

Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts

ANDREAS KLEY*

Schlagworte: Notrecht, extrakonstitutionelles Staatsnotrecht, Polizeinotverfügung und -verordnung des Bundesrates, UBS-Rettung, Rettung der schweizerischen Volksbank (1933), Polizeigeneralklausel, Theologie und Staatsrecht, Rechtsstaat und Verhältnis zum Notrecht., Zaccaria Giacometti, Gesetzmässigkeit und Polizeigeneralklausel

A. Wundersam leichtes Regieren mit Notrecht

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. Carl Schmitt spitzte dieses Bild zu der provokativen These zu, dass «alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre (...) säkularisierte theologische Begriffe»¹ seien. Schmitt führte als Beispiel die Parallelität von staatsnotrechtlichem Ausnahmezustand und Wunder an. Die Anrufung des Staatsnotrechts ist ein wundersamer Vorgang, der die gesamte Rechtsordnung zu überstrahlen vermag. Wie der Vollmond in der Nacht ist das Notrecht von einem hellen Vorhof umgeben. Das am Himmel strahlende Mondlicht erlaubt sozusagen auch in der Nacht Handlungen gegen die Not.

Der Einsatz von Notrecht ist mit verschiedenen Gefahren verbunden. In einer Demokratie ist die grösste Gefahr nicht der Missbrauch von Notrecht, sondern viel subtiler die Veränderung der Haltung von Regierung und Parlament. Auch das massvoll angewandte Notrecht verändert die Haltung der Regierung und des Parlaments, da sie sich zunehmend an das Notrecht als Handlungsinstrument gewöhnen. Die in den letzten zehn Jahren verschiedentlichen Griffe des Bundesrates zum Notrecht² haben zu einer bequemen Haltung ge-

* Prof. Dr. rer. publ., Ordinarius für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich.

1 CARL SCHMITT, Politische Theologie, 1. Aufl. 1922, 8. Aufl. Berlin 2004, S. 43.

2 Siehe die Zusammenstellung im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5.2.2010 über die Parlamentarische Initiative zur Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBl 2010, 1563 ff., 1572 ff.

führt, die dem ordentlichen Recht schadet. Das Notrecht lädt dazu ein, von der Rechtsordnung abzuweichen. Denn die juristische Interpretationskunst erlaubt es, eine Abweichung und Verletzung von geltendem Recht als rechtskonformes, weil auf Notrecht «abgestütztes» Verhalten auszugeben. Berufen sich die politischen Behörden immer wieder und nachgerade regelmässig auf Notrecht, so erweist es sich dadurch, dass das Regierungssystem an seine rechtsstaatliche Grenze gestossen ist.

B. «Notrecht» und Polizeigeneralklausel

Im Zug der Finanzmarktkrise und ihrer Behebung hatte die Politik unspezifisch von «Notrecht» gesprochen. Es gibt nicht «das» Notrecht, der Begriff ist vielmehr zu differenzieren. Das «Notrecht» erscheint in verschiedenen Formen, namentlich als Dringlichkeitsrecht im Sinne von Art. 165 BV oder als extrakonstitutionelles Staatsnotrecht, das im Falle einer staatsexistenzbedrohenden Notsituation (z.B. beide Weltkriege) zur Anwendung gelangte.³ Diese Formen von Notrecht werden im Folgenden nicht weiter behandelt, weil im Gefolge der Finanzkrise von 2008 ausschliesslich das «Notrecht» im Sinne der sog. Polizeigeneralklausel diskutiert worden ist.

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.⁴ Im Bund ist die Polizeigeneralklausel in Art. 173 bzw. 185 BV normiert und kann vom Bundesrat oder von der Bundesversammlung konkurrierend gehandhabt werden.⁵ 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 *Polizeinotverfügung* oder einer *Polizei-*

3 Vgl. ANDREAS KLEY, unter Mitarbeit von CHRISTIAN KISSLING; Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 2008, S. 263 f., 282 ff, 395 f.

4 Vgl. allgemein zur Polizeigeneralklausel und zum Polizeinotstand: Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1, 418 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, N 2467 ff., 2506 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 474 ff.

5 Vgl. zum Verhältnis der Kompetenzen von Bundesrat und Bundesversammlung: Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1, 398 f.; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, N 5 zu Art. 173; URS SAXER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, N 5 f. zu Art. 173 m.w.H.

notverordnung treffen.⁶ Die Polizeigeneralklausel ersetzt im Polizeinotstand die formalgesetzliche Rechtsgrundlage.⁷

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 lit. a und Art. 185 Abs. 1, 3, 4 BV) bedürfen keiner formellgesetzlichen 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. Denn 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 Bundesrat hat sich freilich nicht immer daran gehalten: So ist die Polizeinotverordnung vom 24. Februar 1948 betreffend politische Reden von Ausländern⁸ sowie der Bundesratsbeschluss betreffend staatsgefährliches Propagandamaterial vom 29. Dezember 1948⁹ bis 1998 fünfzig Jahre in Kraft gewesen. In beiden Fällen hätte unbedingt ein formelles Gesetz geschaffen werden müssen. Der Bundesrat hatte die Beschlüsse auf den 30. April und den 1. Juli 1998 aufgehoben, da ein Bundesgesetz über die innere Sicherheit andere Massnahmen vorsah.¹⁰

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 mit der Machtübernahme der Kommunisten in mehreren mittel- und osteuropäischen Staaten ausbrach. Der Rednerbeschluss legte fest, dass vor der Rede 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

6 Vgl. zu den Voraussetzungen von Notverordnungen und Notverfügungen: BIAGGINI (Fn. 5) N 10 zu Art. 185.

7 Vgl. z.B. BGE 103 Ia 310 = Pr. 1977 Nr. 250; vgl. BIAGGINI (Fn. 5), N 16 zu Art. 36 m.w.H.

8 AS 1948 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 (BB1 1935 II 457) und der Bundesrat am 3.11.1936 einen Beschluss «betreffend Teilnahme ausländischer Redner an politischen Versammlungen» (AS 1936 821). Danach bedurften diese einer Bewilligung, die zu verweigern war, «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.

