

Die Polizeigeneralklausel als notrechtliches Instrument gegen die Finanzkrise

A	Polizeigeneralklausel	43
B	Fall Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht – Aktenauslieferung gemäss der Verfügung FINMA vom 18. Februar 2009	46
C	Fall der Rekapitalisierung der UBS AG	50
D	Weiterungen: Neue Doppelbesteuerungsabkommen ohne Referendum?	51
E	Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen	56
F	Bewertung	58

A Polizeigeneralklausel

Die polizeiliche Generalklausel ist die geschriebene oder ungeschriebene Ermächtigung an die Exekutive (von Gemeinden, Kantonen oder dem Bund), polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu treffen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine bereits erfolgte schwere Störung zu beseitigen.¹ Im Bund ist die Polizeigeneralklausel in Art. 173 bzw. 185 BV normiert und kann vom Bundesrat oder von der Bundesversammlung konkurrierend gehandhabt werden.²

¹ Vgl. allgemein zur Polizeigeneralklausel und zum Polizeinotstand: «Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996», BBl 1997 I 1: S. 418f.; HÄFELIN, Ulrich, Georg MÜLLER und Felix UHLMANN (2006). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Zürich: Schulthess: Rz. 2467ff., 2506ff.; TSCHANNEN, Pierre und Ulrich ZIMMERLI (2005). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Bern: Stämpfli: S. 474ff.

² Vgl. zum Verhältnis der Kompetenzen von Bundesrat und Bundesversammlung: «Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996», BBl 1997 I 1: S. 398f.; BIAGGINI, Giovanni (2007). *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Zürich: Orell Füssli: Rz. 5 zu Art. 173; SAXER, Urs (2008). «Art. 173», in: EHRENZELLER, Bernhard et al. *Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*. Zürich: Dike: Rz. 5f.

Die Polizeigeneralklausel setzt immer zeitliche Dringlichkeit voraus. Sie darf nur dann angerufen werden, wenn sich die Massnahmen *nicht* auf spezielle gesetzliche Grundlagen stützen lassen (Subsidiarität). Die zuständigen Behörden können die erforderlichen Massnahmen entweder in Form einer *Polizeinotverordnung* oder einer *Polizeinotverordnung* treffen.³ Die Polizeigeneralklausel ersetzt im Polizeinotstand die formalgesetzliche Rechtsgrundlage.⁴

Die Polizeigeneralklausel ist nach innen und nach aussen gerichtet. Denn auch Massnahmen zum Schutz der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität des Landes (Art. 173 Abs. 1 Bst. a und Art. 185 Abs. 1, 3, 4 BV) bedürfen keiner formalgesetzlichen Grundlage, sondern können nötigenfalls sofort vom Bundesrat bzw. der Bundesversammlung erlassen werden. Die Polizeigeneralklausel legitimiert also Massnahmen im Falle von landesinternen und -externen Störungen.

Sind solche Massnahmen gestützt auf die Polizeigeneralklausel für längere Zeit notwendig, so lebt das Gesetzmässigkeitsprinzip wieder auf. Die sachliche Dringlichkeit entfällt bei langfristigen Massnahmen. Es obliegt dem formellen Gesetzgeber, die dauerhaften Regelungen zu erlassen. Die Polizeigeneralklausel vermag demnach das Gesetzmässigkeitsprinzip nicht langfristig zu verdrängen. Der Bund hat sich freilich nicht immer daran gehalten: So ist die Polizeinotverordnung vom 24. Februar 1948 betreffend politische Reden von Ausländern⁵ sowie der Bundesratsbeschluss betreffend staatsgefährliches Propagandamaterial vom 29. Dezember 1948⁶ bis 1998 fünfzig Jahre in Kraft gewesen. Hier hätte unbedingt ein formelles Gesetz geschaffen werden müssen. Der Bundesrat hatte die Beschlüsse auf den 30. April und den 1. Juli 1998 aufgehoben.⁷ Mit dem Bundesratsbeschluss vom 24. Februar 1948 schuf der Bundesrat ein Instrument zur Abwehr eines allfälligen politischen Umsturzes. Anlass bot der Beginn des Kalten Krieges, der damals durch die Machtübernahme der Kommunisten in mehreren mittel- und osteuropäischen Staaten markiert wurde. Der Rednerbeschluss legte fest, dass vor der Rede

³ Vgl. zu den Voraussetzungen von Notverordnungen und Notverfügungen: BIAGGINI, 2007: Rz. 10 zu Art. 185.

⁴ Vgl. z. B. BGE 103 Ia 310 = Pr. 1977 Nr. 250; vgl. auch BIAGGINI, 2007: Rz. 16 zu Art. 36 m. w. H.

⁵ AS 1948: S. 119. Der Beschluss geht auf die Zwischenkriegszeit zurück, als die Presse- und Meinungsfreiheit unter Druck geriet. So erliess das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement am 26.9.1935 Richtlinien (BBl 1935 II: S. 457) und der Bundesrat am 3.11.1936 einen Beschluss «betreffend Teilnahme ausländischer Redner an politischen Versammlungen» (AS 1936: S. 821). Danach bedurften diese einer Bewilligung, und diese war zu verweigern, «wenn eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes oder der Unabhängigkeit und Neutralität des Landes oder der Beziehungen der Schweiz zu auswärtigen Staaten, oder wenn Einmischungen in die innere Politik der Schweiz oder Ruhestörungen zu befürchten sind» (Art. 3). Der Beschluss wurde am 24.2.1948 durch den erwähnten Beschluss abgelöst.

⁶ AS 1948: S. 1282.

⁷ AS 1998: S. 1174; AS 1998: S. 1559.

eines Ausländers ohne Niederlassungsbewilligung in der Schweiz, eine Bewilligung einzuholen sei. Wenn «eine Gefährdung der äusseren oder inneren Sicherheit des Landes oder Störungen von Ruhe und Ordnung zu befürchten» waren, sollte diese verweigert werden. Entsprechende Entscheide der Kantonsregierungen konnten nicht mittels Beschwerde angefochten werden. Der Rednerbeschluss wurde zur Zeit des Kalten Krieges häufig angewandt und die Bundesbehörden versuchten auf diese Weise politisch linksstehende Redner, die in der Schweiz von Gesinnungsfreunden eingeladen worden waren, fernzuhalten. Seit Ende des Kalten Krieges wurde der Beschluss nur mehr vereinzelt angewendet und deshalb nach einer Empfehlung des Ständerates aufgehoben. Das Bundesgericht hatte die Rechtmässigkeit dieser beiden Polizeinotverordnungen noch am Ende ihrer Geltungsdauer bestätigt.⁸

Das Bundesgericht hatte auch mehrere Notverordnungen betreffend den Schusswaffen-erwerb und -besitz gewisser Ausländergruppen bestätigt:

