter des signatures (art. 3 Ordonnance), ne sont pas nécessaires et ne bénéficient pas d'une justification suffisante, à notre sens, pour une restriction des droits politiques (IV.4).





Martin Wilhelm

# Kantonales Notrecht: Bewährungsprobe bestanden?

---

<b>I. Einleitung</b> .....	183
----------------------------	-----

---

<b>II. Notrechtskompetenzen der Regierungen</b> .....	184
<b>1. Verankerung</b> .....	184
a) Verfassungsrechtliche Notrechtsklauseln .....	184
b) Gesetzliche Notrechtsklauseln? .....	185
c) Ungeschriebene Notrechtskompetenz? .....	188
d) Beurteilung .....	189
<b>2. Voraussetzungen</b> .....	190
a) Massgebliche Schutzgüter .....	190
b) Sachliche Dringlichkeit .....	191
c) Zeitliche Dringlichkeit und Subsidiarität .....	191
d) Beurteilung .....	193
<b>3. Formelle Schranken</b> .....	193
a) Erklärung der ausserordentlichen Lage .....	193
b) Genehmigung durch das Parlament .....	193
c) Fakultative und obligatorische Referenden .....	195
d) Befristung .....	196
<b>4. Materielle Schranken</b> .....	196
a) Massnahmen <i>contra legem</i> ? .....	196
b) Massnahmen <i>contra constitutionem</i> ? .....	197
c) Verhältnismässigkeit .....	197
<b>5. Umsetzungsfragen</b> .....	198
a) Zulässigkeit von Delegationen .....	198
b) Handlungsform und Publikation .....	198
c) Vollzug nach Ausserkrafttreten .....	199
<b>6. Rechtsweg</b> .....	199

---

<b>III. Notrechtskompetenzen der Kantonsparlamente</b> .....	<b>200</b>
<b>1. Mitwirkung beim Notrechtshandeln der Regierung</b> .....	<b>200</b>
<b>2. Eigenständiges Notrechtshandeln der Parlamente?</b> .....	<b>200</b>
<b>3. Aufsicht</b> .....	<b>201</b>

---

<b>IV. Fazit</b> .....	<b>201</b>
------------------------	------------

## I. Einleitung

Die meisten kantonalen Verfassungen enthalten Notrechtsklauseln. Vor der Covid-19-Pandemie mussten die Kantone allerdings kaum auf diese zurückgreifen, weshalb die im Frühjahr 2020 einsetzende Krise die erste echte Bewährungsprobe dieser Bestimmungen darstellte.<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag stellt die kantonalen Notrechtsgrundlagen sowie die Notrechtspraxis während der Covid-19-Pandemie übersichtsweise dar und nimmt eine Einschätzung vor, wie gut die Kantone für (weitere) Krisen gerüstet sind.

Soweit nicht ausdrücklich anders erwähnt, werden im Folgenden unter Notrecht Anordnungen in Verfügungs- oder Ordnungsform verstanden, die zur Behebung einer Notsituation ohne gesetzliche Grundlage, aber gestützt auf eine entsprechende Klausel in der Verfassung erlassen werden.<sup>2</sup> Nicht behandelt werden Notstandsklauseln, die dem Parlament erlauben, die Regierung per Gesetz zur Abweichung von der Verfassung zu ermächtigen,<sup>3</sup> sowie Primärmassnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, die eine gesetzliche Grundlage im Epidemien-gesetz des Bundes<sup>4</sup> haben.<sup>5</sup>

---

1 In Bezug auf Bern CHRISTOPH AUER, Die Covid-19-Gesetzgebung im Kanton Bern, LeGes 3/2021 Nr. 3, Rz. 9.

2 Zu den uneinheitlich verwendeten Begriffen des «intrakonstitutionellen» und des «extrakonstitutionellen» sowie des «unechten» und des «echten» Notrechts vgl. DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 37 f.; RALPH TRÜMPLER, Diss. 2011, Zürich 2012, Rz. 179 und 199 ff. sowie Fn. 16; URS SAXER, in: Bernhard Ehrenzeller et. al (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014; Art. 185 N 11; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 185 N 9; FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 6/2020, S. 685 ff., 688; BERNHARD WALDMANN, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Zürich/St. Gallen 2021, S. 3 ff., 28. Zu ungeschriebenen «extrakonstitutionellen» bzw. «echtem» Notrecht der Kantone unten II.1.c.

3 Um entsprechende Klauseln handelt es sich bei Art. 49a KV/NW, Art. 81 Abs. 1 KV/GL, § 84 Abs. 2 KV/ZG, Art. 93 Abs. 2 KV/SO und Art. 60 KV/JU, wobei in SO und NW nur Abweichungen von der *Zuständigkeitsordnung* der Verfassung vorgesehen sind. Zur Zulässigkeit dieser Bestimmungen RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 117 ff. MARKUS HUSMANN, Zum Handlungsspielraum der Kantone bei ausserordentlichen Umständen, in: Bernhard Waldmann et al. (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 245 ff., 257 und 268 ff., spricht von «mittelbare[n] Ermächtigungsnormen».

4 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (EpG; SR 818.101).

5 Zur Reichweite der Bestimmungen des Epidemien-gesetzes ausführlich WALDMANN (Anm. 2), S. 13 ff., m.w.H.

## II. Notrechtskompetenzen der Regierungen

### 1. Verankerung

#### a) Verfassungsrechtliche Notrechtsklauseln

Zur Bewältigung von Krisen sehen die meisten Kantonsverfassungen eine Kompetenz der Regierung zur Anordnung von Massnahmen ohne gesetzliche Grundlage vor. Insgesamt sind es 23 Kantone, die über eine Notrechtsklausel in diesem Sinne verfügen,<sup>6</sup> wobei der Kanton Uri erst während der Covid-19-Pandemie eine solche schuf (dazu II.1.b). Während sich die Notrechtsklauseln in Voraussetzungen und Umfang teilweise deutlich unterscheiden, sind viele doch ähnlich und mit Parallelen zur Notrechtsklausel der Bundesverfassung (Art. 185 Abs. 3 BV) formuliert.<sup>7</sup> Ein Beispiel ist Art. 91 KV/BE:

«Der Regierungsrat kann ohne gesetzliche Grundlage Massnahmen ergreifen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen. [...]»

Während der Covid-19-Pandemie haben alle 23 Kantone, die über eine Notrechtsklausel in der Verfassung verfügen, davon Gebrauch gemacht.<sup>8</sup> Sie griffen allerdings unterschiedlich oft auf Notrecht zurück, was einerseits darauf zurückzuführen sein dürfte, dass sie sehr unterschiedlich auf die Pandemie reagierten. Während einige Kantone umfangreiche kantonale Massnahmen erliessen,<sup>9</sup> beschränkten sich andere im Wesentlichen auf die Umsetzung der Massnahmen des Bundes, was sich oft im Rahmen der ordentlichen

---

6 § 91 Abs. 4 KV/AG; Art. 90 Abs. 1 KV/AR; Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL; § 109 Abs. 1 KV/BS; Art. 117 KV/FR; Art. 113 Abs. 1 KV/GE; Art. 99 lit. d KV/GL; Art. 48 Abs. 1 KV/GR; Art. 91 Abs. 1 KV/JU; § 56 Abs. 3 KV/LU; Art. 74 lit. f und Art. 75 Abs. 1 KV/NE; Art. 64 Abs. 2 KV/NW; Art. 75 Ziff. 3 KV/OW; Art. 75 KV/SG; Art. 68 Abs. 1 KV/SH; Art. 79 Abs. 4 KV/SO; § 62 Abs. 1 KV/SZ; § 44 Abs. 1 KV/TG; Art. 90 Abs. 3 KV/UR; Art. 125 Abs. 1 KV/VD; Art. 56 Abs. 2 KV/VS; Art. 72 Abs. 1 KV/ZH. Übersichten über die kantonalen Notrechtsbestimmungen finden sich bei RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 516 ff., und WALDMANN (Anm. 2), S. 26 ff.

---

7 § 91 Abs. 4 KV/AG; Art. 90 Abs. 1 KV/AR; Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL; § 109 Abs. 1 KV/BS; Art. 48 Abs. 1 KV/GR; § 56 Abs. 3 KV/LU; Art. 68 Abs. 1 KV/SH; Art. 79 Abs. 4 KV/SO; § 62 Abs. 1 KV/SZ; Art. 72 Abs. 1 KV/ZH. Vgl. auch RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 517.