9 AS 1948 1282.

10 AS 1998 1174; AS 1998 1559; vgl. Bundesgesetz vom 21.3.1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), SR 120.

Entscheide der Kantonsregierungen konnten nicht mittels Beschwerde angefochten werden. Die Behörden wandten den Rednerbeschluss zur Zeit des Kalten Krieges häufig an und versuchten auf diese Weise, linksstehende Redner, die schweizerische Gesinnungsgenossen eingeladen hatten, fernzuhalten. Seit Ende des Kalten Krieges kam der Beschluss weitgehend ausser Gebrauch und der Bundesrat hob ihn deshalb nach einer Empfehlung des Ständerates auf. Das Bundesgericht hatte die Rechtmässigkeit dieser beiden Polizeinotverordnungen noch am Ende ihrer Geltungsdauer bestätigt.¹¹

In vergleichbarer Weise hatte das Bundesgericht bereits zuvor auch die Rechtmässigkeit mehrerer Notverordnungen betreffend den Schusswaffenerwerb 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.»¹²

Der Zürcher Staatsrechtslehrer Zaccaria Giacometti (1893–1970) lehnte entsprechend seiner konsequent rechtsstaatlichen Haltung ein selbständiges (Polizei- oder anderweitig begründetes) Verordnungsrecht der Regierung grundsätzlich ab.¹³ In seinen «Lehren des rechtstaatlichen 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 Notwendigkeiten anzupassen» seien.¹⁴ 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 der Jahre 2008/9 belegt dies eindrücklich.

Die Rettung einer Bank durch den Bund hatte sich in der Vergangenheit schon mehrfach abgespielt, obwohl die heutigen Zeitgenossen die politisch aufregenden Vorgänge der Gegenwart für einzigartig halten. 1933 stimmte der

11 BGE 125 II 417 E. 6a 427 f.

12 BGE 123 IV 34 f., 122 IV 261 f.

13 ZACCARIA GIACOMETTI, Das selbständige Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates, SJZ 1935, S. 257 ff. Das Bundesgericht widersprach GIACOMETTI: BGE 64 I 365 E. 3 S. 370 wie auch DIETRICH SCHINDLER, Die selbständige Polizeiverordnung, SJZ 1935, S. 305 ff.

14 ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtstaatlichen Verwaltungsrechts, Erster (und einziger) Band, Zürich 1960, S. 148 ff., Zitate S. 162, 163.

Bund einer notfallmässigen Beteiligung an der Diskontbank und der Schweizerischen Volksbank zu; freilich machte er dies, ohne sich auf Notrecht zu berufen (lit. C). Die Finanzkrise lud den Bundesrat 75 Jahre später ein, unter völlig anderen Umständen mit «Notrecht» die Bank UBS zu rekaptalisieren (lit. D.). In diesem Fall liess sich das «Notrecht» über die eigentliche Polizeigeneralklausel hinaus als ein wundersames Argument heranziehen, um «lästige» Rechtsbindungen abzuschütteln. Der Versuch des Parlaments, das Wunder des finanziellen Notrechts in begrenzende Gesetzesworte zu fassen, zeigt die Aporie eines solch an sich lobenswerten Unternehmens: Not kennt kein Gebot (lit. E). Dieses Bemühen der Bundesversammlung ist schliesslich zu bewerten (lit. F).

C. Rückblende: Rettung der Depositenbank und der Volksbank während der Weltwirtschaftskrise 1933

Im ersten Weltkrieg hatte das Vollmachtenregime gezeigt, dass das Re(a)gieren dank dem Notrecht ganz einfach geworden war: Vom Verfassungsrecht kaum gehemmt, konnte der Bundesrat schalten und walten, wie er wollte. Er tat dies ausgiebig und beschränkte sich keineswegs auf Notsituationen. Deshalb wollte er nach dem ersten Weltkrieg das Notrecht nicht mehr abgeben und die darauf gestützten Verordnungen galten bis 1952 weiter.¹⁵ Nach Ende des Krieges 1918 war es die Aufgabe der Bundesbehörden, die rechtmässigen Zustände in Gesetzgebung und Verwaltung wiederherzustellen. Das geschah jedoch nur zögerlich, weil gravierende Probleme aus der Zeit des Krieges fortbestanden, deren Bekämpfung durch Notrecht geboten schien. Eine Verschärfung der Lage ergab sich zwei Jahre nach dem Kurszerfall im Oktober 1929 an der New Yorker Börse («Schwarzer Freitag»). Die 1929 ausgebrochene Weltwirtschaftskrise erfasste die Schweiz 1931, bestimmte aber die schweizerische Innenpolitik bis 1939. Die Überproduktion bewirkte einen Preiszerfall bei Fabrikaten, Rohstoffen und Lebensmitteln bis 1934. Die Krise verschärfte sich international, weil die Staaten Schutzzölle erhoben, Einfuhrsperren verfügten und den internationalen Zahlungsverkehr stoppten. Die Löhne gingen zurück, die Arbeitslosigkeit stieg bis im Januar 1936 auf 124 000 an und die Unternehmensgewinne schrumpften.¹⁶

