



David Rechsteiner*

Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Bei der polizeilichen Generalklausel und dem Notverordnungsrecht des Bundesrates (Art. 185 Abs. 3 BV) handelt es sich um zwei verwandte Institute. Beide stellen in Fällen von zeitlicher Dringlichkeit und bei schwerer, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr für fundamentale Rechtsgüter eine gesetzliche Ersatzgrundlage dar. Wichtige Unterschiede bestehen jedoch bezüglich des Umfangs der geschützten Rechtsgüter, der Gesetzesbindung, der Ablösung sowie der gerichtlichen Überprüfbarkeit.

La clause générale de police et le droit du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances de nécessité (art. 185 al. 3 Cst.) sont deux institutions proches. Les deux constituent une base légale de remplacement en cas d'urgence et de danger sérieux, imminent, qui ne peut être détourné autrement et qui menace les biens juridiques essentiels. Les différences principales portent sur l'étendue des biens juridiques protégés, le lien avec la loi, le remplacement de ces mesures ainsi que le contrôle judiciaire.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Die polizeiliche Generalklausel
 - 1. Rechtsgrundlage
 - 2. Anwendungsvoraussetzungen
 - 2.1 Gefährdung eines fundamentalen Rechtsgutes
 - 2.2 Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr
 - 2.3 Zeitliche Dringlichkeit
 - 2.4 Subsidiarität
 - 2.5 Verhältnismässigkeit
 - 2.6 Zuständigkeit
 - 3. Verfahren
 - 4. Wirkung
 - 4.1 Verfügungs- und Verordnungskompetenz
 - 4.2 Rechtsbindung
- III. Das Notverordnungsrecht des Bundesrates
 - 1. Anwendungsvoraussetzungen
 - 1.1 Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit
 - 1.2 Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr
 - 1.3 Zeitliche Dringlichkeit
 - 1.4 Subsidiarität
 - 1.5 Verhältnismässigkeit
 - 2. Verfahren
 - 2.1 Erlass durch den Bundesrat
 - 2.2 Übernahme durch die Bundesversammlung
 - 2.3 Ausser Kraft treten
 - 2.4 Gerichtliche Überprüfung
 - 3. Wirkung
 - 3.1 Ordnungs- und Verfügungskompetenz
 - 3.2 Rechtsbindung
- IV. Gegenüberstellung
 - 1. Anwendungsvoraussetzungen
 - 1.1 Geschützte Rechtsgüter
 - 1.2 Zuständigkeit

- 1.3 Unvorhersehbarkeit
 - 1.4 Weitere Anwendungsvoraussetzungen
- 2. Verfahren
 - 2.1 Delegationsverbot
 - 2.2 Erlassverfahren
 - 2.3 Ablösung/Beendigung
 - 2.4 Gerichtliche Überprüfung
- 3. Wirkung
 - 3.1 Ordnungs- und Verfügungskompetenz
 - 3.2 Rechtsbindung
- V. Fazit

I. Einleitung¹

Sowohl die polizeiliche Generalklausel als auch das Notverordnungsrecht des Bundesrates erlauben ein Handeln trotz ansonsten fehlender gesetzlicher Grundlage. Beide Institute können zum Notrecht im weiteren Sinne gezählt werden.² Aufgrund ihrer Ähnlichkeit wird das Notverordnungsrecht teilweise als Normie-

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Lehrbeauftragter für Selbststudium Privatrecht und Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen.

¹ Die vorliegenden Ausführungen basieren auf Teilen meiner Dissertation: DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. St. Gallen 2016.

² So BGE 137 II 431 E. 3.3.1 (444); BVGer Urteil vom 5. Januar 2010, B-1092/2009 E. 8.2.1; sowie bereits im Titel REGINA KIENER, Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 459–473; MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Notrecht ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2/2010, 101–109. Zur unterschiedlichen Verwendung des Begriffs «Notrecht» siehe ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 34 ff.

rung³ bzw. Anwendungsfall⁴ der polizeilichen Generalklausel bezeichnet, oder auch als *lex specialis* dazu.⁵

Was es mit der Ähnlichkeit beider Institute im Einzelnen auf sich hat, wird nachfolgend erörtert. Dazu werden die Anwendungsvoraussetzungen, das Verfahren und die Wirkung beider Institute separat dargestellt, um anschliessend die Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzuzeigen.

II. Die polizeiliche Generalklausel

Die polizeiliche Generalklausel wird, auch ausserhalb von Grundrechtseinschränkungen, als Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage angesehen.⁶ Teile der Lehre präzisieren zu Recht, dass im Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel diese selbst die gesetzliche Grundlage darstellt, weswegen es sich nicht um eine Ausnahme, sondern um eine unbestimmt formulierte gesetzliche bzw. verfassungsrechtliche Ersatzgrundlage handelt.⁷

1. Rechtsgrundlage

In vielen kantonalen Polizeigesetzen ist die polizeiliche Generalklausel positivrechtlich verankert.⁸ Daneben gilt sie auch als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz.⁹ Im Bereich der Grundrechte nehmen Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV¹⁰ sowie entsprechende Normen der Kantons-

verfassungen¹¹ auf die polizeiliche Generalklausel Bezug. Dabei handelt es sich aber nicht um die polizeiliche Generalklausel selbst, sondern vielmehr um die Anerkennung¹² dieser als Ersatz für eine ansonsten fehlende gesetzliche Grundlage für eine, sogar schwere,¹³ Grundrechtseinschränkung.¹⁴ Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV bildet zudem lediglich eine Mindestvorschrift. Die Kantone können höhere Anforderungen an die Anwendung der polizeilichen Generalklausel stellen.¹⁵

2. Anwendungsvoraussetzungen

Damit sich staatliches Handeln auf die polizeiliche Generalklausel abstützen kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Gefährdung eines fundamentalen Rechtsgutes
- Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr
- Zeitliche Dringlichkeit
- Subsidiarität
- Verhältnismässigkeit
- Zuständigkeit

Selbstverständlich müssen auch Massnahmen, welche sich auf die polizeiliche Generalklausel stützen, wie jedes andere staatliche Handeln, im öffentlichen Interesse sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Die Abwehr einer Gefährdung oder Störung eines fundamentalen Rechtsgutes liegt jedoch immer im öffentlichen Interesse,¹⁶ weswegen dieses keine zusätzliche bzw. eigenständige Voraussetzung darstellt.

