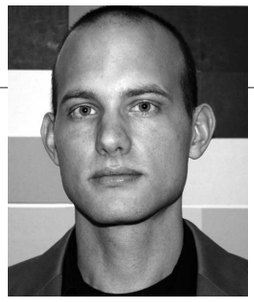

Markus Müller*/Christoph Jenni**

Notrecht

… abermals zur polizeilichen Generalklausel

In Notfällen darf der Staat gestützt auf die polizeiliche Generalklausel handeln. Die hierfür entwickelten Voraussetzungen sind zwar streng, jedoch nicht durchwegs praxistauglich. So lässt sich anhand dreier Gerichtsurteile zeigen, dass das Kriterium der Unvorsehbarkeit des Notfalls den Praxistest nicht besteht. Denn jeder «echte» Notfall – ob vorhersehbar oder nicht – rechtfertigt staatliches Handeln. Zwei rechtsstaatliche Sicherungen sind allerdings einzubauen: Eine Pflicht zur nachträglichen Analyse des notrechtlichen Handelns sowie eine Pflicht, die Regelungslücke zu schliessen.

En cas d'urgence, l'Etat peut agir en vertu de la clause générale de police. Les conditions développées à cet égard sont strictes, mais ne se laissent pas toujours aisément traduire dans la pratique. Ainsi, trois décisions judiciaires démontrent que la condition de l'imprévisibilité du cas d'urgence n'est guère praticable. Tout «réel» cas d'urgence – qu'il soit prévisible ou non – justifie une intervention étatique. Il convient cependant de prévoir deux garanties de l'Etat de droit: Une obligation d'analyser l'intervention d'urgence après les faits ainsi qu'une obligation de combler le vide juridique.

Inhalt

I. Ausgangslage
II. Jüngere Beispiele aus der Rechtsprechung
1. Fall «Gsell»
2. Fall «Hundeeuthanasie»
3. Fall «UBS-FINMA»
4. Würdigung
III. Ergänzende rechtsstaatliche Sicherungen
1. Das Problem: Unvermeidbare Fehleinsätze von Notrecht
2. Pflicht zur nachträglichen Analyse
3. Pflicht zur Lückenfüllung
IV. Ergebnis

I. Ausgangslage

In qualifizierten Not- und Krisensituationen darf der Staat ohne gesetzliche Grundlage handeln. Als Ersatz dient ihm die *polizeiliche Generalklausel;* auf sie kann er gegebenenfalls Notverordnungen oder Notverfügungen abstützen.[1] In der jüngeren Schweizer Geschichte hat der vermehrte Einsatz solcher notrechtlicher Instrumente für Aufsehen gesorgt[2] und eine eigentliche (politische) Notrechtsdebatte ausgelöst.[3] Dabei ist jedoch selten bis nie von der polizeilichen Generalklausel die Rede.[4] Zu Unrecht: Denn rechtsdogmatisch geht es jeweils um nichts anderes als um die polizeiliche Generalklausel – um ihre Anwendungsvoraussetzungen, ihr Anwendungsgebiet, ihre rechtsstaatlichen Grenzen.[5]

* Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern.
** Lic. iur., wissenschaftlicher Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

1 Zum Institut der polizeilichen Generalklausel eingehend Markus Müller/Christoph Jenni, Die polizeiliche Generalklausel. Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 1/2008, 4 ff.

2 Vgl. z.B. *Swissair Grounding* (Geschäftsprüfungskommission des Ständerates, Bericht über die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise vom 19. September 2002 sowie die diesbezügliche Stellungnahme des Bundesrates vom 30. April 2003, BBl 2003 5403 bzw. BBl 2003 4293); *Aktenvernichtung Tinner* (vgl. Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte, Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, Bericht vom 19. Januar 2009 sowie die diesbezügliche Stellungnahme des Bundesrates vom 17. Juni 2009, BBl 2009 5007 bzw. BBl 2009 5063), *Rekapitalisierung UBS* (vgl. Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG, AS 2008 4741), *UBS-Schwarzgeld-Affäre* (vgl. Zwischenbericht zum Stand der Arbeiten der Geschäftsprüfungskommissionen i.S. Finanzkrise und Übergabe von Kundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden vom 3. März 2010). Vgl. überdies die Aufarbeitung des *bundesrätlichen Notrechtsgebrauchs* im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 5. Februar 2010 betr. Parlamentarische Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBl 2010 1563.

3 Die Notrechtsdebatte fügt sich nahtlos ein in die «ewige» Diskussion über eine Staatsleitungsreform, vgl. hierzu den kürzlich publizierten Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, überwiesen und veröffentlicht von den Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates am 16. und 26. Februar 2010; ferner dazu: «Wer Notrecht ruft, zeigt enorme Schwäche», Streitgespräch, plädoyer 5/09, 8 ff., sowie: «Auf der Suche nach der besten Regierung», plädoyer 6/09, 15 ff.

4 Zuweilen wird der Eindruck vermittelt, zwischen der polizeilichen Generalklausel einerseits und der Notrechtskompetenz des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV andererseits bestehe ein Unterschied (vgl. aus der Lehre etwa Urs Saxer, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 40 f., m.w.H.; Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 185, Rz. 11).

5 Vgl. in diesem Sinne auch Jörg Künzli, Vom Umgang des Rechtsstaats mit Unrechtsregimes, Bern 2008, 211; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 46 Rz. 25 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, volume 1: Les fondements généraux, 2. Aufl., Bern 1994, 217, 254; Rainer J. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 17; Andreas Lienhard/

source: https://doi.org/10.7892/boris.62908 | downloaded: 26.4.2024

Notrecht und Rechtsstaat(sprinzip) stehen augenscheinlich in einem delikaten Spannungsverhältnis. Es ist daher nur sachgerecht, den Beizug der polizeilichen Generalklausel als Gesetzessurrogat an strenge Bedingungen zu knüpfen. Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Praxis müssen kumulativ fünf Voraussetzungen erfüllt sein:[6]

1. Ein *fundamentales Rechtsgut* ist betroffen.
2. Es gilt, eine *schwere und unmittelbare Gefahr* für dieses Rechtsgut abzuwenden.
3. Es ist *zeitliche Dringlichkeit* gegeben.
4. Es stehen für die Gefahrenabwendung *keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen* zur Verfügung.
5. Die Gefahrenlage war für den Gesetzgeber *atypisch und unvorhersehbar*.