---

8 Dies zumindest gemäss Ingress der jeweiligen Erlasse. Übersichten über die kantonalen Massnahmen zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie finden sich bei CLAUDIA HÖCHNER, Kantonale Regelungen zu Covid-19 in der Übersicht, Newsletter IFF 4/2020; CLAUDIA HÖCHNER / ARIANNA LANFRANCHI, COVID-19 Dossier: Wirtschaftliche Unterstützungsmassnahmen infolge des Coronavirus, Newsletter IFF 3/2020; NICOLAS SCHMITT, Étude comparative sur les réglementations cantonales d'urgence relatives au Coronavirus/COVID-19, in: Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020.

---

9 Etwa FR, GE und NE, vgl. HÖCHNER (Anm. 8), S. 6 ff., 10 f. und 15 ff., m.w.H.

Vollzugsverordnungscompetenz bewerkstelligen liess.<sup>10</sup> Andererseits versuchten manche Kantone sichtlich, möglichst bestehende Gesetze als Grundlage für Massnahmen zur Bewältigung der Pandemie heranzuziehen.<sup>11</sup> Ob dies in jedem Fall gelungen ist, muss bezweifelt werden. So bezeichnete der Regierungsrat Basel-Stadt das kantonale Tagesbetreuungsgesetz<sup>12</sup> als Grundlage für die Entschädigung von Einrichtungen der Tagesbetreuung für den Ausfall von Elternbeiträgen,<sup>13</sup> obwohl dieses für Abgeltungen ausdrücklich sowohl eine Nachfrage nach den Betreuungsplätzen als auch Elternbeiträge voraussetzt (§ 7 Abs. 1 lit. a sowie § 8 Abs. 1 Tagesbetreuungsgesetz).

### b) Gesetzliche Notrechtsklauseln?

Zwei Kantone – Tessin und Zug – verfügen einzig über gesetzliche Klauseln, die in der Krise ein Handeln ohne spezifische (formell-)gesetzliche Grundlage erlauben.<sup>14</sup> Dasselbe galt zu Beginn der Covid-19-Pandemie auch für den Kanton Uri. Nach Art. 2 Abs. 2 BSG/UR<sup>15</sup> darf der Regierungsrat in ausserordentlichen Lagen «notfalls vom Gesetz abweichen». Voraussetzung dazu ist die Erklärung des «Notstandsfalls». Die Tragfähigkeit einer solchen Bestimmung ist bestenfalls beschränkt. In der Lehre wird zwar zu Recht vertreten, dass gesetzliche Delegationsnormen, die eine Abweichung von anderen Gesetzen vorsehen, grundsätzlich zulässig sind.<sup>16</sup> Allerdings müssen die Vorschriften der jeweiligen Kantonsverfassung sowie des Bundesrechts eingehalten werden. Insbesondere betrifft dies das Erfordernis der Gesetzesform als Teilgehalt des Legalitätsprinzips bzw. die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation.<sup>17</sup>

---

10 Etwa AI, OW und VS, vgl. HÖCHNER (Anm. 8), S. 2 f., 19 f. und 28, m.w.H.

---

11 Etwa BS und ZG, vgl. HÖCHNER (Anm. 8), S. 5 f. und 28 ff., m.w.H.

---

12 Gesetz [BS] betreffend die Tagesbetreuung von Kindern vom 17. September 2003 (SG 815.100).

---

13 Vgl. Verordnung [BS] über Massnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) in der Tagesbetreuung vom 31. März 2020 (COVID-19-Verordnung Tagesbetreuung; SG 815.101; ausser Kraft seit 31. August 2020).

---

14 Vgl. WALDMANN (Anm. 2), S. 27 und dort Fn. 126.

---

15 Gesetz [UR] über den Bevölkerungsschutz im Kanton Uri vom 25. September 2005 (Bevölkerungsschutzgesetz; RB 3.6201).

---

16 RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 136.

---

17 Ausführlich zur Frage der Gesetzesdelegation auf Kantonsebene BGER, 2P.283/2004 vom 7. April 2005, E. 7.2f. In der Urner Kantonsverfassung ist das Erfordernis der Gesetzesform in Art. 90 Abs. 1 KV normiert: «Der Landrat unterbreitet dem Volk in Form des Gesetzes alle wichtigen Bestimmungen [...]» Zum Verhältnis der Voraussetzungen der Gesetzesdelegation zum Erfordernis der Gesetzesform vgl. FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7 ff., 17 f.

Sofern die Regierung zur Abweichung von einer wichtigen gesetzlichen Regelung ermächtigt wird, müssen die Voraussetzungen und der Umfang dieser Abweichung deshalb in den Grundzügen im Gesetz vorgezeichnet sein. Eine allgemeine gesetzliche Notrechtsklausel ohne Grundlage in der Verfassung erweist sich folglich als unzulässig.

Der Urner Regierungsrat erliess gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BSG/UR unter anderem einen Fristenstillstand für kantonale Volksbegehren, womit er nicht nur vom Gesetz, sondern auch von der Verfassung (Art. 28 Abs. 3 und Art. 25 KV/UR) abwich. Bei der rückblickenden Aufarbeitung der Krisenbewältigung stellte der Regierungsrat die Zulässigkeit dieses Beschlusses zwar nicht in Frage. Er hielt aber in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 BSG/UR fest: «Die Bestimmung greift zu kurz, wenn es darum geht, neues Recht zu erlassen.»<sup>18</sup> Eine Absage erteilte er auch der Vorstellung, der Gesetzgeber könnte präventiv ausreichend detaillierte Regeln zur Krisenbewältigung erlassen:

«Der Einsatz von Notrecht ist im Rechtsstaat zugegebenermassen ein Übel – ein notwendiges allerdings. Es wird nie gelingen, für jedwedes notwendige staatliche Handeln eine dem Legalitätsprinzip konforme Handlungsgrundlage bereit zu stellen.»<sup>19</sup>

Entsprechend beantragte der Urner Regierungsrat dem Landrat am 18. August 2020, mit Art. 90 Abs. 3 KV/UR eine Notrechtsklausel zu schaffen. Die Verfassungsänderung wurde am 30. September 2020 verabschiedet, vom Volk am 29. November 2020 angenommen und von der Bundesversammlung am 21. September 2021 gewährleistet.<sup>20</sup>

Aussergewöhnlich ist die rechtliche Situation im Kanton Zug. Nach § 84 Abs. 1 KV/ZG hat der Gesetzgeber für den Fall von Katastrophen, kriegerischen Ereignissen oder anderen Notlagen notrechtliche Massnahmen vorzusehen, wobei das Gesetz sowohl den Kantonsrat als auch den Regierungsrat vorübergehend ermächtigen kann, von der Verfassung abzuweichen (§ 84 Abs. 2 KV/ZG). Diesem Gesetzgebungsauftrag ist der Gesetzgeber 2019 mit dem Erlass des Bevölkerungsschutzgesetzes<sup>21</sup> nachgekommen. Letzteres ermächtigt den Regierungsrat, zur Abwehr einer schweren Gefährdung der öffentlichen

---

18 Bericht und Antrag des Regierungsrats [UR] an den Landrat vom 18. August 2020 zum Schlussbericht über die Bewältigung der ausserordentlichen Lage vom 16. März 2020 bis 12. Juni 2020 sowie Antrag zur Änderung der Verfassung des Kantons Uri, S. 2.

---

19 Coronavirus 2020, Schlussbericht des Regierungsrats [UR] vom 18. August 2020 über die Bewältigung der ausserordentlichen Lage vom 16. März 2020 bis 12. Juni 2020.