2.1 Gefährdung eines fundamentalen Rechtsgutes

Die Anrufung der polizeilichen Generalklausel ist nur zum Schutz besonders hochwertiger bzw. fundamentaler Rechtsgüter zulässig, womit für die Mehrheit der Lehre alle Polizeigüter gemeint sind.¹⁷ Zu diesen wer-

³ ANDREAS KLEY, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130 (2011) I, 123–138, 124.

⁴ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 31; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 46, Rz. 25.

⁵ ANDREAS LIENHARD / AGATA ZIELNIEWICZ, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 113 (2012), 111–142, 135; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 14.

⁶ ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'état, 3^{ème} éd., Berne 2013, Rz. 1873; SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 41; ANDREAS ZÜND / CHRISTOPH ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 147 (2011), 261–293, 262.

⁷ BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 50; TSCHANNEN (FN 4), § 7, Rz. 102; sowie für die Grundrechte GIOVANNI BIAGGINI, Die polizeiliche Generalklausel: ein verkanntes Rechtsinstitut, ZBl 113 (2012), 35–45, 40.

⁸ Bspw. § 9 Polizeigesetz (PolG ZH) vom 23. April 2007, LS 550.1; Art. 22 Polizeigesetz (PolG BE) vom 8. Juni 1997, BSG 551.1; Art. 8 Polizeigesetz (PolG UR) vom 30. November 2008, RB 3.8111; Art. 2 Abs. 2 Polizeigesetz (PolG SG) vom 10. April 1980, sGS 451.1; Art. 41 Loi sur la police (LPol NE) du 4 novembre 2014, RSN 561.1.

⁹ BGE 128 I 327 E. 4.2 (340); 83 I 111 E. 2c (117); JACQUES DUBÉY / JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, Rz. 1291; PIERRE MOOR / ALEXANDRE FLÜCKIGER / VINCENT MARTENET, Droit administratif, Volume I: Les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012, 669; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2580; MARKUS MÜLLER / CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 1/2008, 4–18, 11; PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 56, Rz. 5.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹¹ Bspw. Art. 28 Abs. 1 Satz 3 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, BSG 101.1; Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984, RB 1.1101; Art. 5 Abs. 1 Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001, sGS 111.1; Art. 38 Abs. 1 Satz 3 Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003, RSV 101.01; Art. 33 Abs. 2 Satz 2 Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000, RSN 101.

¹² So explizit BGE 136 I 87 E. 3.1 (90); 132 I 49 E. 6.2 (59).

¹³ BGE 136 IV 97 E. 6.3.1 (114) (Pra 100 [2011] Nr. 33); GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, Zürich 2007, Art. 36, Rz. 16; REGINA KIENER / WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, 110; MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, 61; AXEL TSCHENTSCHER / ANDREAS LIENHARD, Öffentliches Recht, ein Grundriss, Zürich 2011, Rz. 184.

¹⁴ Siehe ausführlich BIAGGINI (FN 7), 39 ff.; sowie BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 40.

¹⁵ BIAGGINI (FN 7), 40; THOMAS GÄCHTER, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 437–467, Rz. 111.

¹⁶ PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure, 2^{ème} éd., Neuchâtel 2013, Rz. 225.

¹⁷ DUBÉY / ZUFFEREY (FN 9), Rz. 1292; ANDREAS KLEY, Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 369–383,

den regelmässig die öffentliche Ordnung und Sicherheit – dazu gehören unter anderem Leib, Leben, Freiheit und Eigentum des Einzelnen sowie der Schutz der Einrichtungen des Staates¹⁸ –, die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Ruhe, die öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gezählt, wobei diese unterschiedlich gruppiert werden.¹⁹ Für eine Minderheit der Lehre ist die Anrufung jedoch nur zum Schutz jener Polizeigüter, welche für Staat und Private unverzichtbar sind, zulässig. Dies sind Leib, Leben und Gesundheit sowie der innere und äussere Friede und die äussere Unabhängigkeit.²⁰ Weitere Autoren sind hingegen sogar für eine Anwendung der polizeilichen Generalklausel über den Polizeigüterschutz hinaus.²¹

Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit unterschiedliche Formulierungen wie «öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater»²², «Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung»²³ oder «Schutz der Polizeigüter»²⁴ verwendet. Im viel beachteten Entscheid UBS/FINMA hat es ausgeführt, dass «in Ausnahmesituationen» auch die ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts zu den fundamentalen Rechtsgütern gehören, da diese «klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umfassen».²⁵ Somit geht das Bundesgericht m.E. zu Recht davon aus, dass alle Polizeigüter zu den fundamentalen Rechtsgütern gehören.