Der Bundesrat kann unmittelbar gestützt auf die Bundesverfassung, also ohne entsprechende Grundlage in einem formellen Gesetz, insbesondere im Rahmen seiner in Art. 102 Ziff. 8 bis 10 aBV (heute Art. 185 BV) festgelegten Obliegenheiten (betreffend die auswärtigen Angelegenheiten sowie die äussere und die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft) unter gewissen Voraussetzungen gesetzesvertretende und gesetzesergänzende Verordnungen erlassen. Die darin enthaltenen Anordnungen müssen notwendig, zeitlich dringlich, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Sie dürfen nicht im Widerspruch zu Erlassen der Bundesversammlung stehen, und sie müssen die Grundsätze der Rechtsgleichheit und von Treu und Glauben etc. respektieren. Sie müssen grundsätzlich zeitlich befristet sein, und bei Andauern der regelungsbedürftigen Situation ist eine ausreichende Grundlage in einem formellen Gesetz zu schaffen.⁹

Giacometti lehnte ursprünglich wegen seiner konsequent rechtsstaatlichen Haltung ein selbständiges (Polizei- oder anderswie begründetes) Notverordnungsrecht der Regierung grundsätzlich ab.¹⁰ In seinen «Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts» sah er in der Polizeinotverordnung eine «Gefahr für den Rechtsstaat und die Referendumsdemokratie», die aber in Kauf zu nehmen sei, da beide Prinzipien den «staatspolitischen

⁸ BGE 125 II 417 E. 6a.

⁹ BGE 123 IV: S. 34f.; 122 IV: S. 261f.

¹⁰ GIACOMETTI, Zaccaria (1935). «Das selbständige Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates», *SJZ*: S. 257ff. Das Bundesgericht widersprach Giacometti: BGE 64 I 365 E. 3 wie auch SCHINDLER, Dietrich (1935). «Die selbständige Polizeiverordnung», *SJZ*: S. 305ff.

Notwendigkeiten anzupassen» seien.¹¹ Er vertrat also eine moderate Auffassung, die sich von seinen einst strikten Prinzipien etwas löste. Die Gefahr für Rechtsstaat und Referendumsdemokratie ist indes gross: Die Finanzkrise belegt dies eindrücklich.

Der Begriff des Notrechts wird im Sinne einer Metapher weit gefasst. Thomas Hobbes sah enge Verbindungen zwischen Staatsrecht und Theologie. Das berühmte Frontispiz von 1651 zu seinem «Leviathan» zeigt den Souverän mit dem Schwert und dem Bischofsstab: Er hat die weltliche und die geistliche Gewalt inne. Schmitt spitzte dieses Bild zu der provokativen These zu, dass «alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre [...] säkularisierte theologische Begriffe»¹² seien. Schmitt führte als Beispiel die Parallelität von staatsnotrechtlichem Ausnahmezustand und Wunder an. Das Notrecht ist ein wunderhaftes Ereignis, das die gesamte Rechtsordnung zu überstrahlen vermag. Wie der Vollmond in der Nacht ist das Notrecht von einem hellen Vorhof umgeben. Die verschiedenen Griffe des Bundesrates zum Notrecht¹³ haben aufgrund dieses Wunders zu einer Haltung geführt, die dem ordentlichen Recht einen Nachrang zuweist. Das Notrecht lädt wundersam dazu ein, von der Rechtsordnung abzuweichen. Die Finanzkrise lud den zerstritten operierenden Bundesrat dazu ein, das «Notrecht» und seinen Vorhof zur Lösung der Probleme heranzuziehen. So wunderte der Bundesrat mit der Aktenauslieferung an die USA (Lit. B), der Rekapitalisierungsverordnung UBS (Lit. C und Anhang) und ihren Weiterungen (Lit. D). Es lässt sich zeigen, dass rechtsstaatliche Vorsicht eine grössere Bedeutung hat, als man ihr tatsächlich gibt. Denn das «Notrecht» lässt sich über die eigentliche Polizeigeneralklausel hinaus als ein wundersames Argument heranziehen, um von den «lästigen» Rechtsbindungen abzusehen.

B Fall Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

– Aktenauslieferung gemäss der Verfügung FINMA vom 18. Februar 2009

Im Mai 2008 wurde ein Kundenberater der UBS wegen Beihilfe zu Steuerdelikten in den USA angeklagt. Im Rahmen dieses Verfahrens stellten die USA am 11. Juni 2008 bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung ein Amtshilfegesuch. Dieses Gesuch verlangte von der UBS die Herausgabe der Kontodaten von 285 mutmasslichen Steuerbetrügnern.

¹¹ GIACOMETTI, Zaccaria (1960). *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht*. Zürich: Polygraphischer Verlag; S. 148ff., 162, 163.

¹² SCHMITT, Carl (2004[1922]). *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot; S. 43.

¹³ Siehe die Zusammenstellung ausgewählter Fälle von auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Notverordnungen und Notverfügungen des Bundesrates seit 2000 im Anhang.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hiess dieses Gesuch gut und verlangte von der UBS die Daten heraus. Die betroffenen Kunden wurden informiert, dass ihre Daten herausgegeben würden.¹⁴ Gegen diesen Entscheid wehrten sich mehrere betroffene UBS-Kunden mit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Diese Verfahren hätten voraussichtlich mehrere Monate gedauert, was für die USA inakzeptabel war. Die USA unterstrichen diese Ansicht mit einer Anklage gegen den Leiter des weltweiten Vermögensverwaltungsgeschäfts der UBS. Ausserdem drohte eine Strafklage gegen die UBS, welche ihre Tätigkeit in den USA massiv gefährdet hätte¹⁵, verbunden mit einem Ultimatum, welches am 18. Februar 2009 abgelaufen wäre.

Unter diesem Druck verfügte die Schweizer Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 18. Februar 2009, die UBS habe ihr die betroffenen Kundendaten herauszugeben.¹⁶ Die FINMA bzw. die UBS übergab diese Daten dem Department of Justice und anderen beteiligten Stellen der amerikanischen Regierung.¹⁷ Sie stützte sich dabei auf Art. 25 und 26 des Bankengesetzes (BankG).¹⁸ Diese Bestimmungen ermöglichen der Finanzmarktaufsicht, abgestufte Massnahmen gegen eine drohende Insolvenz von Banken zu ergreifen. Die Massnahmen wurden anlässlich der Revision des BankG von 2003 überarbeitet.¹⁹ Ausserdem wurde die Kompetenz, solche Massnahmen zu erlassen, vollumfänglich der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission übertragen.²⁰ Statt einer Liquidation der gefährdeten Bank, sollte die damalige Bankenkommission «vorerst Schutzmassnahmen zur Wahrung der Gläubigerinteressen sowie zum Schutz der Bank vor Geldrückzügen ergreifen»²¹ können. Dieser Katalog von Massnahmen ist nicht abschliessend.²² Die Lehre ist jedoch der Ansicht, dass die Massnahmen dem gleichen Schutzzweck dienen müssen.²³ Die in Art. 25 und 26 BankG erwähnten Notmassnahmen richten sich gegen die notleidende Bank und haben zum Ziel²⁴, notleidende Banken und betroffene

¹⁴ Vgl. zur Chronologie *Neue Zürcher Zeitung* (NZZ) vom 26.1.2010, Nr. 20: S. 9 und vom 22.2.2009, Nr. 8: S. 28. Gegen diese Verfügungen der ESTV reichten mehrere Betroffene Beschwerde beim BVerwG ein, vgl. das Urteil des BVerwG vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008.