Wie an anderer Stelle eingehend ausgeführt,[7] kann die polizeiliche Generalklausel ihre anspruchsvolle Funktion als rechtsstaatliches Notfallinstrument nur erfüllen, wenn die erste Anwendungsvoraussetzung modifiziert und die fünfte ersatzlos gestrichen wird:

– *Nur existentielle Rechtsgüter*: Schutzobjekte der polizeilichen Generalklausel sind fundamentale Rechtsgüter. Dieser Begriff ist dem Ausnahmecharakter der Polizeiklausel gemäss eng zu verstehen; er erfasst nur jene Schutzgüter, die für Private (Leib, Leben, Gesundheit) und den Staat (innerer/äusserer Frieden, äussere Unabhängigkeit) von *existentieller* Bedeutung sind. Die Praxis war in der Vergangenheit in dieser Hinsicht zuweilen etwas lasch;[8] sie sollte sich künftig konsequent an das *restriktive* Begriffsverständnis halten.
– *Auch typische, vorhersehbare Gefahren*: Der Beizug der polizeilichen Generalklausel ist stets gerechtfertigt, wenn eine schwere, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr ein fundamentales Rechtsgut bedroht. In einer solchen «qualifizierten Gefährdungslage» das gefahrenabwehrende Handeln zusätzlich von der Bedingung der Unvorhersehbarkeit der Gefahr abhängig zu machen, bringt die Verantwortlichen, zumal wenn grundrechtliche Schutzpflichten eine Intervention gebieten, in ein Dilemma.[9] Bei konsequenter Anwendung der Unvorhersehbarkeitsregel müssten sie auf eine Intervention verzichten und den Dingen ihren freien Lauf lassen – aus Sicht der Schutzbedürftigen eine unhaltbare Handlungsoption. Die Unvorhersehbarkeit der Gefahr ist daher als Anwendungskriterium *ersatzlos* zu streichen.

Die beiden skizzierten Reformanliegen sind vom (rechtsdogmatischen) Bemühen getragen, die polizeiliche Generalklausel als rechtsstaatliches *und* praktikables Notfallinstrument auszugestalten. Die laufende Notrechtsdiskussion bietet nun Gelegenheit, die beiden Reformansätze im Lichte aktueller Problemkonstellationen erneut auf ihre Praxistauglichkeit hin zu prüfen. Zu diesem Zweck sollen drei Entscheide der jüngeren Rechtsprechung betrachtet werden: der Fall Gsell (II.1), der Fall Hundeeuthanasie (II.2) sowie der Fall UBS-FINMA (II.3).

II. Jüngere Beispiele aus der Rechtsprechung

1. Fall «Gsell»

Das Bundesgericht hatte die Frage zu beurteilen, ob der Journalist Gsell, der über gastronomische Aspekte des World Economic Forums (WEF) 2001 berichten wollte, allein gestützt auf die polizeiliche Generalklausel an der Anreise nach Davos gehindert werden durfte. Streitfrage war unter anderem, ob die Gefahrensituation rund um das WEF für die Behörden (namentlich das Kantonsparlament) vorhersehbar war und sie die notwendigen Massnahmen (z.B. Fernhaltung von Reisenden) rechtzeitig in generell-abstrakter Form hätten erlassen können. Dies dürfe, so das Bundesgericht, nicht leichthin angenommen werden. Die Gefährdung sei nicht voraussehbar oder im Einzelnen in typischer Form erkennbar gewesen.[10] Insbesondere könne «dem Gesetzgeber nicht vorgehalten werden, die schwierige Materie – im Vertrauen auf die polizeiliche General-

Philipp Häsler, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, C Rz. 58, 107.

[6] Zuletzt BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 91 (Zürcher Polizeigesetz); ferner BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 381 (Gsell); 128 I 327 E. 3.2 S. 336 (Bündner Kantonspolizeiverordnung); BGE 126 I 112 E. 4b S. 118 (Zwangsmedikation Bern/Schneiter). Aus der Lehre statt vieler: Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 56 Rz. 6; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 2467 f.; Schweizer (FN 5), Rz. 17. – Die fünfte Voraussetzung findet keine Erwähnung bei: Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionel suisse, volume 1: L'Etat, 2. Aufl., Bern 2006, Rz. 1814; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 36 Rz. 10; Moor (FN 5), 59 f., 337.

[7] Vgl. Müller/Jenni (FN 1), 13 f. Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 5), § 56 Rz. 10; ferner erste Ansätze bei Markus Müller, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, ZBJV 136 (2000), 740.

[8] Vgl. Müller/Jenni (FN 1), 14; ebenfalls kritisch zur Tendenz, die polizeiliche Generalklausel über die vormals klassischen Polizeigüter hinweg zu einem verstärkten Schutz von ideellen Gütern oder von Umweltanliegen einzusetzen, Schweizer (FN 5), Rz. 17; Markus Schefer, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, 62. – Siehe aber: BGE 122 I 22 (Anouk Hasler); ferner aus der jüngeren Literatur Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, 95, die offenbar auch finanztechnische oder organisatorische Beeinträchtigungen wie verschlechterte Studienbedingungen zu den vom Anwendungsbereich der polizeiliche Generalklausel erfassten «besonders hochstehenden Schutzgütern» zählen wollen.

[9] Beispielhaft sei auf BGE 126 I 112 (Zwangsmedikation Bern/Schneiter) verwiesen, wo der Betroffene, das Klinikpersonal und die anderen Patienten vor Verletzungen ihrer physischen Integrität zu schützen waren. Eine vergleichbare Sachlage präsentierte sich dem Bundesverwaltungsgericht im Fall UBS/FINMA (Urteil vom 5. Januar 2010, B-1092/2009), wo die Insolvenzgefahr für die Einleger und Gläubiger der UBS abzuwehren war. Vgl. zu beiden Entscheiden die Ausführungen in Abschnitt II. nachfolgend.

[10] BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 382.

klausel – nicht an die Hand genommen zu haben.»[11] Hingegen sei die Gefährdungslage anlässlich des WEF 2001 als «sehr ernst und gravierend» einzustufen gewesen, weshalb eine eigentliche Notlage vorgelegen habe.[12] Deshalb sei die Fernhaltung des Journalisten gestützt auf die polizeiliche Generalklausel rechtmässig gewesen.