2.2 Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr

Als weitere Voraussetzung wird verlangt, dass die Gefährdung oder Störung des fundamentalen Rechtsgutes schwer und unmittelbar ist.²⁶ Die Schwere der Gefahr wird teilweise auch als sachliche Dringlichkeit bezeichnet.²⁷ Demnach muss die Gefährdung oder Störung in sachlicher oder persönlicher Hinsicht²⁸ über das normale Mass hinausgehen.²⁹ Die Gefahr ist unmittelbar, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für ihren Eintritt besteht³⁰ – oder wenn sie bereits eingetreten ist.³¹

2.3 Zeitliche Dringlichkeit

Das Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit bedeutet nach Lehre und Rechtsprechung, dass die Zeit nicht ausreichen darf, um eine entsprechende Norm im Verfahren der ordentlichen³² oder auch dringlichen (!)³³ Gesetzgebung zu erlassen. Dabei ist zu beachten, dass die polizeiliche Generalklausel auf allen drei Staatsebenen zur Anwendung kommen kann und für die Beurteilung die Dauer des ordentlichen, oder falls vorhanden des dringlichen,³⁴ Gesetzgebungsverfahrens der jeweiligen Gebietseinheit massgeblich ist.

Teilweise wird die Unmittelbarkeit zusammen mit der zeitlichen Dringlichkeit behandelt.³⁵ Im Unterschied zu dieser beschlägt die Unmittelbarkeit jedoch die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens, während es bei der zeitlichen Dringlichkeit um die notwendige Zeit für den Erlass von Abwehrmassnahmen geht.³⁶

Rz. 49; ANDREAS KLEY / GORAN SEFEROVIC, Die Polizeigeneralklausel als notrechtliches Instrument gegen die Finanzkrise, in: Kübler/Koch (Hrsg.), Finanzkrise und Demokratie, Herausforderung für Politik, Recht und Bildung, Zürich/Basel/Genf 2011, 43–59, 43; ANDREAS LIENHARD / PHILIPP HÄSLER, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1, Allgemeiner Teil, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, 95–154, Rz. 57; MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET (FN 9), 669 f.; TSCHANNEN (FN 4), § 7, Rz. 102; TSCHENTSCHER / LIENHARD (FN 13), Rz. 620; sowie noch ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 2467.

¹⁸ HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (FN 9), Rz. 2549; MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 90 u. 145; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (FN 9), § 54, Rz. 15.

¹⁹ BGE 142 I 49 E. 8.1 (66); ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER / DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 673 ff.; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (FN 9), Rz. 2551; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève/Zürich/Bâle 2011, Rz. 531 ff.; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (FN 9), § 54, Rz. 7 ff.; ZÜND / ERRASS (FN 6), 270 f.

²⁰ MÜLLER / JENNI (FN 9), 13 f.; DIES. (FN 2), 102; ebenso TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (FN 9), § 56, Rz. 6; sowie ZÜND / ERRASS (FN 6), 290.

²¹ MARC RÉMY, Droit des mesures policières, Principes généraux, cadre juridique et coopération policières, Genève/Zürich/Bâle 2008, 35; ANDRÉ SCHRÄDE / THEO LORETAN, in: Vereinigung für Umweltrecht/Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Loseblattsammlung, 2. Aufl., Zürich 1985–2004, Art. 11, Rz. 42; sowie MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET (FN 9), 670, gemäss letzteren ist jedoch fraglich, ob dabei der Eingriff jemals die notwendige Schwere erreichen wird. Für weitere Hinweise siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 631.

²² BGE 126 I 112 E. 4b (118); BGer Urteil vom 30. November 2009, 2C_166/2009 E. 2.3.2.1.

²³ BGE 136 I 87 E. 3.1 (90).

²⁴ BGE 128 I 327 E. 4.2 (340).

²⁵ BGE 137 II 431 E. 4.1 (446).

²⁶ BGE 137 II 431 E. 3.3.1 (444).

²⁷ Bspw. CARMEN TROCHSLER-HUGENTOBLE / ADRIAN LOBSIGER, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1, Allgemeiner Teil, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, 279–336, Rz. 28; RENÉ WIEDERKEHR / PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012, Rz. 545.

²⁸ MÜLLER / JENNI (FN 9), 14; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Bern 1993, 160.

²⁹ ROLF ROBERT DÜRR, Die polizeiliche Generalklausel, Diss. Zürich 1967; ZÜND / ERRASS (FN 6), 292.

³⁰ ZÜND / ERRASS (FN 6), 292; sowie REINHARD (FN 28), 160.

³¹ BGE 136 I 87 E. 3.1 (91); HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (FN 9), Rz. 2581; KIENER / KÄLIN (FN 13), 110; LIENHARD / HÄSLER (FN 17), Rz. 57.

³² BGE 137 II 431 E. 3.3.2 (445); 132 II 449 E. 4.1 u. 4.2 (458 f.); REINHARD (FN 28), 160 f.; WIEDERKEHR / RICHLI (FN 27), Rz. 554; ZÜND / ERRASS (FN 6), 292. Zum Verhältnis der zeitlichen Dringlichkeit zur Frage der Vorhersehbarkeit siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 639.

³³ MARKUS H.F. MOHLER, Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, Jusletter vom 11. Januar 2010, Rz. 26; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 637.

³⁴ Zur dringlichen Rechtssetzung in den Kantonen siehe ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, Rz. 674 ff.; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 430 ff.

³⁵ MATHIAS KAUFMANN / STEPHANIE WALTI, Die polizeiliche Generalklausel – eine schillernde Rechtsfigur, in: Youssef/Töndury (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2011, 59–85, 75.

³⁶ ZÜND / ERRASS (FN 6), 292.