---

20 AB 41/2020, S. 1497; AB 49/2020, S. 1792; BBl 2021 2340, S. 1.

---

21 Gesetz [ZG] über den Schutz der Bevölkerung vom 26. September 2019 (BevSG; BGS 541.1).

Sicherheit und Ordnung bestehende Erlasse ausser Kraft zu setzen und an deren Stelle Notverordnungen zu erlassen (Art. 13 Abs. 1 BevSG/ZH). Dauert der vom Regierungsrat festgestellte Notstand länger als 30 Tage, so prüft der Kantonsrat, ob die Voraussetzungen des Notstands noch erfüllt sind, und hebt ihn andernfalls auf (Art. 11 BevSG/ZH). Während der Covid-19-Pandemie handelte der Zuger Regierungsrat allerdings gestützt auf § 29 Abs. 1 FHG/ZG<sup>22</sup>. Die Bestimmung sieht vor, dass die Regierung «Notstandskredite» beschliessen darf, wenn für eine Ausgabe zwar eine Rechtsgrundlage fehlt, ihr Aufschub aber «schwerwiegende Nachteile» für das Gemeinwesen bewirken würde. Grundsätzlich unproblematisch erscheint dies, wenn etwa zur Beteiligung an einem Härtefallprogramm des Bundes nur ein Kredit gesprochen und daneben höchstens Ausführungsbestimmungen erlassen werden müssen. Beschliesst der Regierungsrat hingegen eine gänzlich neue Unterstützungsmassnahme, so ist fraglich, ob mit dem Erlass der entsprechenden Bestimmungen auf Verordnungsstufe dem Legalitätsprinzip Genüge getan ist, denn bei Ausgaben müssen immerhin die Grundzüge der Regelung in einem Gesetz enthalten sein.<sup>23</sup> Um Notrecht i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BevSG/ZH handelt es sich bei den gestützt auf § 29 Abs. 1 FHG/ZG erlassenen Verordnungen jedenfalls aus Sicht des Regierungsrats gerade nicht, was dieser mit einer Änderung des Wortlauts von § 29 Abs. 1 FHG/ZG von «Notstandskredit» zu «Notkredit» klarstellen wollte.<sup>24</sup> Kritisch beurteilt wurde im Zuger Kantonsrat zudem die Verwendung von Geldern aus dem Lotteriefonds für wirtschaftliche Unterstützungsmassnahmen.<sup>25</sup>

Ausschliesslich auf gesetzliche Bestimmungen zur Krisenbewältigung musste sich auch der Tessiner Staatsrat stützen. Art. 22 Abs. 1 LProtPop/TI<sup>26</sup> erlaubt dem Regierungsrat, nach Ausrufung des Notstands («stato di necessità») alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen («adottare tutti i provvedimenti necessari»). Hier ist fraglich, ob diese Bestimmung den Erlass von Notverordnungen zulässt – die (nicht abschliessende) Aufzählung nennt als mögliche Massnahmen einzig den Einzug tauglicher Personen («convocare le persone idonee allo scopo e alle esigenze dell'intervento», lit. a) sowie die

---

22 Gesetz [ZG] über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz; BGS 611.1).

23 ANDREAS LIENHARD / AUGUST MÄCHLER / AGATA ZIELNIEWICZ, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017, S. 13.

24 Vgl. Änderung des Finanzhaushaltsgesetzes: Notkredit und neue Ausgaben Regierungsrat, Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 1. Juni 2021, S. 7. Die neue Fassung von § 29 FHG/ZG ist in Kraft seit 1. Juni 2022.

25 Vgl. Protokoll des Kantonsrats, 40. Sitzung vom 17. Dezember 2020 (Vormittag), S. 1426.

26 Legge [TI] sulla protezione della popolazione del 26 febbraio 2007 (RL 500.100).

Requisition nötiger Mittel («requisire i mezzi ed i beni necessari», lit. b). Ob sich der Tessiner Staatsrat beim Erlass von Vorschriften, die das Gemeindeorganisationsgesetz<sup>27</sup> teilweise derogieren,<sup>28</sup> zu Recht auf Art. 22 Abs. 1 LProtPop/TI berufen hat, muss deshalb bezweifelt werden.

### c) Ungeschriebene Notrechtskompetenz?

Die Standeskommission des Kantons Appenzell Innerrhoden sagte sowohl 2020 als auch 2021 die Landsgemeinde ab und ordnete stattdessen ausserordentliche Urnenabstimmungen an.<sup>29</sup> Dies widersprach unter anderem Art. 19 Abs. 2 KV/AI, der als Datum für die jährliche ordentliche Landsgemeinde den letzten Sonntag im April vorsieht. Da die Verfassung von Appenzell Innerrhoden keine Notrechtsklausel kennt, stellte sich die Frage, ob der Standeskommission eine ungeschriebene Notrechtskompetenz zukommt.

In einem Urteil aus dem Jahr 1957 bejahte das Bundesgericht ein ungeschriebenes Notverordnungsrecht der Kantonsregierungen.<sup>30</sup> Gemeint war damit allerdings der Erlass von Verordnungen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel.<sup>31</sup> Diese erlaubt nach der Lehre kein Handeln *contra legem* und *contra constitutionem*,<sup>32</sup> womit die Absage der Landsgemeinde aus der Sicht der Kantonsverfassung unzulässig erscheint. Auch keine Lösung bietet das von der Lehre teilweise anerkannte ungeschriebene «extrakonstitutionelle» oder «echte» Notverordnungsrecht der Kantone,<sup>33</sup> welches eine Bedrohung des Kantons in seiner Funktionsfähigkeit und somit mindestens indirekt in seiner Existenz voraussetzt.<sup>34</sup>

---

27 Legge [TI] organica comunale del 10 marzo 1987 (LOC; RL181.100).

28 Decreto esecutivo [TI] concernente il funzionamento delle Autorità comunali, consorzi e patriziali in tempo di emergenza epidemiologica da COVID-19 del 20 marzo 2020 (RL189.150).

29 Art. 2f. Standeskommissionsbeschluss [AI] über ausserordentliche Urnenabstimmungen (StKB Urnenabstimmungen; GS 120.002); Art. 2 Standeskommissionsbeschluss [AI] zur Verordnung über ausserordentliche Urnenabstimmungen vom 16. Februar 2021 (StKB VaU; GS 160.021).

30 BGE 83 I 111, E. 2c.

31 Vgl. CLAUDIUS KULL, Das kantonale Notrecht und seine Stellung im schweizerischen Rechtssystem, Diss. Zürich 1980, S. 122, Fn. 4.

32 DAVID RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, Sicherheit & Recht 3/2016, S. 143 ff., 147, m.w.H.

33 Etwa von KULL (Anm. 31), S. 85 f. u. 131 ff.; RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 599; YVO HANGARTNER/ ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte von Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 2260; HUSMANN (Anm. 3), S. 271 ff. Zu den Begriffen Anm. 2.

34 KULL (Anm. 31), S. 125; vgl. auch RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 578 ff.



Das Bundesgericht wies eine Beschwerde dreier Stimmberechtigter gegen die Absage der Landsgemeinde allerdings ab, ohne diese Frage zu thematisieren. Gemäss dem Urteil konnte sich die Standeskommission auf Art. 40 EpG stützen,<sup>35</sup> der es den Kantonen erlaubt, Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zu treffen, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern (Abs. 1), wozu etwa Veranstaltungsverbote zählen (Abs. 2 lit. a). Angesichts des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) ist dies nachvollziehbar. Nicht thematisiert hat das Bundesgericht aber, inwiefern eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 40 EpG, in deren Rahmen zu berücksichtigen ist, dass der Bund die demokratische Ordnung der Kantone zu wahren hat (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 Abs. 2 BV),<sup>36</sup> Eingriffen in diese demokratische Ordnung auf der Grundlage von Bundesrecht Schranken setzt. Zutreffend erscheint die Überlegung, dass die Durchführung der Landsgemeinde eine nicht zumutbare Einschränkung der politischen Rechte für jene Stimmberechtigten bedeutet hätte, die das erhöhte Infektionsrisiko nicht hätten auf sich nehmen wollen.<sup>37</sup>

#### d) Beurteilung

Der ausnahmslose Gebrauch der Notrechtsklauseln in Kantonen, die solche kennen, die Schaffung einer Notrechtsklausel in Uri sowie die Fragezeichen bei den Grundlagen für gewisse Massnahmen in den Kantonen Zug, Tessin und Basel-Stadt sprechen dafür, dass eine These zutrifft, die DAVID RECHSTEINER im Jahr 2016 formulierte:

«Obwohl [das Fehlen einer Notrechtsklausel] aus rechtsstaatlicher Sicht auf den ersten Blick zu begrüssen ist, ist es fraglich, ob tatsächlich keine Notwendigkeit für ein Notverordnungs- und Notverfügungsrecht der Exekutive besteht. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass im Ernstfall das ordentliche Recht überdehnt und als Grundlage für Notverordnungen herangezogen wird oder eine solche gar ohne entsprechende Grundlage erlassen wird.»<sup>38</sup>

Für Notrechtsklauseln spricht auch, dass ihre Anwendung regelmässig mit Sicherungsmechanismen (etwa Befristung, Genehmigung oder Erklärung einer ausserordentlichen Lage, dazu II.3.a) und einem erhöhten Rechtfertigungs-

---

35 BGer, 1C\_147/2021 vom 24. Februar 2022, E. 5.3.

36 Vgl. betreffend einschränkende Bundesmassnahmen gegenüber kantonalen Legislativen FELIX UHLMANN / MARTIN WILHELM, Kurzgutachten zuhänden des Ratsbüros des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt betreffend Covid-19-Zertifikatspflicht im Parlamentsgebäude vom 4. Oktober 2021, S. 6 f., m.w.H.