¹⁵ So die Einschätzung der FINMA, erwähnt im Sachverhalt des Urteils des BVerwG vom 5. Januar 2010, (B-1092/2009): S. 2f.

¹⁶ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009): S. 2f.

¹⁷ Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009): S. 2f.

¹⁸ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG), SR 952.0.

¹⁹ «Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen Änderung vom 3. Oktober 2003», AS 2004: S. 2767ff.

²⁰ Vorher war auch der Bundesrat kompetent, gewisse Massnahmen zu erlassen, vgl. HESS, Martin (2005). «Art. 26» in: WATTER, Rolf et al. (Hrsg.) *Bankengesetz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn: Rz. 4. ²¹ «Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002», BBl 2002: S. 8060, 8069ff.

²² «Botschaft BankG», BBl 2002: S. 8070; HESS, 2005: Rz. 7 zu Art. 26.

²³ Vgl. HESS, 2005: Rz. 7.

²⁴ Vgl. auch Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 6.4.1: S. 37f.

Gläubiger vor unkontrollierten Geldrückzügen zu schützen.²⁵ Dass eine Bank gestützt auf diese Bestimmung autorisiert würde, das Bankgeheimnis zu verletzen, war nicht die Intention des Gesetzgebers. Das Bundesverwaltungsgericht hatte deshalb mit Urteil vom 5. Januar 2010 die Verfügung der FINMA aufgehoben und festgestellt, die Kompetenz der FINMA, eine solche Verfügung zu erlassen, ergebe sich weder aus systematischer, noch aus teleologischer oder historischer Auslegung der Art. 25 und 26 BankG.²⁶ Ausserdem würde es dem Gebot der Voraussehbarkeit und Bestimmtheit widersprechen, wenn diese Normen als Rechtsgrundlage für Eingriffe in die wirtschaftliche Privatsphäre der Bankkunden herangezogen würden.²⁷ Die Verfügung der FINMA lässt sich daher nicht als gesetzestützige Verordnung bezeichnen. Sie müsste sich auf die Polizeigeneralklausel stützen, da sie der Bundesverfassung und Bundesgesetzen widerspricht.²⁸ Wir haben es hier mit einer Gesetzesüberdehnung zu tun, mit einem eigentlichen Quasi-Notrecht.

FINMA-Präsident Eugen Haltiner hatte nach dem Urteil vom 5. Januar 2010 erklärt, er würde dennoch wieder so handeln und zog sich mit dieser Aussage eine scharfe Kritik seitens des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts zu.²⁹ Diese Äusserung ist gegenüber einem noch nicht rechtskräftigen Urteil zwar nicht bedenklich, aber sie ist für die aktuelle staatspolitische Lage symptomatisch: Das Notrecht und die sozusagen sublimierten Vorstellungen von Quasi-Notrecht in Form der Gesetzesüberdehnung schädigen das Ansehen des geltenden Rechts. Sie schaffen eine Haltung, die nicht nur Rechtsverletzungen in Kauf nimmt, sondern diese geradezu fordert, um dem zu begegnen, was man für die wirtschaftlichen Anforderungen der Zeit hält.

Der Bundesrat hatte nachträglich erklärt, dass er selber keine notrechtlichen Massnahmen habe treffen wollen, weil diese Normen nur angerufen werden sollten, «wenn keine anderen Lösungswege offenstehen.»³⁰ Die Bundespräsidentin erinnerte daran, dass der Bundesrat wegen der Anwendung von Notrecht bei der Rekapitalisierung der UBS³¹ kritisiert worden war. Das habe in diesem Falle zu einer zurückhaltenden Anwendung geführt. Diese Bemerkungen sind staatspolitisch deshalb bemerkenswert, weil der Verzicht auf Notrecht nun zu einer quasi-notrechtlichen Lösung des Problems zwingt, nämlich der extensiven Gesetzesinterpretation der Art. 25 und 26 BankG. Auf diese Art und Weise strahlt die Polizeigeneralklausel als das vieldiskutierte Notrecht aus und führt zu

Lösungen, die ausserhalb der Rechtsordnung stehen dürften: Es ist in der Sache dann die Anwendung von Quasi-Notrecht.

In der Interpretation der FINMA handelte es sich *nicht* um eine Polizeinotverordnung oder -verfügung. Da die UBS durch diese Verfügung der FINMA aber von ihren zivilrechtlichen und datenschutzrechtlichen Pflichten entbunden wurde und damit geltendes Bundesrecht derogiert wurde, handelt es sich materiell betrachtet doch um Notrecht. Das Recht Notverordnungen oder Notverfügungen zu erlassen, steht aber gemäss Art. 173 und 184/185 BV einzig der Bundesversammlung und dem Bundesrat zu. Weder die Bundesverwaltung noch eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit Rechtspersönlichkeit wie die FINMA³² können Polizeinotverordnungen oder -verfügungen erlassen.³³

Aus den Akten geht hervor, dass der Bundesrat die Einschätzung der FINMA teilte und deren Vorgehen gestützt auf Art. 25 und 26 BankG billigte.³⁴ Deshalb war es die FINMA, welche die Massnahme gestützt auf eine eigene Lagebeurteilung traf, während der Bundesrat auch damit rechnete, das Amtshilfeverfahren weiterzuführen.³⁵ Die FINMA kann damit nicht nur als ausführendes Organ eines Bundesratsbeschlusses bezeichnet werden. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete es als unzulässig, die Notrechtskompetenz an eine untergeordnete Verwaltungsbehörde zu delegieren.³⁶ Im Gegensatz zur Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts³⁷ äussert sich die Lehre zu dieser Frage nicht ausdrücklich.³⁸ Damit muss die Frage anhand der Voraussetzungen der allgemeinen Kompetenzdelegation beantwortet werden. So ermöglicht Art. 164 Abs. 2 BV i. V. m. Art. 48 RVOG für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich die Delegation und u. U. bei Vorliegen einer formalgesetzlichen Grundlage auch die Subdelegation an untere Bundesbehörden.³⁹ Die Tragweite von Notverordnungen oder Notverfügungen verbieten es aber, dass eine untergeordnete Behörde diese erlassen kann.⁴⁰ Das Urteil ist

³² Vgl. zur Rechtspersönlichkeit der FINMA: Art. 4 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, AS 2008: S. 5207.