1933 standen zwei Grossbanken, nämlich die in Genf ansässige Diskontbank (Banque d'escompte suisse) und die in Bern domizilierte Schweizerische Volksbank, vor dem Zusammenbruch. Beide Finanzinstitute ersuchten darauf-

15 KLEY (Fn. 3), S. 265, 296 f.

16 Siehe den Überblick bei HANS VON GREYERZ, *Der Bundesstaat seit 1848*, in: *Handbuch der Schweizer Geschichte*, Zürich 1980, S. 1019 ff., S. 1191 ff. Der Bund gründete 1932 eine eidgenössische Darlehenskasse, welche Kredite an Personen vergab, die von den Banken kein Geld erhielten, vgl. *Botschaft über die Liquidation der Eidgenössischen Darlehenskasse vom 24. 6. 1955*, BBl 1955 I 1101 ff.

hin den Bundesrat um die Beteiligung des Bundes am Aktien- bzw. Genossenschaftskapital. Die Diskontbank wünschte eine Beteiligung von 20 Millionen Franken. Der Bundesrat bezeichnete in der Botschaft¹⁷ das Ersuchen als von «aussergewöhnlicher Natur». Freilich wies die Bank keine Unterbilanz auf; es lag noch immer eine Überdeckung aller Verbindlichkeiten vor, aber die Aktiven waren zum Teil im Ausland immobilisiert, weshalb ab 1931 ein Schalterschluss und eine Liquidation ständig drohten.¹⁸ Zudem kam die Bank im November 1932 wegen eines Falles der Steuerhinterziehung international ins Gerede.¹⁹ Das beschädigte ihre Reputation und führte zu weiteren Rückzügen ausländischer Einlagen. 1933 beantragte der Bundesrat dem Parlament, dass sich der Bund am Aktienkapital beteiligen solle. Das sollte durch eine Umwandlung von dessen Guthaben bei der Diskontbank in Aktien geschehen. Die Bank organisierte sich neu, indem sie das bisherige Aktienkapital weitgehend abschrieb und neben dem Bund neue Aktionäre suchte. Der Bundesrat begründete das «Novum»²⁰ mit den ausserordentlichen Verhältnissen der Zeit. Er hoffte, es handle sich um «einen vereinzelt Ausnahmefall, im Gegensatz zu den Verhältnissen im Auslande, wo der Staat sich genötigt gesehen hat, in zahlreichen Fällen umfassende Hilfsaktionen für einzelne Banken oder für das Bankgewerbe überhaupt zu unternehmen»²¹. Die Bundesversammlung folgte dem Bundesrat in einem dringlich erklärten Bundesbeschluss, der die finanzielle Beteiligung genehmigte.²²

Die in Aussicht gestellte Hilfe des Bundes bewahrte die Bank indessen nicht vor dem Untergang. Wie schon in der Botschaft angedeutet,²³ stand die Genfer Diskontbank im Gegenwind eines heftigen Pressefeldzuges, der durch die Vorwürfe einer Steuerhinterziehungsaffäre noch zusätzliche Brisanz erhielt. Deshalb waren für die Rettung der Bank Beteiligungen der Privatwirtschaft sowie des Kantons Genf notwendig. Der Grosse Rat des Kantons Genf ermächtigte die Kantonsregierung nun zwar, den Kanton mit 5 Millionen Franken an der Bank zu beteiligen. Der mehrheitlich linke Genfer Regierungsrat weigerte sich jedoch, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen,²⁴ weshalb das Rettungspaket scheiterte. Die linke Regierung – unter dem Präsidium des Sozialistenführers Léon Nicole – wünschte sich eine andere Wirtschaftspolitik, welche die Banken verstaatlichte oder sogar beseitigte: Die verweigerte Beteiligung an

17 Botschaft über die finanzielle Beteiligung des Bundes an der Reorganisation der Schweizerischen Diskontbank vom 3.4.1933, BB1 1933 I 609, S. 609. Siehe auch den Bericht: La réorganisation de la Banque d'Escompte, Journal den Genève 5.4.1933, Nr. 94, S. 4.

18 Vgl. die Botschaft (Fn. 17), S. 613 ff. im Detail.

19 Vgl. Botschaft (Fn. 17), S. 629.

20 Vgl. Botschaft (Fn. 17), S. 622.

21 Vgl. Botschaft (Fn. 17), S. 622.

22 Vgl. Bundesbeschluss über die Beteiligung des Bundes an der Wiederherstellung des Aktienkapitals der Schweizerischen Diskontbank in Genf vom 13.4.1933, AS 1933 255.

23 Vgl. Botschaft (Fn. 17), S. 629.

24 Vgl. R.P., La Banque d'Escompe en liquidation, Journal de Genève 30.4.1934, Nr. 117, S. 1.

der Diskontbank war eine erste Gelegenheit, diese Politik umzusetzen. Die unterlegenen bürgerlichen Regierungsräte veröffentlichten ein Sondervotum,²⁵ in dem sie sich von der folgenschweren Entscheidung distanzieren. Das alles half aber nichts; die Bank schloss ihre Schalter auf Ende April 1934 wegen Illiquidität.