37 Vgl. BGer, 1C\_147/2021 vom 24. Februar 2022, E. 6.4.4.

38 RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 520.

druck einhergeht. Wird eigentliches Notrecht hingegen auf ungenügender Grundlage erlassen, greifen diese Mechanismen nicht; zudem entsteht Rechtsunsicherheit.

## 2. Voraussetzungen

### a) Massgebliche Schutzgüter

Die meisten kantonalen Notrechtsklauseln setzen ausdrücklich eine «Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit» voraus,<sup>39</sup> einzelne nur «schwerwiegende Gefahren oder andere Ausnahmesituationen» (Art. 125 Abs. 1 KV/VD) oder Ähnliches.<sup>40</sup> Weitere statuieren schlicht eine Kompetenz für «Noterlasse».<sup>41</sup> Die Begriffe implizieren allerdings, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht sein muss.<sup>42</sup> Einige Notrechtsklauseln weisen darüber hinaus «soziale Notstände» als alternative Voraussetzung auf.<sup>43</sup>

Relevant wurde die Frage der massgeblichen Schutzgüter im Kanton Zürich, als das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde einer Gemeinde hin, die zur Ausrichtung einer Ausfallentschädigung an Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen auf ihrem Gemeindegebiet verpflichtet werden sollte, die entsprechende Notverordnung des Regierungsrats aufhob, da der Verfassungsrat den Einbezug wirtschaftlicher und sozialer Notstände ausdrücklich verworfen hatte.<sup>44</sup>

Einzelne kantonale Notrechtsklauseln setzen zumindest dem Wortlaut nach nur Dringlichkeit voraus und schränken ihren Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Schutzgüter ein. So erlaubt Art. 91 Abs. 1 KV/JU der Regierung «in dringlichen Fällen» den Erlass von Verordnungen sowie das Ergreifen von Massnahmen in Abweichung von Gesetzen. Ähnlich statuiert Art. 99 lit. d KV/GL ein Notverordnungs- und -verfügungsrecht der Regierung ausser für Notlagen «auch für «andere[...] Fälle[...] zeitlicher Dringlichkeiten» und erlaubt Art. 75 KV/SG den Erlass von Verordnungen mit Regelungen von Gesetzesrang, «[s]oweit unaufschiebbarer Regelungsbedarf besteht». Hier ist klar, dass auch wirtschafts- und sozialpolitische Massnahmen zulässig sind.

---

39 § 91 Abs. 4 KV/AG; Art. 90 Abs. 1 KV/AR; Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL; § 109 Abs. 1 KV/BS; Art. 48 Abs. 1 KV/GR; § 56 Abs. 3 KV/LU; Art. 68 Abs. 1 KV/SH; Art. 79 Abs. 4 KV/SO; § 62 Abs. 1 KV/SZ; § 44 Abs. 1 KV/TG; Art. 72 Abs. 1 KV/ZH.

---

40 Vgl. Art. 113 Abs. 1 KV/GE; Art. 117 KV/FR; Art. 75 Abs. 1 KV/NE; Art. 56 Abs. 2 KV/VS.

---

41 Art. 64 Abs. 2 KV/NW; Art. 75 Ziff. 3 KV/OW; Art. 90 Abs. 3 KV/UR.

---

42 Vgl. Schlussbericht des Regierungsrats des Kantons Uri (Anm. 19) S. 81.

---

43 § 91 Abs. 4 KV/AG; Art. 90 Abs. 1 KV/AR; Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL; Art. 48 Abs. 1 KV/GR; § 56 Abs. 3 KV/LU; Art. 68 Abs. 1 KV/SH; Art. 79 Abs. 4 KV/SO; § 62 Abs. 1 KV/SZ.

---

44 VGer ZH, AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, E. 4.2.

## b) Sachliche Dringlichkeit

Vorausgesetzt wird in den meisten Kantonen, dass die drohende oder bereits eingetretene Störung des relevanten Schutzguts eine gewisse Schwere aufweist. Aus den jeweiligen Formulierungen wie «schwerwiegend»<sup>45</sup> oder «ernst»<sup>46</sup> lässt sich allerdings nur wenig ableiten. Stimmig erscheint die Forderung, dass grundlegende Funktionen bzw. zentrale Ziele des Staats deutlich beeinträchtigt sein müssen oder eine solche Beeinträchtigung drohen muss.<sup>47</sup> Soweit kantonale Notrechtsklauseln dem Wortlaut nach einzig Dringlichkeit voraussetzen, ist zu fragen, ob sich nicht aus anderen Auslegungselementen ein engerer Anwendungsbereich ergibt. So wird für Art. 75 KV/SG vertreten, dass das öffentliche Interesse an einem raschen Handeln gegen die Einschränkung der demokratischen Partizipation abgewogen werden müsse.<sup>48</sup> Dies bedeutet, dass für umfangreiche staatliche Eingriffe in die Rechtssphäre der Betroffenen wie auch für umfangreiche staatliche Leistungen entsprechend gewichtige öffentliche Interessen bestehen müssen. Im Ergebnis wird damit für umfangreiche staatliche Massnahmen zur Krisenbewältigung ebenso eine schwere Beeinträchtigung wichtiger Schutzgüter bestehen müssen wie in anderen Kantonen.<sup>49</sup>

## c) Zeitliche Dringlichkeit und Subsidiarität

Zeitliche Dringlichkeit liegt dann vor, wenn ein so rasches Handeln des Staates geboten ist, dass die Zeit nicht ausreicht, um eine gesetzliche Grundlage dafür zu schaffen.<sup>50</sup> Dies wird auch mit dem teilweise als separate Voraussetzung genannten Begriff der Subsidiarität ausgedrückt.<sup>51</sup> Notrechtliches Handeln und die damit verbundenen Einschränkungen des Legalitätsprinzips sowie der demokratischen Rechte sind nur zulässig, wenn die Möglichkeit demokratisch besser legitimierten Handelns nicht besteht. Ob zeitliche Dringlichkeit besteht, bemisst sich somit danach, wie rasch das Parlament die nötigen Bestimmungen erlassen kann. Dies wiederum ist insbesondere davon

---

45 § 72 Abs. 1 KV/ZH.

---

46 Art. 117 KV/FR.

---

47 Vgl. Schlussbericht des Regierungsrats des Kantons Uri (Anm. 19), S. 81.

---

48 Stellungnahme der Staatskanzlei [SG], Rechtliche Rahmenbedingungen für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton vom 29. Mai 2019, S. 14 f.

---

49 FELIX UHLMANN/MARTIN WILHELM, Gutachten zuhanden Kanton St. Gallen betreffend Dringlichkeitsrecht im Kanton St. Gallen vom 22. Januar 2021, Rz. 6 f. und 11 f., m.w.H.