2.4 Subsidiarität

Die polizeiliche Generalklausel darf nur angerufen werden, wenn keine gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung stehen,³⁷ welche für die Abwehr der Gefahr geeignet sind.³⁸ Bei der Subsidiarität im Sinne dieser Voraussetzung handelt es sich nicht um ein Element der Verhältnismässigkeit, sondern der gesetzlichen Grundlage.³⁹

2.5 Verhältnismässigkeit

Die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit ergibt sich nicht erst aus der polizeilichen Generalklausel, sondern gilt als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, wie das öffentliche Interesse, für jedes staatliche Handeln.⁴⁰ Im Unterschied zum öffentlichen Interesse ist diese Voraussetzung jedoch nicht in jedem Fall erfüllt, sondern muss gesondert geprüft werden. Bei Grundrechtseingriffen werden an die Verhältnismässigkeit erhöhte Anforderungen gestellt,⁴¹ insbesondere da ein grundrechtlich geschütztes privates Interesse gemäss Art. 36 Abs. 3 BV stärker gewichtet wird, als ein grundrechtlich nicht geschütztes privates Interesse im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 BV.⁴² Zudem kann Art. 5 BV vor Bundesgericht nur gerügt werden, soweit es um die Verletzung von Bundesrecht oder gleichzeitig um die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts geht nicht jedoch, wenn bloss die Anwendung von kantonalem Recht strittig ist.⁴³ Im Rahmen der Verhältnismässigkeit sind bei der polizeilichen Generalklausel insbesondere auch eine allfällige Vorhersehbarkeit der Gefährdung, das Vorliegen von grundrechtlichen Schutzpflichten sowie das Störerprinzip⁴⁴ zu berücksichtigen.

Die mangelnde Vorhersehbarkeit der Gefährdung bzw. Störung war während langer Zeit eine zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel.⁴⁵ Das Bundesgericht hat diese Voraussetzung jedoch im Entscheid UBS/FINMA aufgegeben. Die Unvorhersehbarkeit sei «nicht als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen», sondern «im Rahmen der Interessenabwägung nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen».⁴⁶ Es ist künftig weiterhin zu prüfen, ob die Gefährdung oder Störung für den Gesetzgeber vorhersehbar gewesen wäre. Eine Bejahung führt jedoch nicht zur Nichtanwendung der polizeilichen Generalklausel, sondern zur Berücksichtigung der Voraussehbarkeit – zusammen mit allfälligen grundrechtlichen Schutzpflichten – im Rahmen der Zumutbarkeit.⁴⁷ Zudem ist wohl weiterhin danach zu unterscheiden, ob der Gesetzgeber bei einer Vorhersehbarkeit der Gefährdung die bestehenden Rechtsnormen als genügend erachtet hat oder davon ausgegangen ist, dass die Gefährdung bloss theoretischer Natur ist bzw. sich nicht verwirklichen wird.⁴⁸

Das Störerprinzip besagt, dass sich polizeiliches Handeln jeweils gegen den Störer, d.h. diejenige Person, welche den polizeiwidrigen Zustand verursacht bzw. zu verantworten hat, richten muss.⁴⁹ Vom Störerprinzip darf lediglich im Falle eines Polizeinotstandes, einem besonders gewichtigen Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel,⁵⁰ abgewichen werden.⁵¹ Bei diesem sind zum einen die von der polizeilichen Generalklausel geschützten Rechtsgüter in höherem Masse bedroht bzw. verletzt.⁵² Zum anderen kann die Lage weder durch

nismässigkeit, sondern auch aus der Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot.

³⁷ BGE 136 IV 97 E. 6.3.1 (114) (Pra 100 [2011] Nr. 33); PATRICIA EGLI, Grundrechte, Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 3/2012, 193–214, 198; GÄCHTER (FN 15), Rz. 112; KLEY (FN 17), Rz. 47; REINHARD (FN 28), 161 f.; ZEN-RUFFINEN (FN 16), Rz. 223.

³⁸ MÜLLER/JENNI (FN 9), 15; ZÜND/ERRASS (FN 6), 293.

³⁹ Siehe ZÜND/ERRASS (FN 6), 293.

⁴⁰ BGE 137 II 431 E. 3.3.1 (444); BGer Urteil vom 30. November 2009, 2C_166/2009 E. 2.3.2.1; GÄCHTER (FN 15), Rz. 113; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 9), § 56, Rz. 6; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 27), Rz. 541; ZEN-RUFFINEN (FN 16), Rz. 225.

⁴¹ BGE 138 I 378 E. 8.7 (397 f.); siehe auch PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, Art. 5, Rz. 1.

⁴² YVO HANGARTNER, Bemerkungen zu BGE 133 I 110, AJP 16 (2007), 1583–1585, 1584 f.; DAVID HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Ausgewählte Aspekte, Diss. Zürich 2014, Rz. 124; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 8.

⁴³ BGE 141 I 1 E. 5.3.2 (7 f.) (Pra 104 [2015] Nr. 71); 134 I 153 E. 4.3 (158); SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 16.

⁴⁴ VGer BE, Urteil vom 14. April 2003 (VGE 21541), BVR 2003, 385–394, E. 5 c/aa; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 3^{ème} éd., Berne 2013, Rz. 208; BIAGGINI (FN 7), 36; TANQUEREL (FN 19), Rz. 561; DANIEL THÜRER, Das Störerprinzip im Polizeirecht, ZSR 102 (1983) I, 463–486, 467 ff. m.w.H.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014, Rz. 411; sowie REINHARD (FN 28), 175 ff. m.w.H. Gemäss DUBÉY/ZUFFEREY (FN 9), Rz. 1305, fliesst das Störerprinzip nicht nur aus dem Grundsatz der Verhält-

nismässigkeit, sondern auch aus der Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot.
⁴⁵ So erstmals in BGE 121 I 22 E. 4b/aa (28), wobei das Bundesgericht bereits vorher im Rahmen der zeitlichen Dringlichkeit gesagt hat, die Gefahr müsse sich plötzlich und unvermutet stellen (BGE 85 I 225 E. 2 [234]; 88 I 173 E. 2c [178]). Zur (teilweise uneinheitlichen) Rechtsprechung zur Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit siehe ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 648 ff.