³³ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 8.3: S. 45ff.

³⁴ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 8.3.1: S. 45f.

³⁵ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 9.2.: S. 50f.

³⁶ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 8.4: S. 47ff. m. w. H.

³⁷ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 8.4.1: S. 47f.

³⁸ Biaggini spricht davon, dass die Verfassung den Auftrag «den beiden obersten politische Bundesbehörden» erteilt, vgl. BIAGGINI, 2007: Rz. 2 zu Art. 185. Laut Mahon richtet sich die Polizeigeneralklausel «à l'autorité (executive)», vgl. AUBERT, Jean-François und Pascal MAHON (2003). *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*. Zürich: Schulthess, Rz. 10 zu Art. 36. Saxer äussert sich lediglich zur Kompetenzausscheidung zwischen Bundesrat und Bundesversammlung, vgl. SAXER, 2008: Rz. 3 zu Art. 185.

³⁹ Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 8.4.1: S. 47f.

⁴⁰ Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 8.4.1: S. 47f. Die vom Bundesverwaltungsgericht angeführte Lehre zum Beleg ihrer Aussage äussert sich freilich mit keinem Wort zur Zulässigkeit einer Subdelegation der Notrechtskompetenz. In der Sache ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aber richtig.

²⁵ «Botschaft BankG», BBl 2002: S. 8081; HESS, 2005: Rz. 1 m. w. H.

²⁶ Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 6.4.2: S. 39f.

²⁷ So auch Urteil des BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), E. 6.4: S. 37 m. w. H.

²⁸ So Art. 13 BV, Art. 47 BankG, Art. 394ff. OR.

²⁹ NZZ vom 1.2.2010, Nr. 25: S. 8.

³⁰ NZZ vom 14.1.2010, Nr. 10: S. 9.

³¹ Vgl. Lit. C und Anhang.

von der FINMA an das Bundesgericht weitergezogen worden⁴¹ und es bleibt abzuwarten, ob es bestätigt werden wird.

C Fall der Rekapitalisierung der UBS AG

Die Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008⁴² stützte sich gemäss Ingress auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV, d.h. auf die innenpolitische und aussenpolitische Polizeigeneralklausel.

Gemäss Art. 1 dieser Verordnung beteiligte sich der Bund mit bis zu sechs Milliarden Franken an der UBS AG (Abs. 1) und zeichnete zu diesem Zweck eine Pflichtwandelanleihe (Abs. 2). Die Beteiligung des Bundes an der UBS entsprach einer direkten Aktienanlage gemäss Finanzhaushaltsgesetz⁴³, was gemäss Art. 62 Abs. 2 FHG verboten ist, sofern es sich um eine Anlage in Erwerbsunternehmen handelt.⁴⁴ Die Botschaft hielt jedoch fest, dass es sich nicht um eine Anlage handelte, sondern um eine Subvention i.S.v. Art. 3 Abs.1 des Subventionsgesetzes (SuG, SR 616.1).⁴⁵ Eine solche Subvention, die grundsätzlich in der Form der Verfügung ergeht⁴⁶, hat gleichzeitig die Rechtsgrundlage zu bezeichnen auf welche sie sich stützt.⁴⁷

Während sich die Kapitalisierung der Swissair 2001 auf eine Bestimmung des Luftfahrtgesetzes stützen konnte⁴⁸, fand sich im Bankengesetz keine solche Grundlage. Da der Bundesrat die Zeit als zu knapp erachtete, um per Dringlichkeitsrecht eine solche Grundlage zu schaffen, entschloss er sich gestützt auf die Polizeigeneralklausel zu handeln.⁴⁹ Die Notlage war in den Augen des Bundesrates klar gegeben⁵⁰, da bei einer Illiquidität der Grossbank UBS das schweizerische Zahlungssystem lahmgelegt worden wäre. Die Kundenbeziehungen von über 128 000 kleineren und mittleren Unternehmen und über drei Millionen Konten in der Schweiz wären von einer Illiquidität der UBS betroffen gewesen.⁵¹ Daneben sah der Bundesrat den Ruf des gesamten Finanzplatzes

⁴¹ Vgl. NZZ vom 14.1.2010, Nr. 10: S. 9; NZZ vom 22.1.2010, Nr. 17: S. 25.

⁴² AS 2008: S. 4741; BBl 2008: S. 8943; vgl. auch Anhang.

⁴³ FHG, SR 611.0.

⁴⁴ «Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5. November 2008», BBl 2008: S. 8943, 8967.

⁴⁵ Vgl. «Botschaft Massnahmenpaket», BBl 2008: S. 8967.

⁴⁶ Art. 16 Abs. 1 SuG.

⁴⁷ Art. 17 Abs. 1 SuG.

⁴⁸ Art. 102 LFG (SR 748.0).

⁴⁹ «Botschaft Massnahmenpaket», BBl 2008: S. 8967f.

⁵⁰ «Botschaft Massnahmenpaket», BBl 2008: S. 8968.

⁵¹ Vgl. «Botschaft Massnahmenpaket», BBl 2008 8958f. m. w. H.

Schweiz im Ausland bedroht, weshalb er auch Art. 184 Abs. 3 BV anrief, wonach ihm die Wahrung der Interessen der Schweiz im Ausland zukommt.⁵²

Die Polizeinotverordnung des Bundesrates lieferte die Rechtsgrundlage für den Kreditbeschluss. Dieser war vom Bundesrat gesondert zu fassen.⁵³ Im Nachhinein hatte die Bundesversammlung einen Nachtragskredit zum Vorschlag 2008 des Budgets zu beschliessen.⁵⁴ Die Notwendigkeit einer normativen Rechtsgrundlage für die «Subvention» führte wohl dazu, dass der Bundesrat seinen Beschluss zur Rekapitalisierung der UBS als «Verordnung» bezeichnet. In der Sache handelt es sich freilich nicht um eine Verordnung, sondern nach den Kriterien des Art. 22 Abs. 4 ParlG um eine Verfügung. Es wäre zu spitzfindig, hier nun vom Bundesrat eine Differenzierung zu verlangen, da er nach der Verfassung polizeinotrechtliche Verordnungen oder Verfügungen erlassen darf.

D Weiterungen: Neue Doppelbesteuerungsabkommen ohne Referendum?