---

50 Vgl. SAXER (Anm. 2), Art. 185 N 86; siehe auch bereits BGE 57 I 266, 275.

---

51 Vgl. SAXER (Anm. 2), Art. 185 N 87.

abhängig, ob – wie in der Hälfte der Kantone –<sup>52</sup> ein dringliches Gesetzgebungsverfahren besteht. Im Kanton Bern, der kein dringliches Gesetzgebungsverfahren kennt, ist eher zeitliche Dringlichkeit im Sinne von Art. 91 KV/BE gegeben als im Kanton St. Gallen nach Art. 75 KV/SG, da dort das Parlament nach Art. 68 KV/SG Gesetze bei zeitlicher Dringlichkeit sofort in Vollzug setzen darf.<sup>53</sup>

Im Frühjahr 2020 war die zeitliche Dringlichkeit der Massnahmen zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie unbestritten. Abgesehen von St. Gallen, wo die Regierung umgehend eine Vorlage an das Parlament ausarbeiten muss (dazu II.3.b), initiierten allerdings die wenigsten Kantone im Verlauf der Pandemie Gesetzgebungsverfahren zwecks Ablösung der Notverordnungen.<sup>54</sup> Viele liessen ihre Notverordnungen zudem recht lange in Kraft.<sup>55</sup>

Bemerkenswerterweise erliessen einzelne Kantone im weiteren Verlauf der Pandemie neue Notverordnungen, obwohl die Parlamente inzwischen hinreichend Zeit hatten, selbst tätig zu werden. So berief sich der Thurgauer Regierungsrat am 13. April 2021 bei einer Aufstockung des kantonalen Härtefonds auf die Notrechtsklausel in § 44 Abs. 1 KV/TG (die zumindest ausdrücklich keine Dringlichkeit voraussetzt).<sup>56</sup> Weiter stützte sich der Kanton Uri am 22. Dezember 2020 auf seine – neu geschaffene – Notrechtsklausel in Art. 90 Abs. 3 KV/UR. Während grundsätzlich zu fordern ist, dass die Parlamente während einer Krise selbst tätig werden, ist einzuräumen, dass während einer andauernden Krise nach wie vor auch kurzfristigere Entscheide getroffen werden müssen und für die Kantone erschwerend dazu kam, dass sie teilweise kurzfristig neue Vorgaben des Bundes umsetzen mussten.

---

52 § 78 Abs. 4 KV/AG; § 63 Abs. 4 KV/BL; § 84 KV/BS; Art. 92 KV/FR; Art. 70 KV/GE; Art. 89 lit. f KV/GL; Art. 18 KV/GR; Art. 43 KV/NE; Art. 68 KV/SG; Art. 34 KV/SH; Art. 43 KV/TI; Art. 32 Abs. 2 i.V.m. Art. 42 Abs. 3 KV/VS; Art. 37 KV/ZH.

---

53 Vgl. UHLMANN/WILHELM (Anm. 49), Rz. 5 und 13.

---

54 Vgl. immerhin das Gesetz [SH] über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise vom 25. Januar 2021 (SHR 900.600), welches die Notverordnung über Sofortmassnahmen vom 24. März 2020 (SHR 172.103) ersetzte, siehe Art. 16 Abs. 2 des Gesetzes. Zu FR unten II.3.b.

---

55 Vgl. etwa die Verordnung [BE] über Sofortmassnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise vom 20. März 2020 (CKV; BSG 101.2), die bis 19. März 2021 in Kraft blieb, sowie die Verordnung [AR] über die Erleichterung von Zirkularbeschlüssen der Gerichte während Covid-19-Massnahmen vom 9. März 2021 (bGs 113.2), die gemäss ihrem Art. 2 Abs. 1 «längstens [...] bis zum 16. März 2022» in Kraft bleibt.

---

56 RRB [TG] Nr. 229 vom 13. April 2021, ABl. 15/2021, S. 1075 f.

### d) Beurteilung

In der Covid-19-Pandemie haben fast alle Kantonsregierungen notrechtliche Massnahmen zur Stützung der Wirtschaft für nötig erachtet und auch beschlossen – unabhängig von der Ausgestaltung ihrer Notrechtsbestimmungen. Dies spricht dafür, dass der Erhalt einer grundlegenden wirtschaftlichen Stabilität heute als zentrales Ziel des Staates oder sogar als Bestandteil der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gewertet wird.

Neben einer diesbezüglichen Klärung erscheint angezeigt, dass implizite Voraussetzungen wie die sachliche Dringlichkeit und die Subsidiarität ausdrücklich statuiert und soweit nötig und möglich auch in konkrete Handlungsanweisungen wie etwa Vorlagefristen gefasst werden.

## 3. Formelle Schranken

### a) Erklärung der ausserordentlichen Lage

Einzelne Kantonsverfassungen sehen vor, dass das Parlament, soweit es sich versammeln kann, das Bestehen einer ausserordentlichen Lage feststellen muss (Art. 113 Abs. 2 KV/GE; Art. 75 Abs. 2 KV/NE). Nicht vorgesehen ist hingegen, dass die Regierung die ausserordentliche Lage erklären muss – dies teilweise im Unterschied zum jeweiligen Bevölkerungsschutzgesetz (etwa Art. 16 Abs. 2 BSG/GR<sup>57</sup>). Soweit Kantone ohne entsprechende Vorschrift die ausserordentliche Lage ausgerufen oder für beendet erklärt haben, hatte dies nur deklaratorische, und nicht konstitutive Wirkung.<sup>58</sup>

In Genf erwies sich die Vorschrift über die Feststellung der ausserordentlichen Lage durch das Parlament als zahnlos. So erklärte die Regierung die ausserordentliche Lage am 16. März 2020 und somit drei Tage nach dem Ende der Märzsession des Grossen Rates und knapp zwei Monate vor dem Beginn der nächsten Session im 11. Mai 2020. Die Regierung konnte also ohne vorgängige Zustimmung des Parlaments Notrecht erlassen.

### b) Genehmigung durch das Parlament

Mehr Wirkung zeigte die Pflicht zur Vorlage von Notverordnungen an das Parlament, die die meisten Kantone kennen.<sup>59</sup> So wurden einzelne Notverord-

---

57 Gesetz über den Bevölkerungsschutz des Kantons Graubünden vom 17. Juni 2015 (Bevölkerungsschutzgesetz; BR 630.000).

58 Für den Kanton Bern vgl. FELIX UHLMANN/MARTIN WILHELM, Notrechtskompetenzen von Regierung und Grosse Rat im Kanton Bern, ZBJV 12/2020, S. 657 ff., 661.

59 Art. 90 Abs. 2 KV/AR; Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL; § 109 Abs. 2 KV/BS; Art. 117 KV/FR; Art. 113 Abs. 3 KV/GE; Art. 99 lit. d KV/GL; Art. 48 Abs. 2 KV/GR; Art. 64 Abs. 2 KV/NW;

nungsbestimmungen tatsächlich nicht genehmigt, darunter die Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse im Kanton Bern.<sup>60</sup> Da die Genehmigung ausser im Kanton Waadt (Art. 125 Abs. 2 KV/VD) gesetzlich nicht weiter geregelt ist, mussten in diesem Zusammenhang verschiedene Fragen beantwortet werden. So war zu klären, dass eine Nichtgenehmigung grundsätzlich *ex nunc* wirkt,<sup>61</sup> dass eine Teilgenehmigung möglich ist<sup>62</sup> und dass das Parlament eine Genehmigung auch aus politischen Gründen verweigern darf.<sup>63</sup> Mangels exakter Verfahrensfristen war auch zu eruieren, wie rasch eine Vorlage an das Parlament erfolgen und wie rasch dies wiederum entscheiden muss.<sup>64</sup> Nicht offensichtlich war auch, ob zwischenzeitlich bereits wieder ausser Kraft getretene Verordnungen zu genehmigen sind; im Kanton Graubünden etwa hat das Parlament darauf verzichtet.<sup>65</sup> Nicht ausdrücklich geregelt ist zudem meist, ob die Regierung die Notverordnungen dem Parlament mit einer begründenden Botschaft zu unterbreiten hat.<sup>66</sup>

Eine besondere Regelung kennt der Kanton St. Gallen. Die Regierung muss bei Erlass einer Notverordnung dem Kantonsrat «ohne Verzug Antrag auf Erlass gesetzlicher Bestimmungen» stellen (Art. 75 KV/SG). Als Beispiel aus der Covid-19-Pandemie kann die Verordnung über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie vom 15. Dezember 2020 genannt werden, die durch das Gesetz über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie vom 18. Februar 2021 abgelöst wurde.<sup>67</sup> Ein gewichtiger Vorteil dieser Lösung im Gegensatz zum Genehmigungsmodell ist, dass das Parlament Änderungen an den erlassenen Bestimmungen vornehmen kann. Auch die St. Galler Regelung ist allerdings nicht ohne Lücken. So ist

---

Art. 75 Ziff. 3 KV/OW; Art. 68 Abs. 2 KV/SH; Art. 79 Abs. 4 KV/SO; § 62 Abs. 2 KV/SZ; § 44 Abs. 2 KV/TG; Art. 90 Abs. 3 KV/UR; Art. 125 Abs. 2 KV/VD; Art. 72 Abs. 2 KV ZH.