Der Ausnahmefall wiederholte sich wenige Monate später, als die Organe der Schweizerischen Volksbank den Bundesrat um eine Kapitalbeteiligung in der Höhe von 100 Millionen Franken ersuchten. Der Bundesrat vermied in seiner Botschaft die Hervorhebung des Novums, des Einzelfalls oder der Aussergewöhnlichkeit. Dafür sprach er nun von einer «bedeutungsvollen Massnahme»²⁶. Die Gründe für den drohenden Zusammenbruch waren freilich anderer Art. Es war weniger die Immobilität von Aktiven als vielmehr grosse Verluste im Inland- und Auslandsgeschäft. Nachdem eine anderweitige Kapitalbeschaffung sich als unmöglich erwies, führte der Bundesrat an, auch im Ausland habe es derartige Massnahmen gegeben.²⁷ Die Bundesversammlung folgte dem Bundesrat und stimmte dem angebotenen dringlichen Bundesbeschluss zur Beteiligung des Bundes zu.²⁸ Die Reorganisation der Bank erforderte die Neuwahl des Verwaltungsrates der Volksbank. Als Präsident fungierte der ehemalige Bundesrat Robert Haab, den seine ehemaligen Amtskollegen darum ersucht hatten.²⁹ Die Parallele zum späteren Fall der Bank UBS ist auffällig.³⁰

In beiden Botschaften fehlten Erörterungen über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Vorgehens völlig. Das entsprach durchaus der damaligen Rechtslage und der Verfassungspraxis jener Zeit. Zum einen galt der Gesetzesvorbehalt für derartige Kapitalbeteiligungen nicht; er bezog sich nur auf die sog. Eingriffsverwaltung, aber keineswegs auf wirtschaftliche Unterstützungsmassnahmen.³¹ Ein Bundesgesetz war als Grundlage unnötig. Ferner grassierte in den 1930er Jahren die sog. Dringlichkeitspraxis: Die Bundesversammlung entzog in der Regel den Bundesgesetzen und den Bundesbeschlüssen die Referendumsmöglichkeit, indem sie sie entsprechend der damaligen Rechtslage einfach als dringlich erklärte.³² Eine weitergehende Erörterung, um welche Art von Notrecht es sich handelte, erübrigte sich damit.³³

25 Vgl. Déclaration de la minorité du Conseil d'Etat, Journal de Genève 30.4.1934, Nr. 117, S. 1.

26 Botschaft über die finanzielle Beteiligung des Bundes an der Reorganisation der Schweizerischen Volksbank, BB1 1933 II 801 ff., S. 801.

27 Vgl. Botschaft (Fn. 26), S. 820.

28 Vgl. Bundesbeschluss über die Beteiligung des Bundes am Genossenschaftskapital der Schweizerischen Volksbank vom 8.12.1933, AS 1933 975.

29 Vgl. PETER HEFTI, Als die Volksbank zu kollabieren drohte, NZZ 22.5.2009, Nr. 116, S. 15.

30 Vgl. Fn. 68.

31 Vgl. KLEY (Fn. 3), S. 316 und z.B. BGE 51 I 137 E. 4 S. 148.

32 Die ursprüngliche Fassung von Art. 89 Abs. 2 sah das Referendum nur für nicht dringliche Akte vor, vgl. AS N.F. I (1875) S. 1 ff. oder KLEY (Fn. 3), S. 381 ff.

33 Vgl. KLEY (Fn. 3), S. 288 ff. zum damaligen Notrechtspluralismus.

Die Dringlicherklärung schien die Bundesversammlung von jeglichen verfassungsrechtlichen Bindungen zu lösen. So sagte Bundesrat Schulthess in einer Debatte über die Einführung der Zuckersteuer am 22. März 1934: «Ist nun eine solche auf dem Wege eines Bundesbeschlusses einzuführen oder muss dazu die Verfassung revidiert und ein Gesetz erlassen werden? Darüber wollen wir nicht lange reden. Wir haben uns daran gewöhnt, die kürzeren und einfacheren Wege zu gehen.»³⁴ Schulthess führte diese Praxis mit den Begriffen der «blossen Verfassungsritzung» und der «materiellen Dringlichkeit» ein.³⁵ Seine Ansichten hatten in der Bundesversammlung eine starke Stütze. So sagte ein Nationalrat im Jahr 1938: «Das Institut der Dringlichkeit ist die Perle unserer Bundesverfassung, die ich nicht der Opposition vor die Füsse werfen möchte.»³⁶ Das Protokoll vermerkte anschliessende «Heiterkeit». In Fragen der Bankenregulierung beantragte immerhin der Bundesrat dem Parlament den Erlass eines regulären Bankengesetzes, das für mehr Sicherheit sorgen sollte.³⁷ Das Parlament stimmte dem zu und erliess das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934.³⁸ Selbstverständlich blieb die notfallmässige Beteiligung des Bundes an Banken unregelt.