Zu einer völlig anderen Einschätzung gelangte nun aber der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR): Er stellte fest, die damalige Situation sei durchaus vorhersehbar gewesen, weshalb – gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Praxis – die polizeiliche Generalklausel nicht hätte zur Anwendung gelangen dürfen.[13] Damit verlangt der Gerichtshof nicht mehr und nicht weniger, als dass das schweizerische Bundesgericht seine eigene Praxis, konkret: die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit, konsequent anwendet. Dies umso mehr, als das Bundesgericht seinerseits kein bewusstes Abweichen von seiner bisherigen Praxis signalisierte.[14] Mehr lässt sich aus dem Urteil des EGMR nicht herauslesen. Namentlich lässt sich daraus keine substantielle Aussage zur schweizerischen Dogmatik der polizeilichen Generalklausel ableiten;[15] die Erwägungen setzen sich denn auch nur sehr rudimentär mit diesem Rechtsinstitut auseinander.[16] Dagegen ruft der Gerichtshof in Erinnerung, es sei Sache der nationalen Instanzen, das eigene Recht zu interpretieren und anzuwenden.[17] Schliesslich hält sich der EGMR in der Beurteilung der Handhabung landesrechtlich eingeräumter Ermessensspielräume – und um solche geht es im Zusammenhang mit der polizeilichen Generalklausel[18] – generell zurück und beschränkt seine Kognition auf eine Missbrauchskontrolle.[19]

Die Feststellung des Gerichtshofes, die Gefahrensituation rund um das WEF 2001 sei vorhersehbar gewesen, wie auch seine Aufforderung zur konsequenten Anwendung der innerstaatlichen Anwendungsvoraussetzungen der Generalklausel, verdienen an sich ungeteilte Zustimmung.[20] Allerdings zielen die Erwägungen zur Vorhersehbarkeit der Gefahrensituation für den Gesetzgeber am eigentlichen Kernproblem des Falls vorbei. Mit dem Kriterium der Unvorhersehbarkeit beschäftigte sich der Gerichtshof (wohl) nur deshalb, weil auch das Bundesgericht diesen Aspekt ins Zentrum seiner Erörterungen rückte. Das Kernproblem lag vielmehr bei der Frage, ob überhaupt eine schwere, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr für ein fundamentales Rechtsgut, mithin eine «qualifizierte Gefährdungslage», bestand. Die Frage blieb letztlich offen. Der EGMR ging zwar – wie zuvor schon das Bundesgericht – vom Vorliegen einer ernstzunehmenden Gefahrensituation aus,[21] zog dann allerdings in Zweifel, ob sich hieraus die konkrete Fernhaltemassnahme gegen Gsell rechtfertigt. Er stellte nämlich fest,

> «[p]ar ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour être valables, les mesures limitant la liberté de réunion doivent être ciblées, c'est-à-dire être dirigées contre celui qui est à l'origine du trouble ou de la menace grave qui pèse sur l'ordre public […]. Or, dans la présente affaire, les autorités cantonales ont omis de faire une distinction entre les personnes potentiellement violentes et les manifestants pacifiques. Le requérant a donc été victime d'une interdiction imposée de manière générale par la police cantonale à toutes les personnes qui voulaient se rendre à Davos.»[22]

Damit beanstandet der Gerichtshof eigentlich eine Verletzung des *Störerprinzips* und folglich der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Intervention.[23] In erster Linie begründet der Gerichtshof seine Beschwerdegutheissung aber wie erwähnt mit dem Argument der Vorhersehbarkeit der Gefahr für den Gesetzgeber. Die Entscheidrelevanz der Störerproblematik bleibt letztlich unklar.

Nach der Lektüre des Urteils Gsell drängen sich Fragen auf: Wie hätte der EGMR wohl entschieden, wenn statt des vermutungsweise harmlosen Gastronomiejournalisten eine Anzahl gewaltbereiter «Aktivisten» an der Weiterreise nach Davos gehindert worden wäre? Hätte der Gerichtshof auch dann das Vorgehen der Polizei wegen grundsätzlicher Vorhersehbarkeit der Gefährdungslage als menschenrechtsverletzend beurteilt? Zur Beantwortung dieser Fragen liefert das im Jahr 2005 gefällte Urteil «Schneiter gegen Schweiz» zumin-

---

[11] BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 383.

[12] BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 381 f.

[13] Urteil EGMR vom 8. Oktober 2009 (12675/05), Gsell gegen Schweiz, § 59: «Néanmoins, s'agissant du cas d'espèce, elle estime que les circonstances entourant le WEF en 2001 pouvaient être considérées comme un cas prévisible et répétitif au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. »

[14] Vgl. BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 381.

[15] Vgl. aber Markus H.F. Mohler, Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, Jusletter 11. Januar 2010, Rz. 14, wonach die Unvorhersehbarkeit nunmehr als völkerrechtlich unverzichtbares Kriterium stipuliert sei.

[16] Urteil EGMR Gsell gegen Schweiz (FN 13), § 54.

[17] Urteil EGMR Gsell gegen Schweiz (FN 13), § 59: «La Cour rappelle qu'il appartient aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne […].»

[18] Siehe dazu Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 441.

[19] Vgl. in diesem Sinne Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, Kap. 7 Rn. 31; ferner Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Vorbemerkungen zu Art. 8–11, Rz. 13.

[20] Vgl. Markus Müller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, ZBJV 141 (2005), 637. In diesem Sinne auch Rainer J. Schweizer, Zur Nachführung des Legalitätsprinzips, in: Bovay/Nguyen (Hrsg.), Festschrift Pierre Moor, Bern 2005, 524 f.

[21] Das Bundesgericht stufte die Gefahrenlage als «sehr ernst und gravierend» ein (vgl. BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 382); der EGMR stimmte dieser generalisierten Einschätzung zu (vgl. Urteil EGMR Gsell gegen Schweiz [FN 13], § 58).

[22] Urteil EGMR Gsell gegen Schweiz (FN 13), § 60.

[23] Zum Störerprinzip als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgebots vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 6), § 56 Rz. 29; Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 6), Rz. 2488; Mohler (FN 15), Rz. 17: Vom Störerprinzip darf nach herrschender Lehre im Falle eines sog. Polizeinotstandes abgewichen werden.

dest einen Hinweis. Hier macht der EGMR die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel alleine vom *Vorliegen* einer schweren, nicht anders abwendbaren Gefahr, *nicht aber* von deren *Vorhersehbarkeit* für den Gesetzgeber abhängig.[24] Konkret war zu entscheiden, ob die zwangsweise medikamentöse Ruhigstellung eines Psychiatriepatienten allein gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zulässig ist, obgleich Zwangsmedikationen zum Psychiatriealltag gehören und insofern ohne Weiteres vorhersehbar sind. Aus diesem Grund bezeichnete bereits das Bundesgericht die Anwendung der polizeilichen Generalklausel als «heikel».[25] Aufgrund der «besonderen Umstände dieser Angelegenheit», wozu namentlich die vom Betroffenen ausgehende Selbst- und Drittgefährdung von Leib und Leben gehörten, erachtete das Bundesgericht die Zwangsmedikation dennoch als zulässig.[26] Der EGMR schützte diesen Entscheid[27] und setzte sich – wie nun auch im Fall Gsell – nicht näher mit der schweizerischen Dogmatik zur polizeilichen Generalklausel auseinander. Vielmehr beschränkte der Gerichtshof seine Prüfung auf die vom Bundesgericht ins Zentrum gerückten Entscheiderwägungen.