Die Finanzkrise hatte zwar keinen direkten Zusammenhang mit dem schweizerischen Bankgeheimnis und den damit verbundenen Fällen der Steuerhinterziehung seitens ausländischer Steuerpflichtiger, die Mitwirkung von Schweizer Banken, namentlich der UBS, verschärfte jedoch die Situation, da die UBS von Seiten der Vereinigten Staaten unter Druck kam, die Daten über ihre amerikanischen Kunden zugänglich zu machen. Dies führte zum Fall der schweizerischen Unterscheidung zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug, soweit es um die Datenauslieferung an das Ausland geht.

Am 19. März 2009 gab die Schweiz auch dem Druck der USA und der G20-Staaten nach. Es war der Schweiz und den amtshilfeverweigernden Staaten angedroht worden, sie auf eine graue Liste zu setzen. Die Schweiz willigte ein, Amtshilfe auch bei Steuerhinterziehung und nicht bloss bei Steuerbetrug zu leisten. Damit war das Bankgeheimnis im Verhältnis zu den ausländischen Bankkunden gefallen. Der Bundesrat äusserte die Bereitschaft neue Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit den USA und weiteren Staaten zu verhandeln, die einen Informationsaustausch entsprechend dem Standard von Art. 26 der OECD Model Tax Convention⁵⁵ vorsehen.⁵⁶ Die USA zogen daher das laufende

⁵² «Botschaft Massnahmenpaket», BBl 2008: S. 8968.

⁵³ Der Bundesrat fasste den Beschluss am 15. Oktober 2008, vgl. «Botschaft Massnahmenpaket», BBl 2008: S. 8959.

⁵⁴ «Bundesbeschluss über einen Kredit für die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Dezember 2008», BBl 2008: S. 439f.

⁵⁵ Die Konvention findet sich auf: <http://www.oecd.org/dataoecd/52/34/1914467.pdf>, besucht am 26. Januar 2010.

⁵⁶ Vgl. u. a. NZZ vom 4.4.2009, Nr. 79: S. 23.

Amtshilfegesuch zurück und am 19. August 2009 kam es zum (reinen) Regierungsabkommen zwischen den USA und der Schweiz, das die Abwicklung der Amtshilfe im Falle von Steuerhinterziehung regelt. Das Bundesverwaltungsgericht sah dieses Abkommen am 21. Januar 2010 als eine ungenügende Rechtsgrundlage für den Datenaustausch an.⁵⁷ Es ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass der Bundesrat sich anfänglich auf der notrechtlichen Welle getragen fühlte und deshalb auf eine parlamentarische Genehmigung des Abkommens verzichten wollte. Bei den neu auszuhandelnden DBA hatte der Bundesrat zuvor analoge Überlegungen angestellt. Durch den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Januar 2010 und aufgrund der Tatsache, dass sich die USA über die Zahl von offengelegten Konten bedeckt hielten, sah sich der Bundesrat dann aber doch gezwungen, das Abkommen dem Parlament vorzulegen.⁵⁸ Bundesrat und Bundesversammlung sehen sich immerhin noch soweit von Notrecht getragen, dass sie darauf verzichteten, das Abkommen dem fakultativen Referendum zu unterstellen.⁵⁹ Das Abkommen wurde bereits vor der erfolgten Genehmigung angewendet.⁶⁰ Der Bundesrat begründete die Nichtunterstellung unter das Referendum damit, dass es sich um einen zeitlich befristeten Vertrag handle, der sich ausserdem nur auf ein einzelnes Amtshilfegesuch beziehe und damit nur generell-konkret sei. Wenn man sich die Auswirkungen dieses «einzelnen» Amtshilfegesuchs durch die USA auf das Schweizer Bankgeheimnis ansieht, fällt es schwer, dieser Argumentation zu folgen.⁶¹

Dem Bundesrat stellte sich im Frühjahr 2009 die Frage, ob die neu abgeschlossenen DBA dem fakultativen Referendum unterstellt werden sollten. Am 8. April 2009 beschloss er dem Parlament zu beantragen, lediglich diejenigen Abkommen einem Referendum zu unterstellen, die im Gegensatz zu früheren, damals dem Referendum unterstellten Abkommen, zusätzliche Verpflichtungen enthielten.⁶² Das im Raum stehende Notrecht

⁵⁷ Urteil des BVerwG vom 21. Januar 2010 (A-7789/2009), BVGE 2010/7.

⁵⁸ Vgl. u. a. NZZ vom 25.2.2010, Nr. 46: S. 9; Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls vom 14. April 2010, BBl 2010: S. 2965ff.; vgl. auch die Medienmitteilung des Bundesrates zur Genehmigung des Abkommens durch die Bundesversammlung: <http://www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=33742>, besucht am 27. Juni 2010.

⁵⁹ Beschlüsse von National- und Ständerat am 17. Juni 2010, vgl. z. B. NZZ vom 18.6.2010, Nr. 138: S. 9.

⁶⁰ Vgl. NZZ vom 1.4.2010, Nr. 76: S. 9.

⁶¹ Vgl. die überzeugende Bewertung des Urteils vom 21. Januar 2010 sowie des UBS-Abkommens in REICH, Markus (2010). «Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenzen der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats. Die Rechtslage nach dem BVGer-Urteil vom 21. Januar 2010», *IFF Forum für Steuerrecht*: S. 111ff., 126f. Reich erachtete den Ausschluss des Referendums unter dem Gesichtspunkt der «Dringlichkeit der Angelegenheit» noch als «vertretbar» (vgl. S. 127).

⁶² Vgl. SÄGESSER, Thomas (2009). «Bemerkungen zum Beschluss des Bundesrates vom 8. April 2009», *AJP 2009*: S. 654f.

mochte wie das Unbewusste des Bundesrates gewirkt haben und ihn zu diesem Schritt motiviert haben, der offensichtlich der Verfassung widerspricht.

Seit dem 1. August 2003 sieht Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 der Bundesverfassung ein fakultatives Referendum u. a. für Staatsverträge vor, die «wichtige rechtsetzende Bestimmungen» enthalten. Dieser Begriff stimmt mit dem Begriff von Art. 164 Abs. 1 BV überein, wonach wichtige rechtsetzende Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes erlassen werden müssen.⁶³ Wie in der Frage der Gesetzgebung ist es auch im Staatsvertragsrecht nicht möglich, die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen abstrakt zu definieren. Im innerstaatlichen Recht begnügt sich die Bundesverfassung mit einer nicht abschliessenden Aufzählung von Gegenständen.⁶⁴ Bundesrat und Parlament haben deshalb versucht eine Praxis zu entwickeln, mit der entschieden werden kann, welche Staatsverträge wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten. In der Botschaft zum DBA mit Israel vom 19. September 2003⁶⁵ und dem Landwirtschaftsabkommen mit Chile vom gleichen Datum⁶⁶, hatte der Bundesrat zum ersten Mal Gelegenheit über seine beabsichtigte Interpretation von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV zu informieren.⁶⁷ Er legte der Bundesversammlung diese Abkommen vor, mit dem Vorschlag, sie nicht dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Beim Abkommen mit Israel argumentierte er, das Abkommen begrenze «lediglich die schweizerischen Besteuerungsrechte» und begründe «keine zusätzlichen Steuerpflichten.»⁶⁸ Die Verpflichtungen im Abkommen mit Chile gingen für den Bundesrat grundsätzlich auch nicht über in früheren Staatsverträgen vereinbarte Verpflichtungen für die Schweiz hinaus.⁶⁹