Bundesrat Edmund Schulthess (1868–1944, im Amt 1912–1935) hielt am 29. November 1934 in Aarau eine viel beachtete Rede über die wirtschaftliche Lage.³⁹ Er sah die schweizerische Demokratie wegen der grossen wirtschaftlichen Schwierigkeiten in einer Bewährungsprobe, da «der wirtschaftliche Schrumpfungsprozess zu einer grossen geistigen und politischen Krise geführt»⁴⁰ habe. Der Staat sei genötigt worden «in die Wirtschaft einzugreifen»⁴¹, obwohl «unsere Verfassung diese Aufgabe des Staates nicht vorsieht und bloss den Rahmen zieht, in dem die Privatwirtschaft sich frei betätigt»⁴². Auch er selbst habe die Wirtschaft mehrfach in Fesseln gelegt.⁴³

«Während Juristen über die Zulässigkeit dieses Vorgehens zu philosophieren Zeit haben, musste ich im Interesse der Aufrechterhaltung unserer Wirtschaft ohne Verzug handeln, sollte diese nicht zusammenbrechen und unser Land einem Chaos entgegengehen. Wir haben aus Notrecht gehandelt, das bestehen muss, und sollten wir es aus den Sternen holen müssen. Jedermann anerkennt schliesslich diese Notwendigkeit

34 Sten. Bull. 1934 S 70.

35 KURT EICHENBERGER, Die oberste Gewalt im Bunde. Über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat (Diss. Bern 1948), Zürich 1949, S. 262 f.

36 Votum von BGB-Nationalrat Roman H. Abt (1883–1942), Sten. Bull. 1938 N 667 ff., S. 668, in der Debatte über die erste Volksinitiative zur Einschränkung der Dringlichkeitsklausel.

37 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. 2. 1934, BBl 1934 I 171.

38 AS 1935 117.

39 EDMUND SCHULTHESS, Lebensfragen der schweizerischen Wirtschaft, Aarau 1934.

40 SCHULTHESS (Fn. 39), S. 7.

41 SCHULTHESS (Fn. 39), S. 8.

42 SCHULTHESS (Fn. 39), S. 8.

43 SCHULTHESS (Fn. 39), S. 9.

und Sie werden auch verstehen, dass in diesen erregten Zeiten Volksabstimmungen über solche Dinge kaum Platz finden.»

Die Sterne spielen wohl auf Schillers Wilhelm Tell an. Denn das überpositive Notrecht erlaubt ein Abweichen vom regulären Recht und greift «hinauf getrosen Mutes in den Himmel», um das «ewge» (Schiller⁴⁴) Naturrecht herunterzuholen. Mit den müssig philosophierenden Juristen meinte Schulthess vor allem Zaccaria Giacometti, der die Dringlichkeitspraxis zuvor als «illegal» und «destruktiv» bezeichnet hatte.⁴⁵ Im Rückblick sprach Giacometti von einer «Ratio- nierung der Demokratie», die in den 1930er Jahren im Falle der Krisenbekämpfung stattgefunden habe.⁴⁶

«Man wollte damit anscheinend vorab im Interesse der Erhaltung des demokratischen Staates nachteilige Auswirkungen der Ausübung der Volksrechte vermeiden. Man unterhöhlte also die Referendumsdemokratie zum Zwecke ihrer Rettung! Propter vitam vita causas perdere. Dieses Aufs-Eis-Legen der demokratischen Institutionen und dessen Rechtfertigung steht auch in einem merkwürdigen Gegensatz zum Erfordernis der geistigen Landesverteidigung.»

Giacometti ragt als überaus eigenständige Persönlichkeit aus jener Zeit hervor: Er hatte das nicht durch die Notlage begründbare Abweichen von der ordentlichen Rechtsordnung heftig kritisiert, aber er stand in der Lehre weitgehend allein da. Seine Kollegen äusserten sich nicht oder hiessen die Massnahmen des Bundesrates ausdrücklich gut.

Bundesrat Schulthess wandte sich in seiner Rede vehement gegen die sog. «Kriseninitiative» der Linken, die als «ein krampfhafter und verfehelter Versuch einer unmöglichen Politik»⁴⁷ zum Ruin des Staates führen würde. Er sprach sich vielmehr für die Anpassungsbestrebungen aus, die der Schweiz wieder den Anschluss an die Weltwirtschaft verschaffen sollten. Diese Politik war in- dessen mit einem Lohn- und Preisabbau verbunden und traf auf den Widerstand der Linken und der Gewerkschaften. Der Preisabbau sollte durch Preiskontrollen stattfinden. Schulthess erwähnte auch die Möglichkeit der Frankenabwertung, die er wegen der sozialen Folgen nicht als positive Option sah. Schulthess schloss mit den Worten: «Weg mit der Demagogie und den Schlagworten! Verantwortungsbewusstsein und Opferwilligkeit fordert die Stunde!»⁴⁸

Das Volk folgte Schulthess mehrheitlich. Am 2. Juni 1935 lehnte das Volk mit 567 425 gegen 425 242 bzw. 18 gegen 4 Kantone die Kriseninitiative der

44 Wilhelm Tell, Schauspiel, 2. Aufzug, 2. Szene, z.B. in der Ausgabe: Schillers Werke in 10 Bänden, Band 6, Basel 1946, S. 1 ff., S. 54.

45 Die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien, SJZ 30 (1934) S. 289 ff., 290.

46 ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 783 Fn. 23. (lateinisches Zitat: Wegen des Lebens die Gründe des Lebens verlieren).