Der EGMR wies im Urteil Gsell auf den grundlegenden Unterschied zum Fall Schneiter hin.[28] Dem ist in Bezug auf das Vorliegen einer «qualifizierten» *Gefährdungslage* wohl beizupflichten: Im Fall Schneiter wurde diese bejaht und genügte (praxiswidrig) als Rechtfertigung für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel. Im Fall Gsell blieb diese Frage ungeklärt. Zwar wurde eine generelle Gefährdungssituation anerkannt, offen blieb aber letztlich, ob die Gefahr (namentlich auch soweit sie vom Journalisten Gsell ausging) hinreichend «qualifiziert» war. Was hingegen die *Unvorhersehbarkeit* der Gefahr angeht, unterscheiden sich die beiden Fälle nicht voneinander: Dieses Anwendungskriterium war nicht erfüllt, was der EGMR im Fall Gsell explizit, im Fall Schneiter implizit festgestellt hat. Dies hätte eigentlich in beiden Fällen zum gleichen Ergebnis führen müssen, nämlich zur Nichtanwendung der polizeilichen Generalklausel. Bekanntlich wurde aber im Fall Schneiter anders entschieden. Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit spielte angesichts der qualifizierten Gefahrenlage offensichtlich keine Rolle mehr – zu Recht.

2. Fall «Hundeeuthanasie»

Im vorigen Jahr hatte das Bundesgericht über die Rechtmässigkeit der Einschläferung (Euthanasie) eines aggressiven Hundes zu entscheiden, der eine Velofahrerin gebissen hatte.[29] Der Polizei gelang es nur mit Mühe, das Tier zu bändigen und ins Tierheim zu bringen. Weil der Hund für die Öffentlichkeit sowie das Heimpersonal eine Gefahr für Leib und Leben darstellte, ordnete die zuständige Behörde die sofortige Tötung des Tieres an. Eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlte allerdings. Dies obgleich die Problematik gefährlicher Hunde und die sich daraus ergebende Notwendigkeit von Schutzmassnahmen (wie z.B. die Euthanasie) für den Gesetzgeber *vorhersehbar* gewesen wäre. Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis hätte sich deshalb die Tötung des Tieres nicht mit der polizeilichen Generalklausel legitimieren lassen. Es fehlte nämlich an der «fünften» Anwendungsvoraussetzung der Unvorhersehbarkeit der Gefahr. Das Gericht kam hier jedoch explizit zum Schluss, dass das Unvorhersehbarkeitskriterium «nicht sachgerecht» sei, soweit die Massnahme zur Abwehr von Gefahren für Leib und Leben diene. Es führte weiter aus,

> «[e]in Untätigsein des Gesetzgebers darf – wie vorliegendenfalls – dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil gereichen, zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen [...].»[30]

Ob dieses Urteil bereits eine eigentliche Praxisänderung i.S. von Art. 23 BGG eingeleitet hat,[31] wird die Zukunft weisen – das Urteil wurde jedenfalls nicht in die Amtliche Sammlung aufgenommen. Die Stossrichtung erscheint nach hier vertretener Ansicht aber richtig;[32] der Entscheid rückt die ausschlaggebende Frage ins Zentrum: Ist ein fundamentales Rechtsgut in dermassen intensiver Weise bedroht, dass sofortiges Handeln unabdingbar erscheint?[33] Oder mit den Worten des Verfassungsgebers: Liegt eine «ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr» vor (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV)? Ist diese Frage zu bejahen, kann und darf die Vorhersehbarkeit der Gefahr für den Gesetzgeber – wie nun auch vom Bundesgericht unmissverständlich festgestellt – keine tragende Rolle mehr spielen.

3. Fall «UBS-FINMA»

Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über die Rechtmässigkeit der Herausgabe von Kundendaten durch die UBS (bzw. die FINMA) an die US-amerikanischen Behörden[34] ist ein weiteres Beispiel dafür, dass das Kriterium der Unvorhersehbarkeit für die Beurtei-

[24] Urteil EGMR vom 31. März 2005 (63062/00), Schneiter gegen Schweiz, VPB 69.129.
[25] BGE 126 I 112 E. 4c S. 118.
[26] BGE 126 I 112 E. 4c S. 118 f.
[27] Urteil EGMR Schneiter gegen Schweiz (FN 24), E. B.2.
[28] Urteil EGMR Gsell gegen Schweiz (FN 13), § 57.
[29] Urteil des Bundesgerichts vom 30. November 2009 (2C_166/2009), Hundeeuthanasie.
[30] Urteil BGer Hundeeuthanasie (FN 29), E. 2.3.2.1.
[31] So Mohler (FN 15), Rz. 22.
[32] Vgl. auch Müller/Jenni (FN 1), 17; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 6), § 56 Rz. 8 ff.; Kiener/Kälin (FN 8), 95 f. – Kritisch dagegen Mohler (FN 15), Rz. 22, unter Hinweis auf BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 91 (Zürcher Polizeigesetz). Das Gericht wiederholt in Erwägung 3.1 die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel nach bisheriger Rechtsprechung, allerdings ohne sich mit der dogmatischen Begründetheit der einzelnen Elemente näher auseinanderzusetzen.
[33] Die Frage, ob im vorliegenden Fall die sofortige Tötung des Hundes tatsächlich die einzig taugliche Lösung darstellte, wäre gesondert zu prüfen; vgl. hierzu Mohler (FN 15), Rz. 23.
[34] Urteil BVerwG vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), UBS/FINMA.

lung der Zulässigkeit einer Notmassnahme nicht hilfreich ist. Dem Fall liegt folgende Vorgeschichte zugrunde:

Im Februar 2009 verfügte die FINMA die Herausgabe von Bankkundendaten an die US-amerikanischen Behörden, nachdem diese ihre bereits seit längerem bekannten Drohungen intensiviert hatten, andernfalls ein Strafverfahren gegen die Grossbank UBS zu eröffnen. Ein solches Strafverfahren hätte nach Ansicht der FINMA zu ernsthaften Liquiditätsproblemen der Bank, mithin zu einer «notstandsähnlichen Situation» geführt.[35] Der Bruch mit dem Bankkundengeheimnis erschien der FINMA daher als einzige taugliche Massnahme, um unabsehbaren Schaden für das Land abzuwehren. Sie stützte sich dabei auf die generalklauselartig gehaltenen Art. 25 und Art. 26 BankG,[36] denen zufolge die FINMA zur Anordnung von Schutzmassnahmen befugt ist, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts fehlte der FINMA jedoch für die Datenherausgabe eine hinreichende Rechtsgrundlage. Weder die offen gehaltenen Vorschriften des Bankengesetzes,[37] noch die verfassungsrechtliche Notrechtskompetenz des Bundesrates (Art. 184 Abs. 3, Art. 185 Abs. 3 BV)[38] böten eine taugliche Grundlage. Schliesslich prüfte das Gericht noch die *polizeiliche Generalklausel* nach Art. 36 Abs. 1 BV als mögliche Handlungsgrundlage, verneinte dies allerdings mit der Begründung, die geltend gemachte Gefahrenlage sei voraussehbar gewesen.[39]

Es kann vorliegend nicht darum gehen, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts eingehend zu kommentieren. Das Augenmerk soll lediglich auf den Umgang mit den beiden interessierenden Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel gelegt werden: die Gefährdung eines «fundamentalen Rechtsgutes» und die «Unvorhersehbarkeit der Notlage». Das Bundesverwaltungsgericht hat das Vorliegen einer schweren, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein fundamentales Rechtsgut gar nicht erst geprüft.[40] Stattdessen richtete es den Fokus direkt auf die Frage der Vorhersehbarkeit der Gefahr, um sich dann – diese bejahend – die Prüfung der übrigen Anwendungsvoraussetzungen zu sparen.

An der *Kernfrage*, ob eine qualifizierte Gefahrenlage besteht, führt jedoch kein Weg vorbei, soll notrechtliches Handeln dogmatisch überzeugend begründet werden. Denn diese Voraussetzung ist Grund *und* Rechtfertigung für notrechtliches Handeln überhaupt; das Vorliegen einer solchen Gefahr ist daher zwingend zu klären. Hätte das Gericht eine solche existentielle Gefährdung für den Wirtschaftsplatz Schweiz bejaht, wäre es ihm wohl «schwer gefallen» das (möglicherweise) «rettende» Handeln der FINMA wegen Vorhersehbarkeit der Gefahr als unrechtmässig zu tadeln. Einmal mehr lässt sich auch an diesem Fall zeigen, dass dem Kriterium der Unvorhersehbarkeit die praktische Tauglichkeit abgeht. Es ist daher dringend aus der Dogmatik zur polizeilichen Generalklausel zu eliminieren.

Das Bundesverwaltungsgericht signalisiert denn auch zu Recht die Bereitschaft, dieses Kriterium für spezifische «Extremsituationen» aufzugeben.[41] Das Gericht geht hier allerdings von einem zu engen Begriff der «Extremsituation» aus. Eine solche liegt nicht erst vor, wenn Menschenleben in schwerwiegender und unmittelbarer Weise bedroht sind. Es genügt bereits, dass ein fundamentales (sprich: existentielles) individuelles oder kollektives Rechtsgut – im Sinne der ersten Anwendungsvoraussetzung der Polizeiklausel[42] – einer solchen Gefahr ausgesetzt ist. In einer solcherart qualifizierten Gefährdungslage kann es für die Rechtsmässigkeit einer Schutzmassnahme nicht mehr entscheidend sein, ob der Gesetzgeber die Gefahr vorgängig erkennen konnte. Anders zu entscheiden würde bedeuten, von der staatlichen Behörde zu verlangen, der Verwirklichung einer schweren, voraussehbaren Gefahr tatenlos zuzusehen und gleichsam «in rechtsstaatlicher Schönheit» unterzugehen.

4. Würdigung

Die drei Urteile veranschaulichen die eingangs diagnostizierten dogmatischen Schwächen der polizeilichen Generalklausel: Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit wurde in den beiden Fällen *Gsell* und *UBS/FINMA* vom EGMR bzw. Bundesverwaltungsgericht getreu der tradierten bundesgerichtlichen Praxis zur Anwendung gebracht und diente schliesslich dazu, dem notrechtlichen Handeln die Rechtfertigung zu versagen. Genaueres Hinschauen zeigt allerdings, dass es im Kern um etwas anderes ging – um die Frage nämlich, ob überhaupt eine «qualifizierte Gefährdungslage» gegeben war. Die Beantwortung dieser Frage verlangt jedoch nach einer Würdigung der konkreten Gefahrensituation. Die Gerichte tendieren offenbar dazu, dieser Prüfung nach Möglichkeit auszuweichen und stattdessen ihre Urteile auf das leichter formbare Argument der Unvorhersehbarkeit abzustellen.[43]

[35] Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34), S. 14.

[36] Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz; SR 952.0).

[37] Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34), E. 6.4 S. 37 ff.

[38] Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34), E. 8.3 S. 45 ff.

[39] Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34), E. 12.1 S. 52 f. – Wenn das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsmässigkeit des Handelns der FINMA sowohl nach Art. 185 BV als separat auch noch nach Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV prüft, verkennt es, dass es sich hierbei im Grunde nicht um unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen, sondern stets um ein und dieselbe (positivierte) polizeiliche Generalklausel handelt; vgl. dazu vorne Abschnitt I.

[40] Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34), E. 12.2 S. 53; ferner E. 8.1 S. 42 bzw. E. 8.2.2 S. 45.

[41] Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34), E. 12.1 S. 52 f.

[42] Vgl. Müller/Jenni (FN 1), 14; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 6), § 56 Rz. 10.

[43] So beispielsweise in BGE 121 I 22 (Anouk Hasler, numerus clausus Zürich); Gsell (BGE 130 I 369); Urteil BVerwG UBS/FINMA (FN 34).