Im Gegensatz zum innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren mit den Stufen des referendumpflichtigen Gesetzes und der nicht referendumpflichtigen Verordnung gibt es im Staatsvertragsrecht jedoch keine abgestufte Erlassform. Weniger wichtige rechtsetzende Bestimmungen können ebenfalls nur in der Form eines völkerrechtlichen Vertrages festgehalten werden. Es ist allerdings möglich, dass die Staaten diese Gegenstände in blossen Regierungsabkommen regeln, die von keinem Parlament genehmigt sind. Damit scheidet

⁶³ Vgl. zu dieser Parallellität: SÄGESSER, Thomas (2009). «Das fakultative Referendum bei völkerrechtlichen Verträgen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten», *Jusletter* 7: S. 3ff.

⁶⁴ Vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. a-g BV.

⁶⁵ BBl 2003: S. 6467.

⁶⁶ Botschaft zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Chile sowie zum Landwirtschaftsabkommen zwischen der Schweiz und Chile vom 19. September 2003, BBl 2003: S. 7113.

⁶⁷ Er beschloss bereits am 10. September 2003, dass Standardabkommen das Kriterium der Wichtigkeit nicht erfüllen sollten. Ausserdem sollte die Gesetzgebung in dem Sinne angepasst werden, dass die Kompetenz zum Abschluss solcher Abkommen dem Bundesrat delegiert werden sollte. Vgl. SÄGESSER, 2009: S. 6.

⁶⁸ «Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Israel vom 19. September 2003», BBl 2003: S. 6467, 6474f.

⁶⁹ Botschaft Chile, BBl 2003: S. 7136.

seitens der Schweiz auch ein Referendum aus. Freilich ändert sich nichts daran, dass es sich um völkerrechtliche Verträge handelt, die zu halten sind. Wird ein Vertrag hingegen parlamentarisch genehmigt, so unterliegt er nach den Kriterien des Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV dem Referendum. Die DBA modifizieren im Falle von grenzüberschreitenden Sachverhalten die Steuerpflicht, die innerstaatlich stets auf formalgesetzlicher Ebene geregelt ist. Es handelt sich deshalb offensichtlich um «wichtige rechtsetzende Bestimmungen». Hinsichtlich des Rechtsschutzes besteht zwischen Landesrecht und Völkerrecht keine Parallelität: Staatsverträge sind für das Bundesgericht verbindlich, gleichgültig ob sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder nicht. Verordnungen der Bundesversammlung können zumindest akzessorisch durch das Bundesgericht überprüft werden. Aus diesen Überlegungen heraus sollten die Staatsverträge nicht allzu restriktiv dem Referendum unterstellt werden⁷⁰, damit sie wenigstens eine genügende demokratische Legitimation erwerben können.

Im Rahmen der Neuverhandlungen der Doppelbesteuerungsabkommen entsprechend dem Standard von Art. 26 der OECD Model Tax Convention scheint der Bundesrat von seiner restriktiven Praxis abgekommen zu sein. In einer Medienmitteilung vom 27. November 2009 hält er fest: «Der Bundesrat ist zum Schluss gekommen, dass alle neuen DBA dem fakultativen Referendum unterstellt werden sollen. Er will damit staatspolitischen Bedenken Rechnung tragen. Nach den Vorstellungen des Bundesrates sollten die neu unterzeichneten Abkommen im Frühling 2010 im Erstrat behandelt werden können.»⁷¹ Die ersten Botschaften zu neuen DBA sehen daher die Unterstellung unter das fakultative Referendum vor; so äussert sich die Botschaft zum neuen DBA mit Dänemark folgendermassen:

Demgegenüber sieht die neue Bestimmung zum Informationsaustausch entsprechend dem Musterabkommen der OECD eine erweiterte Amtshilfe vor. Dies ist eine wichtige Neuerung in der schweizerischen Abkommenspraxis. Das neue Abkommen enthält damit gegenüber den bisher mit anderen Staaten vereinbarten Verpflichtungen eine wichtige neue Bestimmung im Sinne von Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV.⁷²

⁷⁰ SÄGESSER, 2009: S. 10.

⁷¹ Vgl. Homepage des EFD, <http://www.efd.admin.ch/dokumentation>, (zuletzt besucht am 28. Januar 2010).

⁷² «Botschaft zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Dänemark vom 27. November 2009», BBl 2010: S. 89, 100.

Während der Bundesrat nun wohl alle DBA mit erweiterter Amtshilfe dem fakultativen Referendum unterstellen wird⁷³, bleibt offen, wie zukünftige, politisch weniger umstrittene Staatsverträge behandelt werden.

Da sich die Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung auf keine positivrechtliche Basis stützt, bleibt es letztlich der Bundesversammlung überlassen im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob ein Staatsvertrag dem fakultativen Referendum unterstellt werden soll.⁷⁴ Sollten in Abweichung von der geltenden Verfassung ähnliche Verträge nicht mehr oder nur nach Belieben dem Referendum unterstellt werden, so erhalten diese Entscheidungen der Bundesversammlung einen plebiszitären Charakter: Während politisch unbedeutendere Staatsverträge vom Parlament nicht dem Referendum unterstellt wurden, sollen die neuen DBA nun aus politischen Motiven dem Referendum unterstellt werden. Juristische Erwägungen treten dabei in den Hintergrund. Damit ähnelt die Situation in gewisser Weise der unbefriedigenden Situation von Art. 11 der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958. Danach kann der Präsident nach Belieben Gesetze dem Volk vorlegen. Die Präsidenten haben davon Gebrauch gemacht, um ihre Macht zu steigern und nicht um Demokratie zu ermöglichen.⁷⁵

Fernwirkungen dieser Argumentation sind unabsehbar. Mit der gleichen Begründung könnte man die Bundesgesetze entgegen Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV nicht mehr dem Referendum unterstellen, wenn das Vorgängergesetz ähnliche oder gleiche Regelungen enthielte. Denn die Rechtslage würde sich durch das neue Gesetz je nachdem wenig oder gar nicht ändern. Es handelte sich also im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV gar nicht mehr um «wichtige rechtsetzende Bestimmungen», also bräuchte das Volk auch gar nicht zuzustimmen. Aufgrund der öffentlichen Diskussion und der bisherigen Botschaften zu den neu ausgehandelten DBA ist anzunehmen, dass der Bundesrat sein Vorhaben aufgegeben hat, die Verträge dem Referendum zu entziehen.