47 SCHULTHESS (Fn. 39), S. 17.

48 SCHULTHESS (Fn. 39), S. 40.

Sozialdemokraten und Gewerkschaften ab, welche die Krise mit staatlichen Lenkungsmaßnahmen hatte bekämpfen wollen. Die Wirtschaftskrise erreichte ihren Höhepunkt im Jahr 1936. Die von Bundesrat Schulthess beschriebenen Interventionen erlaubte ein Vollmachtenbeschluss der Bundesversammlung vom 29. September 1936.⁴⁹ Dieser gestattete es dem Bundesrat, auch wirtschaftliche Notmassnahmen zu treffen, die in Gesetzen oder dringlichen Bundesbeschlüssen nicht vorgesehen waren. Die Bundesversammlung verlängerte den bis Ende 1937 befristeten Beschluss mehrfach.⁵⁰ Er lief erst 1942 aus, nachdem er angesichts der breiteren Vollmachten von 1939⁵¹ seine Existenzberechtigung verloren hatte.⁵² Dieses Vorgehen und die Rede von Schulthess zeigen, dass liberale und rechtsstaatliche Anliegen eine untergeordnete Bedeutung besaßen. Auch die Kantone trafen nach dem Vorbild des Bundes aussergewöhnliche Massnahmen; so verbot der Kanton Wallis Bauunternehmern zwecks Arbeitsbeschaffung den Einsatz von Schaufelbaggern, was aber das Bundesgericht wegen Verletzung des Art. 31 Abs. 1 BV 1874 stoppte.⁵³ Gegenüber den Wirtschaftsmassnahmen des Bundes konnte und, soweit es noch kompetent war, wollte das Bundesgericht nicht einschreiten.

1937 gingen die Arbeitslosenzahlen zurück, aber von Vollbeschäftigung oder gar Wirtschaftswachstum konnte keine Rede sein. Der internationale Handel war wegen des grassierenden Protektionismus weiterhin behindert, weshalb der Handel die Situation nicht verbessern konnte. Ein weiterer europäischer Krieg erschien überdies als absehbar. Das extrakonstitutionelle Notrecht sollte mit einem neuen Vollmachtenregime erneut zum Zug kommen. Nach dem Krieg dauerte es wiederum Jahre, bis das Notrecht abgebaut werden konnte. Der Verfassungsgeber erliess 1947 die «neuen Wirtschaftsartikel»; diese gaben dem Interventionsstaat eine verfassungsrechtliche Grundlage.⁵⁴

Die Bundesbeteiligungen an der Schweizerischen Volksbank konnten nach dem Zweiten Weltkrieg wieder abgebaut werden und der direkte Kapitalzuschuss seitens des Bundes an eine notleidende Bank schien damit nur eine zwei- (oder besser ein-)malige Ausnahme gewesen zu sein. So dauerte es insgesamt 75 Jahre bis eine erneute Notsituation eintreten sollte.

49 Vgl. Bundesbeschluss über wirtschaftliche Notmassnahmen vom 29.9.1936, AS 1936 749, der ebenfalls dringlich erklärt wurde, oder KLEY (Fn. 3), S. 395 f.

50 Vgl. AS 1937 1039; 1940 29.

51 Vgl. KLEY (Fn. 3), S. 282 ff, 395 f.

52 Vgl. Achter Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die auf Grund der ausserordentlichen Vollmachten ergriffenen Massnahmen vom 7.5.1943, BBl 1943 I 385 ff., S. 386.

53 BGE 63 I 213.

54 Vgl. KLEY (Fn. 3), S. 303 ff.

D. Fall der Rekapitalisierung der UBS AG im Jahr 2008

Im Jahr 2008 kam es zu einer Art Wiederholung der Vorgänge des Jahres 1933. Aus inzwischen hinreichend bekannten Gründen erfolgte bei der Bank UBS ein erheblicher Mittelabfluss, der im Oktober 2008 die Liquidität der am «besten kapitalisierten» Bank bedrohte.⁵⁵ Die Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008⁵⁶ 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 Finanzhaushaltsgesetz (FHG)⁵⁷, was gemäss Art. 62 Abs. 2 FHG verboten ist, sofern es sich um eine Anlage in Erwerbsunternehmen handelt.⁵⁸ Die Botschaft⁵⁹ 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).⁶⁰ Eine solche Subvention, die grundsätzlich in der Form der Verfügung ergeht (Art. 16 Abs. 1 SuG), hat gleichzeitig die Rechtsgrundlage zu bezeichnen auf welche sie sich stützt (Art. 17 Abs. 1 SuG).

Während sich die Kapitalisierung der Swissair 2001 auf eine Bestimmung des Luftfahrtgesetzes stützen konnte,⁶¹ 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.⁶² Die Notlage war in den Augen des Bundesrates klar gegeben,⁶³ da die Illiquidität der Grossbank UBS das schweizerische Zahlungssystem lahm gelegt hätte. 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.⁶⁴ Daneben sah der Bundesrat den Ruf des gesamten Finanzplatzes Schweiz im Ausland bedroht, weshalb er auch Art. 184 Abs. 3 BV anrief, wonach ihm die Wahrung der Interessen der Schweiz im Ausland zukommt.⁶⁵

55 Vgl. Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. 5. 2010, S. 2 ff.

56 AS 2008 4741, BBl 2008 8943.

57 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 6. 10. 1989, SR 611.0.

58 Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5. 11. 2008, BBl 2008 8943, 8967.