	Qualifizierte Gefährdungslage	Vorhersehbarkeit der Gefährdungslage	Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel
Fall Schneiter (BGE 126 I 112)	Ja	Ja	Ja
Fall Schneiter gegen Schweiz (EGMR)	Ja	nicht erwogen	Ja
Fall Gsell (BGE 130 I 369)	Ja	Nein	Ja
Fall Gsell gegen Schweiz (EGMR)	Ja/Nein	Ja	Nein
Fall Hundeeuthanasie (BGer)	Ja	Ja (aber unbeachtlich)	Ja
Fall UBS-FINMA (BVerwG)	offen gelassen	Ja	Nein

Dass dieses Kriterium im Kontext der polizeilichen Generalklausel keine praktische Relevanz haben kann und darf, belegen jene Fälle, in denen die «qualifizierte Gefährdungslage» ausser Zweifel steht (z.B. Fall Schneiter gegen Schweiz). Hier neigen Gerichte dazu, grosszügig und kommentarlos über das Kriterium der (oft gegebenen) Vorhersehbarkeit hinwegzusehen und die Anwendung der polizeilichen Generalklausel etwa mit dem pragmatischen Verweis auf die «besonderen Umstände» des Einzelfalls zu rechtfertigen. Das führt zwar im Ergebnis oft zu richtigen Urteilen. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit ist aber wünschbar, dass die aus berechtigten Bedürfnissen der Praxis hergeleiteten Erkenntnisse auch in der Dogmatik ihren Niederschlag finden, was abermals dafür spricht, die Unvorhersehbarkeit als Anwendungskriterium zu eliminieren. In diesem Punkt scheint sich nun tatsächlich etwas zu bewegen. Erstmals hat das Bundesgericht im *Hundeeuthanasiefall* die Unvorhersehbarkeit explizit als «nicht sachgerechtes» Kriterium bezeichnet.

Die vorstehend geschilderten Fallbeispiele lassen sich tabellarisch wie folgt zusammenfassen. (Siehe oben)

III. Ergänzende rechtsstaatliche Sicherungen

1. Das Problem: Unvermeidbare Fehleinsätze von Notrecht

Der Einsatz von Notrecht ist im Rechtsstaat zugegebenermassen ein Übel – ein notwendiges allerdings. Es wird nie gelingen, für jedwedes *notwendige* staatliche Handeln eine dem Legalitätsprinzip konforme Handlungsgrundlage bereit zu stellen. Klar ist jedoch, dass es «echte Notsituationen» gibt, in denen zum Schutze fundamentaler Rechtsgüter staatliches Handeln nicht unterbleiben darf.

Dazu braucht die Behörde weder eine gesetzliche Ermächtigung, noch muss die Notsituation für sie unvorhersehbar gewesen sein. Ein leichtfertiger, überbordender Einsatz des Notrechts ist selbstverständlich zu verhindern. Rechtsstaatliche Sicherungsfunktionen haben zunächst die von Lehre und Praxis entwickelten und ständig (im dargelegten Sinne) weiter entwickelten Anwendungsvoraussetzungen. Die richtige Anwendung im Einzelfall ist allerdings schwierig, bedingt sie doch heikle Einschätzungen und Prognosen: Nach welchen Kriterien lassen sich der Schweregrad bzw. die Unmittelbarkeit der Gefahr und der fundamentale Charakter eines Rechtsgutes bemessen? Alles diffizile, unbestimmte Begriffe, die sich *ex ante* oft nur schwer und auch *ex post* kaum je eindeutig bestimmen lassen. Fehleinschätzungen und in der Folge Fehleinsätze der polizeilichen Generalklausel lassen sich daher nie gänzlich vermeiden. Das liegt in der Natur der Sache. Notrecht ist ohne Vertrauensvorschuss in die Verantwortungsträger von Staat und Verwaltung nicht denkbar. Trotzdem: Die Zahl fehlerhafter Einsätze von Notrecht ist möglichst tief zu halten und die Auswirkungen eines Fehleinsatzes sind einzuschränken. Zu diesem Zweck müssen ergänzend rechtsstaatliche Sicherungen vorgesehen werden. Diese bestehen darin, den Einsatz von Notrecht an eine *doppelte Verpflichtung* zu knüpfen: An die Pflicht zur nachträglichen Analyse des Notrechtseinsatzes (Ziff. 2) und an die Pflicht zur Lückenfüllung (Ziff. 3).

2. Pflicht zur nachträglichen Analyse

Der Einsatz von Notrecht ist eine Ausnahme und soll eine Ausnahme bleiben. Der Staat soll nicht zweimal in Folge in einer vergleichbaren Situation zu notrechtlichem Handeln Zuflucht nehmen. Dies lässt sich nur vermeiden, wenn jeder Einsatz von Notrecht *nachträglich* eingehend analysiert wird und daraus die richtigen *Lehren* für die Zukunft gezogen werden.[44] Im Einzelnen

[44] In diesem Sinn Giovanni Biaggini, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht. Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 1/2010, 1 ff., 31; Markus H.F. Mohler, Vernetzung von Sicherheit, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, J Rz. 64 ff. – In eine ähnliche

ist von der notrechtlich handelnden Behörde zu verlangen, dass sie in einem Akt der Selbstreflexion und Selbstkontrolle ex post nochmals kritisch prüft, ob für ihr «Nothandeln» die einzelnen *Anwendungsvoraussetzungen* der polizeilichen Generalklausel tatsächlich erfüllt waren. Dabei wird wie erwähnt die Frage nach der «qualifizierten Gefährdungslage» im Zentrum stehen. Aus der Rückschau, eventuell aufgrund eines zwischenzeitlich verbesserten Wissenstandes, lässt sich diese Frage häufig besser beantworten. Freilich nicht immer; vielfach bleiben Zweifel bestehen. So ist beispielsweise für die eingangs erwähnten nationalen Krisen-Fälle[45] unter Fachleuten noch heute umstritten, ob die konkrete Konstellation ein notrechtliches Handeln gerechtfertigt hat. Selbst wenn die nachträgliche Fall-Analyse nicht zu eindeutigen Antworten führt, liefert sie stets Anschauungsmaterial, das der Weiterentwicklung und Verfeinerung der Anwendungspraxis dient.

Die Fall-Analyse ist in Form eines *Berichts* (enthaltend: sachverhaltliche und rechtliche Darstellung des Vorfalls, Würdigung und Anträge) der jeweiligen Aufsichtsbehörde zu überweisen.[46] Damit soll ein Zweifaches erreicht werden: Zum einen zeitigt diese analytische Nachbearbeitung einen disziplinierenden Effekt, schafft Transparenz und stärkt dadurch das Vertrauen der Bevölkerung in das staatliche Handeln.[47] Zum anderen wird durch die Berichterstattung die Aufsichtsbehörde in die Lage versetzt, die notwendigen Vorkehren zu treffen,[48] um eine wiederholte «Flucht» ins Notrecht zu verhindern. Dazu gehört insbesondere, die offenkundig gewordene Lücke in der Gesetzgebung möglichst rasch zu füllen bzw. das entsprechende Verfahren einzuleiten.