⁴⁶ BGE 137 II 431 E. 3.3.2 (445); kritisch zur Aufgabe des Kriteriums der Vorhersehbarkeit EGLI (FN 37), 199 f.; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 44; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 29; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 27), Rz. 593; kritisch zum Urteil als solchem BIAGGINI (FN 7), 36 ff.; PETER KARLEN, Gegenantrag zu BGE 137 II 431, ZBI 113 (2012), 21–34, 30 ff.

⁴⁷ So HELEN KELLER/NICOLE BÜRLI, Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten, AJP 20 (2011), 1143–1152, 1150; AUGUST MÄCHLER, Bemerkungen zu BGE 2C_166/2009, ZBI 111 (2010), 469–476, 476; bereits vor der Aufgabe des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit durch das Bundesgericht.

⁴⁸ So BGE 136 IV 97 E. 6.3.2 (115) (Pra 100 [2011] Nr. 33) zur damaligen Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit.

⁴⁹ So z.B. § 18 PolG ZH (FN 8); Art. 24 PolG BE (FN 8); Art. 9 PolG UR (FN 8); Art. 40 Loi du 28 janvier 2015 sur la police cantonale (LPol JU), RSJU 551.1; siehe AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 44), Rz. 208; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 2608 ff.

⁵⁰ IVO SCHWEGLER, Polizeirecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, 265–324, Rz. 17; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 9), § 56, Rz. 11; TSCHENTSCHER/LIENHARD (FN 13), Rz. 624.

⁵¹ DÜRR (FN 29), 44; LIENHARD/HÄSLER (FN 17), Rz. 59; REINHARD (FN 28), 162; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 44), Rz. 417.

⁵² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 2633; HANS MATHYS, Zum Begriff des Störers im Polizeirecht, Diss. Zürich 1947, 12; TSCHENT-

eigene Mittel der Polizei noch durch Massnahmen, welche sich ausschliesslich gegen den Störer richten, bewältigt werden.⁵³ Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn der Störer nicht zur Bewältigung in der Lage ist oder wenn kein Störer vorhanden ist (z.B. bei einer Naturkatastrophe).⁵⁴ Bei einer Abweichung vom Störprinzip muss insbesondere geprüft werden, ob die Massnahme gegen den Nichtstörer für diesen zumutbar ist.⁵⁵ Zudem hat der in Anspruch genommene unbeteiligte Dritte für ihm entstandene Schäden unter Umständen Anspruch auf eine Entschädigung aus Billigkeit,⁵⁶ sofern das jeweilige Gemeinwesen eine solche kennt.⁵⁷

2.6 Zuständigkeit

Damit die polizeiliche Generalklausel von einer Behörde angerufen werden kann, muss die jeweilige Behörde bereits aufgrund des ordentlichen Rechts zuständig sein.⁵⁸ Dabei müssen sowohl die föderalistische Kompetenzverteilung als auch das Spezialitätsprinzip⁵⁹ beachtet werden. Die polizeiliche Generalklausel selbst ist lediglich Surrogat für die fehlende gesetzliche Grundlage, nicht für eine fehlende Zuständigkeit.⁶⁰

3. Verfahren

Die handelnde Behörde ruft die polizeiliche Generalklausel im für sie vorgesehenen Verfahren an. Dies kann insbesondere auch die Ausübung eines Realakts⁶¹ durch eine einzelne Person (z.B. einen Polizisten),⁶² aber auch der förmliche Erlass einer Verfügung oder Verordnung durch eine Kollegialbehörde (z.B. den Regierungsrat)⁶³

sein. Das Verfahren richtet sich dabei nach dem für die jeweilige Behörde massgeblichen Recht, wobei beim Realakt nicht alle Vorschriften des Verwaltungsverfahrens eingehalten werden müssen.⁶⁴

4. Wirkung

4.1 Verfügungs- und Verordnungskompetenz

Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel können sowohl Verfügungen als auch Verordnungen erlassen werden⁶⁵ sowie auch Realakte ausgeübt werden.⁶⁶ Insbesondere bei polizeilichen Massnahmen handelt es sich des Öftern um Realakte.⁶⁷ Auch wenn gestützt auf die polizeiliche Generalklausel Verordnungen erlassen werden können, so stehen die Verfügungen und Realakte im Vordergrund.

4.2 Rechtsbindung

Soweit sich die Lehre dazu äussert, erlaubt die polizeiliche Generalklausel kein Handeln *contra legem*,⁶⁸ und damit erst recht nicht *contra constitutionem*. Insbesondere müssen die Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts eingehalten werden.⁶⁹ Das Bundesgericht musste sich soweit ersichtlich noch nicht mit der Frage befassen.⁷⁰

III. Das Notverordnungsrecht des Bundesrates

Der schweizerische Bundesrat kann gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV Notverordnungen oder Notverfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu be-

SCHER/LIENHARD (FN 13), Rz. 624.

⁵³ MATHYS (FN 52), 11 f.; REINHARD (FN 28), 196; so explizit bspw. Art. 10 PolG UR (FN 8); Art. 30d Gesetz vom 15. November 1990 über die Kantonspolizei (GKP FR), SGF 551.1; Art. 41 LPol JU (FN 49).