59 Vgl. Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 58), BBl 2008 8967.

60 Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. 10. 1990, SR 616.1.

61 Art. 102 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt vom 21. 12. 1948 (LFG), SR 748.0.

62 Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 58), BBl 2008 8967 f.

63 Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 58), BBl 2008 8968.

64 Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 58), BBl 2008 8958 f. m.w.H.

65 Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 58), BBl 2008 8968.

Die Polizeinotverordnung des Bundesrates lieferte die Rechtsgrundlage für den Kreditbeschluss. Dieser war vom Bundesrat gesondert zu fassen.⁶⁶ Im Nachhinein hatte die Bundesversammlung einen Nachtragskredit zum Vorschlag 2008 des Budgets zu beschliessen.⁶⁷ Die Notwendigkeit einer normativen Rechtsgrundlage für die «Subvention» führte wohl dazu, dass der Bundesrat seinen Beschluss zur Rekapitalisierung der UBS als «Verordnung» bezeichnete. 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.

Die Bank UBS geriet in die Nähe des Bundes. Das erwies sich nicht nur an seiner Beteiligung und den Hilfen der Nationalbank, sondern auch an der Tatsache, dass mit Kaspar Villiger ein ehemaliger Bundesrat den Verwaltungsrat präsidierte.⁶⁸ Nach etwa acht Monaten gab der Bund seine UBS-Beteiligung auf und verkaufte diese am 19. August 2009.⁶⁹

E. Abhilfe: Bundesgesetz über 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. Politiker warfen dem Bundesrat einen zu weitgehenden und unkontrollierten Gebrauch seines Polizeinotverordnungs- und -verfügungsrechts vor. Aus diesem Grund hatte die Staatspolitische Kommission des Nationalrates am 19. Februar 2009 die Ausarbeitung von Gesetzesänderungen beschlossen, welche der Bundesrat im Falle einer von ihm erlassenen Notverordnung verpflichtet, innert einer bestimmten Frist den Entwurf für eine gesetzliche Grundlage nachzuliefern.⁷⁰ Im Falle einer Notverfügung müsste der Bundesrat vorgängig die zuständigen Kommissionen oder Delegationen der Bundesversammlung konsultieren und schliesslich hätte er dringende Ausgabenbeschlüsse von gros-

66 Der Bundesrat fasste den Beschluss am 15. 10. 2008, vgl. Botschaft Massnahmenpaket (Fn. 58), BBl 2008 8959.

67 Bundesbeschluss über einen Kredit für die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. 12. 2008, BBl 2008 439 f.

68 Vgl. z.B. UBS will mit Villiger der Krise entrinnen, NZZ 5. 3. 2009, Nr. 53, S. 1.

69 Vgl. die Pressemitteilung, Bund beschliesst sofortigen und umfassenden Abbau des UBS-Engagements, Bern, 19. 8. 2009.

70 Im Urteil Gsell gegen die Schweiz vom 8. 10. 2009, Beschwerde 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.

ser Tragweite innert kurzer Frist der Bundesversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten.⁷¹

Der regulierende Geist, den dieser Vorschlag atmet, wird am Beispiel einer der neuen Bestimmungen des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes deutlich:⁷²

Art. 7c Verordnungen zur Wahrung der Interessen des Landes

¹Der Bundesrat kann, unmittelbar gestützt auf Artikel 184 Absatz 3 der Bundesverfassung, eine Verordnung erlassen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert.

²Er befristet die Verordnung angemessen; ihre Geltungsdauer beträgt höchstens vier Jahre.

³Er 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 keinen Entwurf einer gesetzlichen Grundlage für den Inhalt der Verordnung unterbreitet.

⁴Die Verordnung tritt ausserdem ausser Kraft:

- a. mit der Ablehnung des Entwurfes nach Absatz 3 durch die Bundesversammlung; oder
- b. spätestens mit Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage nach Absatz 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 auch durchblicken, dass die bisherigen Notakte des Bundesrates, die sich auf die Polizeigeneralklausel stützten, eigentlich gar keine Notfälle waren. Das trifft aus einer unhistorischen Sicht zu: Im Rückblick gibt es keine Notlagen mehr, sondern nur mehr oder minder gut bewältigte Krisen. Aus einer solchen nachträglichen Sicht ist eine für Nicht-Notfälle vorgesehene detaillierte Regelung eine «angebrachte» Scheinlösung.

Das Parlament hatte den bundesrätlichen Entwurf durchberaten und ihn nach unwesentlichen Änderungen gutgeheissen.⁷³ Nach Ablauf der Referendumsfrist wird er geltendes Recht werden, da die Vorlage politisch unbestritten ist.

Bemerkenswert ist eine historische Parallele der Abschaffung des extra-konstitutionellen Notrechts nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Beendigung des Vollmachtenregimes erwies sich als schwierig, weil sich der Bundesrat daran gewöhnt hatte und ungerne darauf verzichten wollte. 1945 verminderte die Bun-

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

72 Entwurf zum Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBl 2010 1591.

73 Vgl. AB 2010 N 1201 ff., 1205 ff., 1301 ff; Referendumsvorlage vgl. BBl 2010 8963 ff.

desversammlung die Vollmachten in dem Sinne, dass der Bundesrat für Kreditbegehren den ordentlichen Weg zu beschreiten hatte⁷⁴ und die Notverordnungen befristen musste. 1949 nahm das Volk eine Initiative betreffend die Neuordnung des Dringlichkeitsrechts gegen den Willen von Bundesrat und Bundesversammlung an.⁷⁵ 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»⁷⁶ 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.⁷⁷ 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 beschloss die Bundesversammlung einen indirekten Gegenvorschlag zur zweiten Initiative, die das Komitee dann zurückziehen konnte. Der Gegenvorschlag beseitigte das Vollmachtenregime bis Ende 1952 vollständig.⁷⁸

Im Fall des vorgeschlagenen 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: Die Beseitigung des Notrechts 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. 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.