---

60 UHLMANN/WILHELM (Anm. 58), S. 669 f.

---

61 Für Zürich VGer ZH, AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, E. 1.3; für Bern UHLMANN/WILHELM (Anm. 58), S. 671 ff. Eine Wirkung *ex tunc* käme nur ausnahmsweise bei einem Fall von Rechtsmissbrauch oder offensichtlicher Willkür in Frage, vgl. FELIX UHLMANN/MARTIN WILHELM, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in: Uhlmann/Höfler (Anm. 2), S. 49 ff., 60.

---

62 Für Bern UHLMANN/WILHELM (Anm. 58), S. 665 ff.

---

63 Für Bern UHLMANN/WILHELM (Anm. 58), S. 667 f.

---

64 Für Bern UHLMANN/WILHELM (Anm. 58), S. 664 f.

---

65 Vgl. Grossratsprotokoll vom 15. Juni 2020 (Eröffnungssitzung), S. 825.

---

66 Für Beispiele vgl. etwa Vorlage des Regierungsrates [SH] vom 24. März 2020, ADS 20-29 sowie Vortrag des Regierungsrates [BE] vom 20. März 2020, Geschäfts-Nr. 2020. STA.507.

---

67 Siehe sGS 571.301 und sGS 571.3.

nicht ausdrücklich bestimmt, welche Folge ein Nichteintreten auf die Gesetzesvorlage für den Bestand der Notverordnung hat.<sup>68</sup>

Der Kanton Freiburg wählte derweil eine Lösung, die jener des Kantons St. Gallen nahekommt, auch wenn Art. 117 KV/FR nur eine Genehmigung von Notverordnungen vorsieht. Mit dem (dringlichen) Gesetz zur Genehmigung der Sofortmassnahmen des Staatsrats zur Bewältigung der COVID-19-Epidemie vom 14. Oktober 2020<sup>69</sup> legte der Grosse Rat fest, dass die genehmigten Massnahmen in Kraft bleiben, «solange Umsetzungsmassnahmen notwendig sind, längstens aber bis 31. Dezember 2035» (Art. 2 Abs. 2), und dass grössere Anpassungen der betroffenen Verordnungen und Beschlüsse in seine Kompetenz fallen (Art. 3 Abs. 1), während der Staatsrat noch kleinere Anpassungen vornehmen darf (Art. 3 Abs. 2). Im Gegensatz zur St. Galler ist die Freiburger Lösung allerdings durch die Verweise unübersichtlicher und birgt aufgrund der geteilten Zuständigkeit für Änderungen die Gefahr von Kompetenzkonflikten.

### c) Fakultative und obligatorische Referenden

Notverordnungen unterstehen nicht dem Referendum. Im Kanton St. Gallen wird der Inhalt von Notverordnungen dennoch teilweise den Stimmberechtigten unterbreitet. Erlässt die Regierung eine Notverordnung, ist diese vom Parlament in ein Gesetz zu überführen (Art. 75 KV/SG). Nachdem das Parlament dieses verabschiedet und sofort in Vollzug gesetzt hat, muss es spätestens nach einem Jahr dem Referendum unterstellt werden (Art. 68 KV/SG). So wurde über das erwähnte Gesetz über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie am 26. September 2021 abgestimmt, da dieses nach Art. 6 RIG<sup>70</sup> dem obligatorischen Referendum unterstand.<sup>71</sup> Nicht ausdrücklich geregelt ist die Folge einer Nichtannahme. Das Postulat der Rechtssicherheit sowie der Umstand, dass eine unter Vorbehalt stehende notrechtliche Massnahme ihre Wirksamkeit wohl weitgehend einbüßen würde, spricht dafür, dass eine Nichtannahme gleich wie eine Nichtgenehmigung ex nunc wirken würde. Zum gleichen Schluss kommt auch der Kanton St. Gallen.<sup>72</sup>

---

68 Vgl. zum Ganzen UHLMANN/WILHELM (Anm. 49), Rz. 14 ff., 18 ff.

69 SGF 821.40.11.

70 Gesetz [SG] über Referendum und Initiative vom 27. November 1967 (sGS 125.1).

71 Erläuternder Bericht zur Volksabstimmung vom 26. September 2021, 3 Gesetz über die wirtschaftliche Unterstützung von Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie, S. 14. Das Gesetz wurde angenommen, vgl. ABl Nr. 00.054.643.

72 Erläuternder Bericht (Anm. 71), S. 14.

## d) Befristung

Die meisten kantonalen Notrechtsklauseln sehen vor, dass Notverordnungen ein oder zwei Jahre nach Erlass ausser Kraft treten.<sup>73</sup> Keine entsprechende Regel enthalten hingegen die Verfassungen von GL, NE, NW, OW, UR, VD und VS, wobei Art. 64 Abs. 2 KV/NW, Art. 75 Abs. 3 KV/OW und Art. 90 Abs. 3 KV/UR vorsehen, dass das Parlament über die Befristung entscheidet. Anzumerken ist, dass Notverordnungen ausser Kraft zu setzen sind, sobald eine ihrer Voraussetzungen entfällt, wozu auch die Subsidiarität zu Erlassen des Parlaments (oben II.2.c) zählt. Ist das Parlament in der Lage, eine Notverordnung durch ein Gesetz zu ersetzen, muss es dies entsprechend auch tun.

## 4. Materielle Schranken

### a) Massnahmen *contra legem*?

Notverordnungen dürfen zweifellos Bestimmungen von Gesetzesrang enthalten; dies ist gerade ihr Sinn.<sup>74</sup> Weniger als für den Bund wurde für die Kantone die Frage diskutiert, ob Notverordnungen nur Bestimmungen *praeter legem* oder auch *contra legem* enthalten dürfen.<sup>75</sup> Aufgrund unterschiedlicher Verfassungswortlaute könnte man annehmen, dass hier grundlegende Differenzen zwischen den Kantonen bestehen. So autorisieren einzelne Verfassungen ausdrücklich zur Abweichung von Gesetzen (etwa Art. 91 Abs. 1 KV/JU), während viele ein Handeln ohne gesetzliche Grundlage erlauben (etwa Art. 90 Abs. 1 KV/AR und Art. 91 KV/BE) und manche weder noch statuieren (etwa § 91 Abs. 4 KV/AG und § 74 Abs. 3 KV/BL). Allerdings haben Kantone der zweiten Gruppe Regeln *contra legem* erlassen<sup>76</sup> und Kantone der dritten Gruppe Regeln *praeter legem*.<sup>77</sup> Eine Klärung wäre hier sicher angezeigt.

---

73 § 91 Abs. 4 KV/AG; Art. 90 Abs. 2 KV/AR; Art. 91 KV/BE; § 74 Abs. 3 KV/BL; § 109 Abs. 2 KV/BS; Art. 117 KV/FR; Art. 113 Abs. 3 KV/GE; Art. 48 Abs. 2 KV/GR; Art. 91 Abs. 2 KV/JU; § 56 Abs. 3 KV/LU; Art. 75 KV/SG; Art. 68 Abs. 2 KV/SH; Art. 79 Abs. 4 KV/SO; § 62 Abs. 2 KV/SZ; § 44 Abs. 2 KV/TG; Art. 72 Abs. 2 KV/ZH.

---

74 Vgl. WALDMANN (Anm. 2), S. 15 und 27.

---

75 Für den Bund WALDMANN (Anm. 2), S. 24; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Anm. 2), S. 698f.

---

76 Vgl. etwa die Ermächtigung zur Abweichung von Art. 52 Abs. 1 Justizgesetz [AI] vom 13. September 2010 (bGS 145.31) in Art. 2 Abs. 1 Verordnung [AI] über die Erleichterung von Zirkularbeschlüssen der Gerichte während Covid-19-Massnahmen vom 29. März 2021 (bGS 113.2).

---

77 Vgl. etwa die gesetzliche Grundlage für die Nutzung bestehender Videoüberwachung zur Durchsetzung von Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie in § 2 Abs. 1 Sonderverordnung [AG] 1 zur Begegnung von Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen infolge des Coronavirus vom 1. April 2020 (SonderV 20-1; SAR 320.113).