⁵⁴ Siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 643 m.w.H.

⁵⁵ MIRCO ANDEREGG, Der Ersatz von Schadenabwehrkosten, Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 471; BIAGGINI (FN 7), 37; so explizit bspw. § 7 Bst. b Gesetz vom 27. Januar 1998 über die Luzerner Polizei (PolG LU), SRL 350; Art. 10 Bst. c PolG UR (FN 8).

⁵⁶ SCHWEGLER (FN 50), Rz. 17; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 9), § 56, Rz. 14.

⁵⁷ Siehe ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 962 ff., insb. 968 m.w.H.

⁵⁸ BIAGGINI (FN 7), 37; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 2580; MARKUS HUSMANN, Zum Handlungsspielraum der Kantone bei ausserordentlichen Umständen, in: Waldmann/Hänni/Belser (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, 247–282, 258 FN 92; KARLEN (FN 46), 32; KIENER/KÄLIN (FN 13), 110; MARKUS MÜLLER, Polizeiliche Generalklausel, Klärende Worte des Bundesgerichts, Eine kurze Würdigung von BGE 137 II 431, ZBJV 148 (2012), 220–228, 222 f. u. 228.

⁵⁹ Siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 9), § 5, Rz. 29.

⁶⁰ RECHSTEINER (FN 1), Rz. 670 f.

⁶¹ Zum Begriff des Realakts siehe ausführlich TANQUEREL (FN 19), Rz. 663 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 9), § 38 u. 39; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 27), Rz. 2812 ff.

⁶² So ging es in BGE 130 I 369 (E. 6.1 [378] a.E.) um eine auf die polizeiliche Generalklausel gestützte polizeiliche Rückweisung, welche als Realakt gilt (siehe dazu RECHSTEINER [FN 1], Rz. 654).

⁶³ In BGE 121 I 22 musste ein förmlicher Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich, welcher sich auf die polizeiliche Generalklausel stützte, beurteilt werden (siehe dazu RECHSTEINER [FN 1], Rz. 652).

⁶⁴ BGE 130 I 369 E. 6.1 (379); BENJAMIN SCHINDLER, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 3/2012, 215–221, 219.

⁶⁵ BGE 134 I 322 E. 2.4 (327) (Pra 98 [2009] Nr. 62); 121 I 22 E. 4b/aa (27 f.); DUBÉY/ZUFFEREY (FN 9), Rz. 1293; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 27), Rz. 541; ZÜND/ERRASS (FN 6), 293.

⁶⁶ LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 5), 120; so beispielsweise in BGE 130 I 369.

⁶⁷ BGE 136 I 87 E. 3.1 (90); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 2569; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 9), § 55, Rz. 7; sowie ausführlich WIEDERKEHR/RICHLI (FN 44), Rz. 389 ff.

⁶⁸ BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 46; KARLEN (FN 46), 32; WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI/ANDREAS LIENHARD/PIERRE TSCHANNEN/AXEL TSCHENTSCHER/JUDITH WYTENBACH, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012, ZBJV 148 (2012), 673–757, 678; a.M. HUSMANN (FN 58), 259 FN 98 mit Verweis auf BGE 121 I 22 E. 4b, in welchem das Bundesgericht diese Aussage m.E. jedoch nicht macht. Gemäss BIAGGINI (FN 7), 37, ist die Frage klärungsbedürftig.

⁶⁹ BIAGGINI (FN 13), Art. 36, Rz. 17; DÜRR (FN 29), 41 ff.; GÄCHTER (FN 15), Rz. 113; TANQUEREL (FN 19), Rz. 462.

⁷⁰ Im Fall UBS/FINMA wurde dem Bundesgericht teilweise vorgeworfen, gegen das Bankengesetz (MOHLER [FN 18], Rz. 735 FN 1432) bzw. das Bankgeheimnis (SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 118) verstossen zu haben. Zumindest letzteres ist m.E. fraglich (siehe ausführlich RECHSTEINER [FN 1], Rz. 669).

gegenen. Dabei handelt es sich um selbstständige Verordnungen, welche ein formelles Gesetz ersetzen und wichtige rechtssetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV enthalten können.⁷¹ Sie stellen eine genügende Grundlage selbst für schwere Grundrechtseinschränkungen dar.⁷²

Der Begriff Notverordnung bzw. -verfügung,⁷³ teilweise auch Polizeinotverordnung bzw. -verfügung genannt,⁷⁴ ist etwas irreführend, da der Begriffsteil «Not» fälschlicherweise implizieren kann, es handle sich dabei um sog. echtes bzw. extrakonstitutionelles Notrecht, welches im Staatsnotstand erlassen wird.⁷⁵ Der Begriffsteil «Polizei» wiederum kann den Anschein erwecken, die Verordnung bzw. Verfügung sei von der Polizei selbst und/oder gestützt auf die polizeiliche Generalklausel erlassen worden. Da es vorliegend jedoch darum geht, den Unterschied zu dieser darzustellen – sowie mangels besserer Alternative⁷⁶ –, wird trotzdem von Notverordnungen gesprochen, wobei dieser Ausdruck die Notverfügungen jeweils mitumfasst.

1. Anwendungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Notverordnung durch den Bundesrat sind:

- Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit
- Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr
- Zeitliche Dringlichkeit

⁷¹ BGE 123 IV 29 E. 4c (38); HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 19), Rz. 1862; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 5.