⁷³ Vgl. neben weiteren auch die Botschaften zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung der Doppelbesteuerungsabkommen vom 27. November 2009: Mexiko, BBl 2010: S. 171, 183; Vereinigte Staaten von Amerika, BBl 2010: S. 235, 243f.; Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland, BBl 2010: S. 259, 267f.

⁷⁴ Vgl. SÄGESSER 2009: S. 655.

⁷⁵ Dies war nicht immer erfolgreich. So musste Präsident De Gaulle 1969 wegen eines gescheiterten Plebiszits betreffend eine Senats- und Regionalreform zurücktreten, weil er sein Verbleiben im Amt mit dem positiven Ausgang des Plebiszits verknüpft hatte, vgl. HARTMANN, Peter (2003). *Französische Verfassungsgeschichte der Neuzeit*. Berlin: Duncker & Humblot: S. 161.

E Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen

Die in den letzten Jahren mehrfache Anrufung der Polizeigeneralklausel durch den Bundesrat ist im Parlament und in der Öffentlichkeit auf Kritik gestossen. Dem Bundesrat wurde ein zu weitgehender und unkontrollierter Gebrauch seines Polizeinotverordnungs- und -verfügungsrechts vorgeworfen. Aus diesem Grund hatte die Staatspolitische Kommission des Nationalrates am 19. Februar 2009 die Ausarbeitung von Gesetzesänderungen beschlossen, mit welchen der Bundesrat im Falle einer von ihm erlassenen Notverordnung verpflichtet wird, innert einer bestimmten Frist den Entwurf für eine gesetzliche Grundlage nachzuliefern.⁷⁶ Im Falle einer Notverfügung müsste der Bundesrat vorgängig die zuständigen Kommissionen oder Delegationen der Bundesversammlung konsultieren und schliesslich hätte er dringende Ausgabenbeschlüsse von grosser Tragweite innert kurzer Frist der Bundesversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten.⁷⁷ Am 17. Dezember 2010 wurde das Gesetz von den Räten mit grosser Mehrheit angenommen.

Der Geist, den dieser Vorschlag atmet, wird am Beispiel einer der neuen Bestimmungen des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes deutlich:⁷⁸

Art. 7c (neu) Verordnungen zur Wahrung der Interessen des Landes

- 1 Der Bundesrat kann, unmittelbar gestützt auf Art. 184 Abs. 3 der Bundesverfassung, eine Verordnung erlassen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert.
- 2 Er befristet die Verordnung angemessen; ihre Geltungsdauer beträgt höchstens vier Jahre.
- 3 Er kann die Geltungsdauer einmal verlängern. In diesem Fall tritt die Verordnung sechs Monate nach dem Inkrafttreten ihrer Verlängerung ausser Kraft, wenn der Bundesrat bis dahin der Bundesversammlung kei-

⁷⁶ Im Urteil Gsell gegen die Schweiz vom 8.10.2009, Beschw. Nr. 12675/05 hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Polizeigeneralklausel als ungenügende Grundlage für die Zurückhaltung eines Journalisten angesehen, der an das WEF in Davos reisen wollte, weil das Problem vorhersehbar sei und in einem formellen Gesetz geregelt werden könne.

⁷⁷ «Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5.2.2010», BBl 2010: S. 1563. Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2010, BBl 2010: S. 2803.

⁷⁸ «Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen», BBl 2010: S. 8963.

nen Entwurf einer gesetzlichen Grundlage für den Inhalt der Verordnung unterbreitet.

4 Die Verordnung tritt in jedem Fall ausser Kraft:

- a. mit der Ablehnung des Entwurfes nach Abs. 3 durch die Bundesversammlung; oder
- b. spätestens mit Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage nach Abs. 3.

Die Kommission versuchte den Spielraum der Regierung mit einer dichten Regulierung einzuengen. Der Gesetzesentwurf klingt kompliziert und ist einer wirklichen Notlage nicht angemessen. Er lässt freilich durchblicken, dass die bisherigen Notakte des Bundesrates, die sich auf die Polizeigeneralklausel stützten, eigentlich gar keine Notfälle waren. Aus diesem Grund ist für diese Nicht-Notfälle eine ausgebaute und detaillierte Regelung eine angebrachte Lösung.

Bemerkenswert ist die historische Parallele der Abschaffung des extrakonstitutionellen Notrechts nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Beendigung des Vollmachtenregimes erwies sich als schwierig, weil sich der Bundesrat daran gewöhnt hatte und ungern darauf verzichten wollte. 1945 wurden die Vollmachten in dem Sinne vermindert, dass für Kreditbegehren der ordentliche Weg zu beschreiten war⁷⁹ und die Notverordnungen befristet werden mussten. 1949 wurde eine Initiative betreffend die Neuordnung des Dringlichkeitsrechts gegen den Willen von Bundesrat und Bundesversammlung angenommen.⁸⁰ Eine zweite Initiative betraf die Rückkehr zur direkten Demokratie, d.h. die förmliche Abschaffung des Vollmachtenbeschlusses von 1939. Der Bundesrat nahm in seiner Botschaft vom 29. Juli 1948 einen «stark landesväterlich polizeistaatlichen Ton»⁸¹ an und wollte nicht auf Vollmachtenerlasse verzichten. Denn der Staat komme ohne diese in eine schwere Notlage, deren gefährliche Wirkungen er nur durch neue Notrechtserlasse begegnen könnte.⁸² Der Bundesrat hatte sich so sehr an das Vollmachtenrecht gewöhnt, dass er dessen selbsttätiges Weiterwuchern gerade im Falle seiner Abschaffung annahm. Unter dem Druck der angenommenen Dringlichkeitsinitiative von 1949 wurde ein indirekter Gegenvorschlag zur zweiten Initiative beschlossen, die dann zurückgezogen wurde. Der Gegenvorschlag beseitigte das Vollmachtenregime bis Ende 1952 vollständig.⁸³

⁷⁹ Vgl. AS 1945: S. 1049.

⁸⁰ Vgl. AS 1949: S. 1511ff., vgl. Art. 165 BV 1999.

⁸¹ GIACOMETTI, Zaccaria (1949). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich: Polygraphischer Verlag: S. 789

⁸² Vgl. BBl 1948 II: S. 980, 991.

⁸³ Vgl. «Bundesbeschluss vom 18.12.1950», AS 1950: S. 1493.