3. Pflicht zur Lückenfüllung

Das Handeln gestützt auf die polizeiliche Generalklausel muss wegen der Lückenhaftigkeit des positiven Rechts zulässig sein; es darf aber nicht folgenlos bleiben. Neben der behördlichen Pflicht, den Vorfall nachträglich zu analysieren, muss notrechtliches Handeln zusätzlich auf normativer Ebene Konsequenzen haben. Kann die Legislative sich jederzeit darauf verlassen, dass die Verwaltung im Notfall auch ohne gesetzliche Grundlage handeln darf, entsteht rasch die Gefahr, dass die polizeiliche Generalklausel zum «Ruhekissen für einen trägen Gesetzgeber»[49] wird: Statt delikate Interessengewichtungen im politischen Prozess vorzunehmen, würde die Steuerungsverantwortung an Regierung, Verwaltung und Justiz abgeschoben. Die Rechtssetzung könnte sich dann auf ein eigentliches Schönwetterprogramm beschränken und stürmischen Zeiten ruhig entgegensehen. Um dieser Gefahr zu begegnen und den Gesetzgeber zu *disziplinieren,* haben Lehre und Rechtssprechung das Kriterium der Unvorhersehbarkeit entwickelt. Leider, so muss man sagen, verfehlt es seine *beabsichtigte* Wirkung. Dies belegen zahlreiche Fälle aus der jüngeren Vergangenheit: Weder die Zwangsmedikation in der Psychiatrie, noch die Fernhaltung von sicherheitsgefährdenden Personen vom WEF wurden vom Gesetzgeber *zeitgerecht* an die Hand genommen – sei es aus politischem Unwillen oder fehlendem Bewusstsein um die Regelungsnotwendigkeit.

Ein besonders «schönes» Anschauungsbeispiel lieferte jüngst das Verhalten des Bundesparlaments im Zusammenhang mit der nach Ansicht des Bundesrates notwendigen Revision des Güterkontrollgesetzes:[50] Weil seit dessen Inkrafttreten in elf Fällen grössere Bedenken im Zusammenhang mit der Ausfuhr von Rüstungs- oder Dual-use-Gütern bestanden, ohne dass eine gesetzliche Handhabe gegen den Export bestand,[51] wollte der Bundesrat die Ablehnungskriterien im Güterkontrollgesetz verschärfen. Neu sollte der Export von Gütern verweigert werden können, wenn wesentliche Interessen der Schweiz auf dem Spiel stehen. In der parlamentarischen Debatte wurde dagegen (u.a.) vorgebracht, die Präzisierung sei nicht nötig, denn der Bundesrat könne bei Gefährdung der Landesinteressen auch gestützt auf die Notrechtskompetenz von Art. 184/185 BV fallweise den Export verweigern.[52] Diese Begründung erstaunt angesichts der heftigen Kritik,[53] welche dasselbe Parlament praktisch zeitgleich am zuweilen extensiven Notrechtsgebrauch des Bundesrates übte.

Das Beispiel zeigt *zweierlei*: Zum einen ist die Gefahr des Abschiebens der Regelungsverantwortung auf dem «Buckel» der polizeilichen Generalklausel real. Zum anderen eignet sich das Kriterium der Unvorhersehbarkeit nicht, um den Gesetzgeber zu disziplinieren. Vielmehr zeigt es unwillkommene Nebenwirkungen: Wür-

Richtung zielt der Vorschlag im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (FN 2), 16.

45 Vgl. FN 2.

46 Ähnlich Biaggini (FN 44), 31. – Steht notrechtliches Handeln einer Exekutive in Frage, richtet sich der Bericht somit an das Parlament (für den Bund vgl. Art. 169 Abs. 1 BV). Sieht sich eine untergeordnete Verwaltungseinheit (z.B. ein Veterinäramt) mit einem Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel konfrontiert, ist die vorgesetzte Stelle über die Ausserkraftsetzung des Gesetzmässigkeitsprinzips zu informieren.

47 Zur letztgenannten Funktion der (parlamentarischen) Oberaufsicht vgl. Tschannen (FN 5), § 35 Rz. 7.

48 Im Fall der Berichterstattung der Regierung an das Parlament steht sowohl die «Oberkontrolle» über die fremde Amtsführung wie auch die Wahrnehmung der gemeinsamen Verantwortung im Vordergrund. Zur doppelten Natur der parlamentarischen Oberaufsicht vgl. Regina Kiener, Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen, Bern 1994, 223 f.; ferner Tschannen (FN 5), § 35 N 7.

49 Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, 201.

50 Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG, SR 946.202); siehe zur Problematik insbesondere Künzli (FN 5), 249 ff.

51 Vgl. Botschaft zur Änderung des Güterkontrollgesetzes vom 20. Mai 2009, BBl 2009 4317, 4329.

52 Vgl. die Voten NR Büchler, Haller Vannini, Eichenberger-Walther, AB 2010 N 5 ff., sowie das Votum SR Althaus, AB 2009 S 862.

53 Vgl. Votum BR Leuthard, AB 2010 N 8.

de das Kriterium konsequent angewandt, so wäre in allen zukünftigen Exportfällen, welche gegen Landesinteressen verstossen, das Ausweichen auf die Notrechtskompetenz von Art. 184/185 BV gerade ausgeschlossen.

Die polizeiliche Generalklausel ist ein Instrument zur Bewältigung von qualifizierten Not- und Krisensituationen. Ihr Zweck ist damit eng und beschränkt. Die polizeiliche Generalklausel lässt sich nicht zusätzlich auf *disziplinarische* und *erzieherische* Zwecke hin programmieren. Notfallbehebung und Disziplinierung (des Gesetzgebers) lassen sich nicht kombinieren, ohne dass daraus unverantwortliche Situationen entstehen. Man stelle sich vor: Ein Notfallarzt verweigert einem nach Luft ringenden, an schwerer Atemnot leidenden Patienten das Atemgerät mit der Begründung, als Kettenraucher und Sportverweigerer habe er eine pathologische Veränderung seiner Lungenfunktion voraussehen und vermeiden können. Ähnlich verhält es sich dort, wo eine staatliche Stelle gegen eine schwere Gefährdung fundamentaler Rechtsgüter nichts vorkehren darf, weil der Gesetzgeber die Gefährdung hätte vorhersehen und entsprechend regeln können. Die Kombination von Disziplinierung und Notfallbehebung führt in diesen Konstellationen zu einem Vorrang der Disziplinierung und verunmöglicht dadurch die Verwirklichung des Hauptzweckes des Institutes der polizeilichen Generalklausel.