### b) Massnahmen *contra constitutionem*?

Als einziger Kanton verfügt der Thurgau über eine Notrechtsklausel im hier verwendeten Sinne, die explizit zur Abweichung von der Verfassung ermächtigt (§ 44 Abs. 1 KV/TG).<sup>78</sup> Davon hat er Gebrauch gemacht, indem er einen Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren anordnete.<sup>79</sup> Andere Kantone erliessen – wie der Bundesrat – auch ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung ähnliche Anordnungen, so der Kanton Bern.<sup>80</sup> Hier wäre im Einzelfall zu prüfen, ob die verfassungsrechtliche Regelung einen Spielraum für Konkretisierungen durch den Gesetzgeber lässt. Soweit der Gesetzgeber Ausnahmen beschliessen dürfte, muss dies auch dem Notverordnungsgeber zugestanden werden. Im Vorteil waren sicherlich Kantone, in denen entsprechende Fristen nur auf Gesetzesstufe geregelt sind.<sup>81</sup> Für andere Kantone könnte es sich lohnen zu prüfen, ob Ausnahmeregelungen auf Verfassungsstufe oder aber eine Verlagerung von Fristen auf die Gesetzesstufe sinnvoll sind.

Eine Notverordnungsbestimmung, die wegen ihrer Verfassungswidrigkeit vom Parlament nicht genehmigt wurde, war die bereits erwähnte Ausserkraftsetzung der Schuldenbremse im Kanton Bern, die im Übrigen bereits eine Ausnahmeregelung für Krisenfälle enthält.<sup>82</sup> Falls Letztere als nicht ausreichend erachtet wird, müsste hier der Verfassungsgeber tätig werden.

### c) Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) gilt für alles staatliche Handeln und somit auch für das Notrechtshandeln. Obwohl es grundsätzlich auch für die Leistungsverwaltung gilt,<sup>83</sup> hat es im Bereich der Sekundärmas-

---

78 Zur Abweichung von der Verfassung auf der Grundlage eines Gesetzes in qualifizierten Krisenlagen Anm. 3. Ausführlich zur Zulässigkeit von Verfassungsabweichungen RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 117 ff.

---

79 Regierungsratsbeschluss [TG] über Anordnungen betreffend Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren vom 31. März 2020, ABL. 14/2020, S. 945 ff., 950.

---

80 Verordnung [BE] über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren wegen der Coronavirus-Krise vom 1. April 2020 (BSG 101.4; in Kraft bis 31. Mai 2020).

---

81 Vgl. Verordnung [AG] über den Fristenstillstand bei kantonalen Volksinitiativen und Referenden und bei Volksinitiativen und Referenden in Gemeinden und Gemeindeverbänden vom 25. März 2020 (SAR 131.112; in Kraft bis 31. Mai 2020).

---

82 UHLMANN/WILHELM (Anm. 58), S. 669 f. Das Bundesgericht trat auf eine Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführer nicht ein, vgl. BGE, 2C\_604/2020 vom 9. November 2020, E.1.

---

83 Vgl. BGE 132 V 215, E. 3.2.2.

nahmen zur Bewältigung der Pandemie nicht die gleiche Wirkung entfaltet wie im Bereich der Primärmassnahmen, was mit einem Mangel an (legitimierten) Beschwerdeführenden zu tun haben mag.

Eine eher kuriose Massnahme ergriff die Regierung des Kantons Graubünden, als sie am 24. März 2020 ein generelles Feuerverbot im Freien ausserhalb von Siedlungsgebieten erliess.<sup>84</sup> Gemäss offizieller Begründung diente das Feuerverbot dazu, das Risiko eines grossflächigen Waldbrands zu minimieren, da die Einsatzkräfte neben der Pandemie nicht auch noch einen solchen bewältigen könnten.<sup>85</sup> Hier ist sicher bereits fraglich, ob die Massnahme geeignet ist, einen substanziellen Beitrag an die Bekämpfung der Pandemie zu leisten.<sup>86</sup>

## 5. Umsetzungsfragen

### a) Zulässigkeit von Delegationen

Die Zuständigkeit zum Erlass von Notrecht ist verfassungsrechtlich der Regierung zugewiesen. Sie darf diese Kompetenz folglich nicht delegieren.<sup>87</sup> Zulässig erscheint hingegen, dass sie selbst Ausführungsbestimmungen erlässt, wozu sie im Rahmen ihrer Vollzugskompetenz befugt ist, oder dies an eine untergeordnete Verwaltungsstelle delegiert. Wie bei Gesetzen erscheint eine ausdrückliche allgemeine Ermächtigung zum Erlass von Ausführungsbestimmungen nicht nötig; punktuell kann eine Zuweisung bestimmter Fragen zur detaillierteren Regelung aber sinnvoll sein.<sup>88</sup> Unzulässig erschiene auch, wenn sich die Regierung per Notverordnung ermächtigen würde, über einen längeren Zeitraum hinweg gewisse Massnahmen bei Bedarf zu erlassen, da das Parlament seine Kontrollfunktion (II.3.b) nicht wahrnehmen könnte.

### b) Handlungsform und Publikation

Verschiedene Kantone haben Primärmassnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie teilweise als Allgemeinverfügungen erlassen, obwohl es sich dabei um generell-abstrakte Anordnungen handelte, die als Verordnungen

---

84 RB [GR] über den Fristenstillstand bei kantonalen und kommunalen Volksbegehren wegen der Coronavirus-Krise Nr. 235/2020, KAB Nr. 00.045.272.

---

85 Medienmitteilung der Standeskanzlei [GR] vom 24. März 2020; vgl. auch Grossratsprotokoll v. 15.6.2020 (Eröffnungssitzung), S. 801 ff., 806.

---

86 Ausführlich zur Prüfung der Verhältnismässigkeit von Massnahmen zur Pandemiebekämpfung UHLMANN/WILHELM (Anm. 61), S. 54 ff.

---

87 Für den Bund vgl. BGE 137 II 431, E. 3.2.1; RECHSTEINER (Anm. 2), Rz. 476.

---

88 Vgl. zum Ganzen UHLMANN/WILHELM (Anm. 61), S. 53.

zu ergehen haben.<sup>89</sup> Bei den Sekundärmassnahmen zeigte sich ein anderes Phänomen: Verschiedene Kantonsregierungen erliessen diese schlicht als «Beschluss». Auch wenn die Bezeichnung eines Rechtsakts nicht ausschlaggebend für dessen Qualifikation ist, so erscheint dies doch problematisch, da mit der unklaren Bezeichnung auch Ungewissheit über den Rechtsweg einhergeht. Manche Kantone haben zudem entgegen den einschlägigen Publikationsvorschriften darauf verzichtet, die als Beschlüsse bezeichneten Notverordnungen in ihre systematischen Rechtssammlungen aufzunehmen.<sup>90</sup>

### c) Vollzug nach Ausserkrafttreten

Nicht hinreichend geklärt ist die Frage, nach welchen Vorschriften sich der Vollzug von Massnahmen richtet, nachdem die entsprechende Notverordnung ausser Kraft getreten ist. Zu denken ist etwa an die Rückerstattung von Unterstützungsgeldern. Hier ist zu prüfen, ob die Legislative entsprechende Bestimmungen zu erlassen hat, die an die Stelle der Regelungen in der Notverordnung treten.<sup>91</sup>

## 6. Rechtsweg

Die Kantone kennen keinen besonderen Rechtsweg für Notverordnungen. Entweder steht die abstrakte Normenkontrolle durch das Verwaltungsgericht offen<sup>92</sup> oder bleibt die Erlassbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 82 lit. b BGG<sup>93</sup>). Während der Covid-19-Pandemie ergingen wenige Entscheide zu kantonalem Not- und Dringlichkeitsrecht,<sup>94</sup> was damit zusammenhängen

---

89 Dazu ausführlich MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Handlungsformen in der Covid-19-Pandemie, Sicherheit & Recht 2/2021, S. 56 ff.

90 So sind etwa im Kanton Graubünden nach Art. 2 Abs. 2 lit. d Gesetz [GR] über die Gesetzessammlungen und das Amtsblatt vom 19. November 2011 (Publikationsgesetz, PuG; BR 180.100) alle regierungsrätlichen Verordnungen publikationspflichtig, und nach Art. 4 Abs. 2 muss die systematische Sammlung laufend nachgeführt werden. Der Kanton publizierte die als Beschlüsse ergangenen Erlasse der Regierung aber nur im Amtsblatt.

91 Vgl. zum Ganzen UHLMANN/WILHELM (Anm. 61), S. 58.

92 § 70 Abs. 1 VRPG/AG; § 86 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 lit. a KV/BL; § 116 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b KV/BS; Art. 190 lit. a Loi [JU] de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1979 (Code de procédure administrative, CPA; RSJ 175.1); § 188 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a Gesetz [LU] über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (SRL 40); Art. 51 Gesetz [SH] über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz; SHR 172.200); Art. 136 Abs. 2 lit. a KV/VD; Art. 79 Abs. 2 KV/ZH.