⁷² BGE 129 II 193 E. 5.3.3 (212); 125 II 417 E. 6b (428); 123 IV 29 E. 4a–c (36 ff.); EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN/EVA MOLINARI, Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich 2012, Kap. 7, Rz. 31; GÄCHTER (FN 15), Rz. 109; KIENER/KÄLIN (FN 13), 105; SCHEFER (FN 13), 64; RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, Demokratie (Partizipation), in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1, Allgemeiner Teil, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, 405–467, Rz. 27; TSCHANNEN (FN 4), § 46, Rz. 26.

⁷³ CAROLINE LEHNER, Notverordnungsrecht, Die Kompetenzen des schweizerischen Bundesrats, des spanischen Ministerrats und des französischen Staatspräsidenten, Diss. Bern 2016, 8; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 58 ff.; MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Verfügungsrecht in der Kritik, ZBl 111 (2010), 409–450, 417 f.; RALPH TRÜMPER, Notrecht, Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Diss. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 276 ff.; TSCHANNEN (FN 4), § 46, Rz. 25; ISABELLE WILDHABER, Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund, Sicherheit & Recht 3/2015, 170–183, 179 f.

⁷⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 19), Rz. 1862 ff.; KLEY (FN 17), Rz. 50; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 2701; SCHEFER (FN 13), 64; TSCHENTSCHER/LIENHARD (FN 13), Rz. 79; sowie noch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 46, Rz. 25.

⁷⁵ Zum extrakonstitutionellen Notrecht siehe ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 558–603.

⁷⁶ Zu Alternativen sowie zur Terminologie allgemein siehe auch RECHSTEINER (FN 1), Rz. 440 f.

- Subsidiarität
- Verhältnismässigkeit

Selbstverständlich muss der Erlass einer Notverordnung immer auch im öffentlichen Interesse sein.⁷⁷ Da die Abwehr einer Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder für die innere oder äussere Sicherheit immer im öffentlichen Interesse ist, stellt dies keine zusätzliche bzw. eigenständige Voraussetzung dar.

1.1 Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit

Damit der Bundesrat eine Notverordnung erlassen kann, muss die öffentliche Ordnung oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet sein. Zur äusseren Sicherheit gehört der Schutz der Grenzen und der Unabhängigkeit des Landes, die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung nach aussen sowie das gute Einvernehmen mit anderen Staaten.⁷⁸ Neben der Abwehr militärischer Bedrohungen hat die äussere Sicherheit auch eine wirtschaftliche, technologische und ökologische Komponente.⁷⁹ Zudem fällt unter anderem auch der Schutz vor Terrorismus, organisierter Kriminalität und Epidemien darunter.⁸⁰

Die innere Sicherheit umfasst einerseits den Schutz der Polizeigüter, andererseits beinhaltet sie eine «staatspolitisch-sicherheitspolitische Komponente, die prospektive und universale Dimensionen (z.B. Ökologie) mit einbezieht.»⁸¹ Das heisst, neben der polizeilichen Gefahrenabwehr gehört auch eine vorausschauende politische Planung und Prävention, beispielsweise in Bezug auf die Ökologie oder den sozialen Frieden, zur inneren Sicherheit.⁸² Wie bereits aus diesen Ausführungen ersichtlich, können die innere und äussere Sicherheit nicht

⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 6), Rz. 1627; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 19), Rz. 1863; RHINOW/SCHNEIDER/UEBERSAX (FN 74), Rz. 2701; WILDHABER (FN 73), 180.

⁷⁸ Sicherheit durch Kooperation, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPO B 2000) vom 7. Juni 1999, BBl 2000 7657 ff., 7730; THOMAS SÄGESSER, Die Bundesbehörden, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Kommentar, Bern 2000, Art. 173, Rz. 683; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 19.

⁷⁹ BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, Rz. 24; SÄGESSER (FN 78), Art. 173, Rz. 683.

⁸⁰ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23. Juni 2010, BBl 2010 5133 ff., 5146 ff.; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 11.

⁸¹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 399.

⁸² Siehe Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127 ff., 1138; BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, Rz. 23; SCHOTT/KÜHNE (FN 73), 438; RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, Grundbegriffe, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1, Allgemeiner Teil, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, 53–94, Rz. 31; siehe ausführlich KURT EICHENBERGER, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996, Art. 102, Rz. 154; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 30.

mehr klar voneinander getrennt werden, weswegen die Unterscheidung als überholt gilt.⁸³ Sie ist in Art. 185 BV zwar weiter vorhanden. Da die Kompetenz des Bundesrates sowohl die Wahrung der inneren als auch der äusseren Sicherheit umfasst, spielt die Abgrenzung vorliegend jedoch keine Rolle.

Die öffentliche Ordnung überschneidet sich mit der inneren Sicherheit. Die beiden Begriffe sind aber nicht deckungsgleich. Die öffentliche Ordnung meint die Unversehrtheit bzw. Sicherheit der Rechtsordnung. Dazu gehört der Schutz der Grundrechte, des privaten und öffentlichen Eigentums, der Infrastruktur, des Lebensraums sowie der staatlichen Institutionen, jedoch ohne die staatspolitische Dimension der inneren Sicherheit.⁸⁴

Art. 185 Abs. 3 BV ist zudem im Zusammenhang mit Art. 185 Abs. 1 und 2 BV zu lesen. Diese geben dem Bundesrat die Organkompetenz zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit, welche wiederum von der entsprechenden Verbandskompetenz des Bundes abhängig ist.⁸⁵ Während diese im Bereich der äusseren Sicherheit umfassend ist, verfügt der Bund im Bereich der inneren Sicherheit nur über punktuelle Kompetenzen – der Schwerpunkt liegt hier bei den Kantonen. Zu den Kompetenzen des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit gehört unter anderem die Koordination, die Bundesintervention,⁸⁶ (teilweise) die Erfüllung völkerrechtlicher Schutzpflichten,⁸⁷ der Schutz der Organe und Institutionen des Bundes sowie der Schutz des Gesamtstaates,⁸⁸ wozu auch die subsidiäre Letztverantwortung für «den Schutz des Lebens und der physischen und psychischen Integrität der Bewohner des Landes und [...] die Gewährleistung der verfassungsmässigen Ordnung» gehört.⁸⁹ Der Bundesrat darf folglich nicht im gesamten Bereich der inneren Sicherheit

Notverordnungen erlassen, sondern nur, soweit der Bund zur Wahrung dieser befugt ist.