Will man den «nachlässigen» Gesetzgeber disziplinieren, sind hierfür andere Wege zu finden: Wo Notrecht «nötig» wird, besteht die ernsthafte Vermutung, dass eine Regelungslücke besteht. Vermag die nachträgliche Analyse dies zu bestätigen, muss diese Lücke unverzüglich gefüllt werden, und zwar durch den hierfür zuständigen Gesetzgeber. Mit anderen Worten: Das Ziehen der Notbremse sollte automatisch den Gesetzgebungsprozess auslösen. Dies hätte (möglicherweise) eine disziplinierende Wirkung auf den Gesetzgeber. Zu unterscheiden ist zwischen Verordnungs- und Verfügungshandeln:

– Der Prozess der Überführung von verfassungsunmittelbaren Verordnungen des Bundesrates in die ordentliche Gesetzgebung ist insofern vorgespurt, als dass Art. 185 Abs. 3 BV die Befristung solcher *«Polizeinotverordnungen»* vorschreibt.[54] Allerdings zeigt die Erfahrung, dass die Überführung ins ordentliche Recht nicht stets mit der gebotenen Dringlichkeit an die Hand genommen wurde, weshalb es angebracht erscheint, eine verbindliche zeitliche Vorgabe festzulegen.[55]
– Für *«Polizeinotverfügungen»* sieht das geltende Recht keinen analogen «Legalisierungsmechanismus» vor. Die zur Zeit diskutierte Idee, wonach der Bundesrat verpflichtet werden soll, *vor dem Erlass* einer Notverfügung eine neu zu schaffende parlamentarische «Delegation für ausserordentliche Lagen» zu konsultieren oder zumindest zu informieren,[56] ist abzulehnen. Dies würde zu einer unerwünschten Vermischung (und damit Verwischung) der Verantwortlichkeiten zwischen Regierung und Parlament führen.[57] Erfolgsversprechender erscheint dagegen die *nachträgliche (periodische) Berichterstattung* an den Gesetzgeber.[58] Damit liesse sich die notwendige Transparenz über den einzelfallweisen Notrechtsgebrauch herstellen, welcher gerade bei Verfügungshandeln und mit Blick auf das Prinzip der Parteiöffentlichkeit im Verwaltungsverfahren andernfalls ausbleibt.

Selbstverständlich beschränkt sich das Gesagte nicht auf den bundesrätlichen Notrechtskompetenzgebrauch im Rahmen von Art. 185 Abs. 3 BV. Es gilt gleichermassen für jede föderale Stufe und jeden Verwaltungskontext, also auch, wenn ein kantonales Veterinäramt einen Hund notrechtlich einschläfert oder wenn der Chefarzt einer psychiatrischen Klinik ohne gesetzliche Grundlage eine Zwangsmedikation anordnet. Stets müsste sich daran ein Prozess der Analyse, Berichterstattung und gegebenenfalls der Gesetzesanpassung anschliessen.[59] Diese Nachbearbeitung muss in den Parlamentserlassen des Bundes und der Kantone verfahrensrechtlich festgeschrieben werden. So lässt sich die ursprüngliche Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips sowie die Kompetenzüberschreitung der Verwaltung nachträglich heilen oder wenigstens lindern.

IV. Ergebnis

Die Analyse der jüngeren Rechtsprechung bestätigt die bereits früher diagnostizierten Mängel in der Dogmatik zur polizeilichen Generalklausel. So wurde abermals deutlich, dass es für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel vor allem auf das Vorliegen einer qualifizierten Gefährdungslage ankommt, die «Unvorhersehbarkeit der Gefahr» aber keine praktische Rolle spielen kann und darf. Wieso?

– Die polizeiliche Generalklausel ist ein *Notfallinstrument:* Ihr einziger Zweck ist es, dem Staat die Abwehr

[54] Biaggini (FN 44), 30.

[55] Vgl. hierzu den Bericht der Staatspolitischen Kommission NR (FN 2), 16. Danach ist in der Gesetzgebung vorzusehen, dass Polizeinotverordnungen, die sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützen, ausser Kraft treten, wenn der Bundesrat der Bundesversammlung nicht innert sechs Monaten den Entwurf der nötigen gesetzlichen Grundlage für die Verordnung unterbreitet. Der Bundesrat, welcher die vorgeschlagene Befristung grundsätzlich begrüsst, schlägt dagegen eine zwölfmonatige Frist vor, vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010 zum Bericht vom 5. Februar 2010 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBl 2010 2803 ff.

[56] Vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission NR (FN 2), 16.

[57] Vgl. ebenso Biaggini (FN 44), 30 f.

[58] Der Bundesrat unterstützt den Vorschlag zur Einführung einer nachträglichen Informationspflicht, währenddessen er die vorgängige Konsultationspflicht ablehnt, vgl. Stellungnahme Bundesrat (FN 55), 2808.

[59] So geschehen im Kanton Bern im Nachgang an das Urteil EGMR Schneiter gegen Schweiz (FN 24), vgl. Art. 41–41e GesG (BSG 811.01; Fassung vom 6.2.2001).

einer schweren, unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für *existentielle* Rechtsgüter zu ermöglichen, auch wenn ihm hierfür die gesetzliche Grundlage fehlt. Liegt diese qualifizierte Gefährdungslage – diese echte Not- und Krisensituation – nach Einschätzung der verantwortlichen Stelle aber vor, muss diese auch (rechtmässig) handeln können.

– Die polizeiliche Generalklausel ist kein *Disziplinierungsinstrument*: Sie eignet sich nachweislich nicht dazu, den Gesetzgeber rechtzeitig zur Regelung «gefahrenträchtiger» Situationen zu «erziehen». Das erst in jüngerer Zeit eingeführte, demokratiepolitisch motivierte Unvorhersehbarkeitskriterium erweist sich nicht nur als praktisch untauglich, sondern – wird es ernst genommen – gar als unverantwortlich.
– Notfallinstrument und Diszplinierungsinstrument lassen sich nicht kombinieren. Ihre Zielrichtung ist zu unterschiedlich. Das berechtigte Anliegen, ein Ausufern von notrechtlichem Handeln zu vermeiden, muss auf anderen Wegen verfolgt werden. Konkret über den Einbau *kompensatorischer rechtsstaatlicher Sicherungen*. Diese bestehen in einer *doppelten* Verpflichtung: Zum einen die Pflicht der handelnden Behörde, den Einsatz von Notrecht nachträglich zu analysieren und darüber der Aufsichtsbehörde Bericht zu erstatten. Zum andern die Pflicht des Gesetzgebers, die zutage getretene Regelungslücke zu schliessen.