93 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110).

94 Vgl. immerhin VGer ZH, AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, siehe dazu bereits II.2.a.

dürfte, dass die wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen nur Begünstigte aufweisen und die Beschwerdelegitimation der mittelbar Belasteten, insbesondere der Steuerzahler, fraglich ist.<sup>95</sup> Anderes gilt für die hier nicht behandelten Massnahmen nach dem Epidemiengesetz.<sup>96</sup>

### III. Notrechtskompetenzen der Kantonsparlamente

#### 1. Mitwirkung beim Notrechtshandeln der Regierung

In der Mehrheit der Kantone muss die Regierung Notverordnungen vom Parlament genehmigen lassen (oben II.3.b). Die betroffenen Parlamente wirken damit massgeblich beim Notrechtshandeln des Kantons mit. Der Genehmigung bzw. dem Genehmigungserfordernis kommt sowohl eine Legitimations- als auch eine Kontrollwirkung zu. Genehmigt das Parlament eine Notverordnung – was der Normalfall ist –, erhöht es damit die demokratische Legitimation der Notverordnungen. Die vereinzelt Fälle von Nichtgenehmigungen (oben II.3.b) zeigen, dass das Genehmigungserfordernis durchaus eine gewisse Kontrollwirkung entfalten kann, auch wenn die Parlamente in einer Krise die Genehmigung einer Notverordnung oft womöglich nur ausnahmsweise verweigern würden.

Stärker ausgeprägt ist die Mitwirkung der Parlamente in den Kantonen St. Gallen und Freiburg (oben II.3.b). Insbesondere das St. Galler Modell mit der zwingenden Ablösung dringlicher Verordnungen der Regierung durch dringliche Gesetze nimmt das Parlament formal stärker in die Pflicht. Inwiefern das Parlament diese Rolle tatsächlich ausfüllt, wäre vertieft zu untersuchen.

#### 2. Eigenständiges Notrechtshandeln der Parlamente?

Im Gegensatz zum Bundesparlament (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) verfügt kein kantonales Parlament über ein Notverordnungsrecht.<sup>97</sup> Soweit ein dringliches Gesetzgebungsverfahren existiert (vgl. oben II.2.c), kann ein kantonales Parlament allerdings dieses nutzen, um Notverordnungen des Regierungsrats abzulösen oder auf eigene Initiative hin Regelungen zur Krisenbewältigung zu initiieren. Zumindest im Kanton St. Gallen kommt dem Parlament allerdings

---

95 Vgl. BGE 135 I 43, E. 1.4; 119 Ia 214, E. 2b.

96 Vgl. insb. BGE 147 I 478; 147 I 450; 147 I 393; zu diesen Urteilen ausführlich TOBIAS JAAG, Rechtmässigkeit kantonaler Covid-19 Massnahmen, Sicherheit & Recht 3/2021, S. 142 ff.

97 Rechsteiner (Anm. 2), Rz. 557.

praxisgemäss kein Initiativrecht zu,<sup>98</sup> was zur Folge hat, dass es ein Nichthandeln der Regierung im Konfliktfall nicht übersteuern könnte.<sup>99</sup>

Soweit ersichtlich ergab sich in den kantonalen Parlamenten während der Covid-19-Pandemie kein entsprechendes Bedürfnis. Es kam immerhin aber zum Erlass von Gesetzen, die der Krisenbewältigung dienen, auf Initiative des Parlaments hin und gegen die Empfehlung der Regierung. So erliess der Landrat des Kantons Basel-Landschaft ein (nicht dringlich erklärtes) Gesetz über Beiträge an Geschäftsmieten, das der Regierungsrat auf eine dringliche Motion hin ausgearbeitet hatte.<sup>100</sup>

### 3. Aufsicht

Die Kantonsverfassungen sehen keine spezifische Berichterstattung über Notrechtshandeln der Regierung vor. Eine entsprechende Pflicht ergibt sich teilweise aus dem Gesetz.<sup>101</sup> Eine solche erscheint grundsätzlich als probates Mittel, um eine kritische nachträgliche Auseinandersetzung mit der Krisenbewältigung zu fördern, und könnte auch in anderen Kantonen verankert werden.

## IV. Fazit

Die Kantone haben die Covid-19-Pandemie zu grossen Teilen im Rahmen ihrer Verfassungen bewältigt. Missbrauchstendenzen waren keine erkennbar, wenn die Regierungen vereinzelt auch über das Ziel hinausgeschossen haben mögen. Schwachstellen bestehen insbesondere in drei Bereichen: Erstens wurden die Grenzen der Verfassungen in jenen Kantonen ausgereizt oder gar überschritten, die keine Notrechtsklauseln kennen. Zweitens musste in fast allen Kantonen das Zusammenspiel zwischen Exekutive und Legislative erst ausdiskutiert werden. Drittens blieben verschiedene Parlamente zu passiv und sorgten nicht oder nicht rasch genug für die Überführung von Notrecht in ordentliches Recht. Im Hinblick auf weitere Krisen sollten die Kantone zur Klärung dieser Punkte ihre Notrechtsklauseln präzisieren und wenn nötig mit Regeln auf Gesetzesstufe ergänzen.

---

98 Kritisch dazu UHLMANN/WILHELM (Anm. 49), Rz. 46.

99 UHLMANN/WILHELM (Anm. 49), Rz. 44.

100 Gesetz über die Ausrichtung von Mietzinsbeiträgen an die Mieterinnen und Mieter von Geschäftsräumlichkeiten im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 27. August 2020 (SGS 504).

101 Art. 2 Abs. 3 BSG/UR; § 13 Abs. 3 BevSG/ZH





Die **XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ** greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.

Herausgegeben von

**Lukas Hussmann, Nicole Nickerson, Arezoo Sang Bastian,  
Youlo Wujohktsang**

Mit Beiträgen von

**Ada Sofie Altobelli, Marisa Beier, Christoph Burckhardt, Carole Bruttin,  
Gian Ege, Tonia Graf, Anna Karczewski, Selma Kuratle, Nina Lauken-  
mann, Irina Lehner, Julia Meier, Christoph Mettler, Nebojsa Mijatovic,  
Caroline Rausch, Lea Ina Schneider, Martin Wilhelm**

APARIUZ XXII bestellen oder Open-Access-PDF herunterladen:

[www.suigeneris-verlag.ch](http://www.suigeneris-verlag.ch)

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019



**sui generis**

Analysen und Perspektiven  
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts  
der Universität Zürich

**HEN**

**Unter Gleichen**

Lukas Hussmann

Nicole Nickerson

Arezoo Sang Bastian

Youlo Wujohktsang

(Hrsg.)

*sui generis* ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
- 028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
- 027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
- 026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law** (2<sup>nd</sup> edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
- 024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
- 023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
- 022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
- 021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
- 020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
- 019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
- 018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
- 017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
- 016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
- 015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
- 014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
- 013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**

- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
- 011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
- 010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
- 009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,  
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 1. September 2022

© 2022 bei den Autorinnen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Der vorliegende APARIUZ-Band wurde dank der grosszügigen Unterstützung des Prodekanats für Forschung und Nachwuchsförderung und des Fakultätsvorstands der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich ermöglicht.

ISBN: 978-3-907297-28-5

DOI: 10.38107/028

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

[www.suigeneris-verlag.ch](http://www.suigeneris-verlag.ch)

028

# APARIUZ XXIII RECHT IN D

Wie reagiert das Recht auf reale Krisen und worin liegt die Problemlösungskraft rechtlicher Regulierung in schwierigen Situationen? Haben umgekehrt auch Krisen einen Einfluss darauf, wie das Recht funktioniert – und sollten sie überhaupt einen haben? Im XXIII. Band der Schriftenreihe APARIUZ setzen sich Nachwuchswissenschaftler\*innen der Universität Zürich aus unterschiedlichen Rechtsbereichen mit dem Umgang des Rechts mit Krisen auseinander. Ausgangspunkt für Reflexionen über das Wechselspiel zwischen Krisen und Recht bildet dabei nicht nur die Corona-Pandemie, sondern auch verschiedenste andere Situationen, die zu Kritik und Umdenken anspornen – oder zwingen.

sui generis

ISBN 978-3-907297-28-5

DOI 10.38107/028