74 Vgl. AS 1945 1049.

75 Vgl. AS 1949 1511 ff., vgl. Art. 165 BV 1999.

76 ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 789 Fn. 7.

77 Vgl. BBl 1948 II 980 S. 991.

78 Vgl. Bundesbeschluss vom 18. 12. 1950, AS 1950 1493.

F. Bewertung der Vorgänge

Das unspezifische «Notrecht», und genauer 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 Ereignis aus den Sternen, ein Wunder, das die gewöhnliche Rechtsordnung überwindet. 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 freilich an den Tag. Diese Situation war im Fall der FINMA-Verfügung vom 18. Januar 2009 gegeben.⁷⁹

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 in der Finanzkrise von 2008, mit einem ganzen Strauss von multiplen Notrechten zu bekämpfen versucht.⁸⁰ Insofern erinnert die Krise von 2008/9 an frühere Zeiten. Freilich weist das gegenwärtig im Raum schwebende «Notrecht» noch eine weitere Dimension auf, die auf ein neues Thema hinweist. Eine Regierung, die mehrfach und vielfältig Notrecht für ihre Tätigkeit beansprucht,⁸¹ 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 illustriert seine Führungsschwäche.

79 Vgl. Urteil des BVerwG vom 5. 1. 2010 (B-1092/2009), S. 2 f.

80 Vgl. ALFRED KÖLZ, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004, S. 751 ff.

81 Freilich ist zuzugeben, dass der Bundesrat das Thema seiner Notverordnungen mehrfach dazu benutzt hatte, um dem Parlament entsprechende Gesetze zu beantragen, so z.B. im Falle des Bundesgesetzes vom 22. 3. 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, SR 946.231.

Zusammenfassung

Der Bundesrat hatte in den letzten Jahren verschiedentlich «das» Notrecht angerufen, um unaufschiebbare und dringliche Massnahmen in eigener Kompetenz zu treffen. Dieses angerufene Notrecht ist für die Regierung angenehm, da es das Regieren wesentlich vereinfacht. Freilich gibt es nicht «das» Notrecht, das je nach Lage angerufen werden kann. Im Wesentlichen handelt es sich bei begrenzten Notlagen, wie etwa die UBS-Rettung von 2008 um die Anwendung der Polizeigeneralklausel, die an strikte Voraussetzungen geknüpft ist. Die Rettung der UBS besitzt zur Rettung der Schweizerischen Volksbank im Jahr 1933 bemerkenswerte Parallelen, die sich bis auf Details erstrecken. Beiden gemeinsam sind politische und gesellschaftliche Umstände, die dem geltenden Recht einen minderen Platz zuweisen. Diese Situation führt bei schwierigen Lagen entweder zur raschen Anwendung der Polizeigeneralklausel oder zum voreiligen Verzicht darauf.

Verzichtet die Regierung bei schwierigen Lagen auf die Anwendung der Polizeigeneralklausel, weil sie die Kritik fürchtet, so fällt sie eine falsche Entscheidung. 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 im Gewand rechtmässiger Gesetzesanwendung verbirgt. Die Regierungskunst besteht darin, den Staat zwischen Skylla und Charybdis durchzumanövrieren, ohne dass das Gesetzmässigkeitsprinzip dauerhaft beeinträchtigt wird.

Résumé

Ces dernières années, le Conseil fédéral a invoqué à diverses occasions «le» droit de nécessité pour prendre de sa propre compétence des mesures urgentes et impossibles à différer. Ce droit de nécessité invoqué est agréable pour le gouvernement, parce qu'il facilite considérablement la tâche de gouverner. Or «le» droit de nécessité, pouvant être invoqué selon la situation, n'existe pas. Il s'agit essentiellement, lors d'états de nécessité limités, comme par exemple dans le cadre du sauvetage UBS de 2008, de l'application de la clause générale de police, laquelle est liée à des conditions strictes. Le sauvetage de l'UBS présente avec le sauvetage de la Banque populaire suisse en 1933 des parallèles dignes d'attention, qui s'étend jusqu'aux plus petits détails. Tous deux ont en commun des circonstances politiques et sociales reléguant le droit en vigueur à une place subalterne. En situation difficile, cet état de fait entraîne soit une application rapide de la clause générale de police, soit une renonciation précipitée à celle-ci.

Lorsqu'en situation difficile, le gouvernement renonce à l'application de la clause générale de police par crainte des critiques, il prend une décision erronée. La clause générale de police doit toujours être appliquée lorsque aucune autre solution aux problèmes basée sur le droit applicable n'est possible. Dans le cas contraire, le gouvernement et l'administration doivent dispendre le droit applicable dans une telle mesure qu'ils font de facto malgré tout usage du droit de nécessité, sous couvert d'application licite du droit. L'art de gouverner consiste à manœuvrer l'État entre Charybde et Scylla sans porter une atteinte durable au principe de la légalité.