Im Fall des Bundesgesetzes über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen liesse sich nun im gleichen Sinne sagen, dass im Falle eines wirklichen Notstandes die vorgeschlagenen gesetzlichen Bindungen entfallen, weil ihre Einhaltung einen Notstand herbeiführte. Die Polizeigeneralklausel der Verfassung überspielt die einschränkenden Gesetze, weil eine öffentliche Gefahr den Staat bedroht. Folgt man dieser Argumentation, so erweist sich das extrakonstitutionelle Notrecht wie auch die Polizeigeneralklausel als eine Hydra gemäss griechischer Mythologie: Die Beseitigung einer Notlage erzeugt von selbst eine neue Notlage. Die komplizierten vorgeschlagenen Regelungen des Bundesgesetzes über die Wahrung von Demokratie usw. hinterlassen deshalb einen zwiespältigen Eindruck. Sie sind so fragwürdig wie die teilweise übertriebene Anwendung des Notrechts durch den Bundesrat.⁸⁴ Sie widerspiegeln eine Regierung die das sog. unspezifische «Notrecht» deshalb gebraucht, weil *sie* in Not ist. Man könnte das Problem noch zuspitzen und sagen: Es ist die politische Not, welche diese Regierung führt. Aus dieser Sicht ist das vorgeschlagene Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen die adäquate, aber eben zwiespältige Antwort.

F Bewertung

Die Polizeigeneralklausel geht mit Krisen, Notständen und Unglücken einher. Juristisch gesehen ist sie ein Notgriff, um der Lage Herr zu werden. Theologisch gesehen ist sie ein Wunder, das die gewöhnliche Rechtsordnung weit überstrahlt. Darin liegt ihre Gefahr. Wird sie angewandt, so muss sich die Regierung möglicherweise im Nachhinein rechtfertigen oder sich Unverhältnismässigkeit vorwerfen lassen. Das ist nicht dramatisch, weil öffentliche Kritik an der Regierung und an der politischen Mehrheit im Parlament zum demokratischen Alltag gehört.

Verzichtet die Regierung bei schwierigen tatsächlichen Lagen auf die Anwendung der Polizeigeneralklausel weil sie die Kritik fürchtet, so fällt sie einen grundlegend falschen Entscheid. Die Polizeigeneralklausel ist stets dann anzuwenden, wenn eine andere Lösung der Probleme gestützt auf das geltende Recht nicht möglich ist. Andernfalls muss die Regierung und die Verwaltung das geltende Recht derart überdehnen, dass faktisch dennoch Notrecht angewendet wird, das sich aber im Gewand rechtmässiger Gesetzesanwendung verbirgt. Die nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit bringt es

⁸⁴ Siehe die Zusammenstellung ausgewählter Fälle von auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Notverordnungen und Notverfügungen des Bundesrates seit 2000 im Anhang.

freilich an den Tag. Diese Situation war im Fall der FINMA-Verfügung vom 18. Januar 2009 gegeben.

Im Fall der eilig ausgehandelten neuen DBA stand der Bundesrat ebenfalls unter Druck. Dem Ausland wurden sozusagen unentgeltlich Gegenleistungen gewährt, sodass die innenpolitische Absicherung dieser Abkommen nicht von Anfang an zweifelsfrei war. Deshalb suchte der Bundesrat die Demokratie zu beschneiden, um eine denkbare Niederlage zu verhindern. Dieser Versuch ist wohl deshalb gescheitert, weil die wundersamen Ausstrahlungen des Notrechts auch in der Öffentlichkeit als das wahrgenommen wurden was sie waren: Handlungen einer Regierung, die sich politisch auf schmalen Grat bewegte und deshalb die Demokratie zu beschneiden suchte.

Dass die verschiedenen und ineinander verflochtenen wirtschaftlichen Krisen nach notrechtlichen Antworten verlangen ist weder erstaunlich noch neu. In den 1930er Jahren hatte der Bundesrat die wirtschaftliche Not, die freilich viel grösser war als heute, mit einem ganzen Strauss von multiplen Notrechten zu bekämpfen versucht.⁸⁵ Insofern erinnert die gegenwärtige Krise an frühere Zeiten. Freilich weist das gegenwärtig im Raum schwebende «Notrecht» noch eine weitere Dimension auf.

Eine Regierung, die mehrfach und vielfältig Notrecht für ihre Tätigkeit beansprucht, ist nicht etwa eine starke, sondern eine ausgeprägt schwache Regierung. Denn es gilt allgemein der Satz: Regieren mit Notrecht ist keine Kunst. Die häufige Anrufung von Notrecht und Quasi-Notrecht durch den Bundesrat passt zu seiner Schwäche. Denn die ausgebrochenen Krisen waren keineswegs unvorhersehbar und auch nicht so gravierend, dass ein immer wiederkehrendes notrechtliches Handeln angezeigt gewesen wäre. Gerade der Fall Tinner⁸⁶, in dem der Bundesrat Notrecht gegen die Bundesanwaltschaft, also die eigene Verwaltung, angewandt hatte, zeigt, dass sich diese Regierung in einer lähmenden Krise befindet. Das ist freilich ein neues Thema. Die Politik hat es aufgegriffen.⁸⁷ Es bleibt abzuwarten, ob nach den langjährigen Bemühungen von einst⁸⁸ und der 1990er Jahre bei diesem Anlauf ein Erfolg beschieden sein wird.

⁸⁵ Vgl. KÖLZ, Alfred (2004). *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*. Bern: Stämpfli: S. 751ff.

⁸⁶ Siehe zum Sachverhalt das Urteil 1B_265/2009 vom 25. Januar 2010 der I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts und NZZ vom 29.1.2010, Nr. 23: S. 9; siehe auch Anhang.

⁸⁷ Vgl. NZZ vom 16.3.2010, Nr. 62: S. 11; NZZ vom 26.3.2010, Nr. 71: S. 11; nach den Vorschlägen des Bundesrates soll das Bundespräsidium auf zwei Jahre verlängert werden.

⁸⁸ In der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Organisation und Geschäftsgang des Bundesrates vom 4. Juni 1894, BBl 1894 II: S. 766 skizzierte der Bundesrat das sog. Zweikreisemodell: Der Bundesrat von fünf Mitgliedern konzentriert sich auf die Regierungstätigkeit, währenddem die Verwaltungsführung «neun bis elf von der Bundesversammlung auf Vorschlag des Bundesrates gewählte Verwaltungsdirektoren» (S. 788) obliegt. Der Bundesrat konnte sich 1894 damit nicht anfreunden und wollte es beim bisherigen System belassen. Und dabei blieb es.

Schriften zur Demokratieforschung

Herausgegeben durch das Zentrum für Demokratie Aarau

zde

Zentrum für
Demokratie
Aarau

Daniel Kübler | Philippe Koch (Hrsg.)

Finanzkrise und Demokratie

**Herausforderung für Politik,
Recht und Bildung**

Schulthess § 2011