1.2 Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr

Die Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit muss eine gewisse Intensität und ihr Eintritt eine hohe Wahrscheinlichkeit haben.⁹⁰ Letzteres ist erst recht der Fall, wenn die öffentliche Ordnung oder die innere oder äussere Sicherheit bereits gestört ist.⁹¹ Die Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr wird teilweise mit sachlicher Dringlichkeit umschrieben.⁹²

Von einzelnen Autoren wird die Schwere und Unmittelbarkeit nicht als eigenständige Voraussetzung, sondern zusammen mit der Gefährdung erörtert.⁹³ Teilweise wird die Unmittelbarkeit auch zusammen mit der zeitlichen Dringlichkeit behandelt.⁹⁴ Im Unterschied zu dieser beschlägt die Unmittelbarkeit jedoch die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens, während es bei der zeitlichen Dringlichkeit um die notwendige Zeit für den Erlass von Abwehrmassnahmen geht.⁹⁵

1.3 Zeitliche Dringlichkeit

Zeitliche Dringlichkeit für den Erlass einer Notverordnung besteht gemäss der Lehre, wenn die Zeit nicht ausreichend ist, um ein ordentliches oder dringliches Bundesgesetz zu erlassen.⁹⁶ Da der Erlass eines dringlichen Bundesgesetzes immer länger dauert als der eines ordentlichen, ist für die zeitliche Dringlichkeit folglich lediglich zu prüfen, ob die Zeit nicht ausreichend ist, um ein dringliches Bundesgesetz zu erlassen.

1.4 Subsidiarität

Eine Notverordnung darf nur erlassen werden, wenn weder eine gesetzliche Grundlage für die gewünschte Massnahme vorhanden ist⁹⁷ noch sich ein (anderes) geeignetes Instrument zur Bewältigung der Gefährdung im Gesetz findet.⁹⁸ Insbesondere ist die Notverordnung des Bundesrates subsidiär zu einer solchen der Bundesver-

⁸³ Statt vieler: Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010, Innere Sicherheit, Klärung der Kompetenzen, vom 2. März 2012, BBl 2012 4459 ff., 4476; SCHWEIZER/MÖHLER, St. Galler Kommentar, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 11 m.w.H.

⁸⁴ Siehe ausführlich SCHWEIZER/MÖHLER, St. Galler Kommentar, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 11 m.w.H.; sowie MARKUS H.F. MÖHLER, Ungenügende Polizeibestände, Sicherheit & Recht 2/2013, 62–80; 69 f.

⁸⁵ BIAGGINI (FN 13), Art. 185, Rz. 2; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 16, 50 u. 61; SCHOTT/KÜHNE (FN 73), 418; siehe auch RECHSTEINER (FN 1), Rz. 87.

⁸⁶ Siehe ausführlich BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 52, Rz. 14 ff.; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 88 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 52 BV, Rz. 28 ff.; zur letzten Bundesintervention siehe RETO PATRICK MÜLLER, Innere Sicherheit Schweiz, Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, Diss. Basel, Egg bei Einsiedeln 2009, 261 ff.

⁸⁷ Siehe ausführlich RAINER J. SCHWEIZER/JAN SCHEFFLER, Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der schweizerischen Armee und an ihr zukünftiges Leistungsprofil, ZÖR 66 (2011), 299–365, 337 ff.

⁸⁸ GIOVANNI BIAGGINI, Der Bundesrat als Regierung des Bundes, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 237–261, Rz. 48; für eine ausführliche Darstellung aller Bundeskompetenzen mit Bezug zur inneren Sicherheit siehe Bericht des Bundesrates (FN 83), 4485 ff.

⁸⁹ RAINER J. SCHWEIZER, Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht, Sicherheit & Recht 3/2012, 185–192, 185.

⁹⁰ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 32; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 82; siehe auch BIAGGINI (FN 13), Art. 185, Rz. 10, welcher die Unmittelbarkeit im Rahmen der zeitlichen Dringlichkeit behandelt.

⁹¹ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 33.

⁹² BIAGGINI (FN 13), Art. 185, Rz. 10; KLEY (FN 3), 125; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 32.

⁹³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 19), Rz. 1863; KLEY (FN 17), Rz. 50.

⁹⁴ BIAGGINI (FN 13), Art. 185, Rz. 10.

⁹⁵ ZÜND/ERRASS (FN 6), 292.

⁹⁶ THOMAS GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, Gedanken zu Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts der schweizerischen Bundesverfassung, in: Häner (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich 2003, 75–104, 96; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 86; SCHWEIZER/WIDMER (FN 72), Rz. 34.

⁹⁷ KLEY (FN 3), 124; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 33.

⁹⁸ SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 87; TSCHANNEN (FN 4), § 46, Rz. 25.

sammlung. Hat die Bundesversammlung gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst. a–c BV eine Notverordnung (oder einen einfachen Bundesbeschluss) erlassen,⁹⁹ so darf der Bundesrat von seinem Notverordnungsrecht nicht mehr Gebrauch machen.¹⁰⁰ Zudem kann die Bundesversammlung auf diesem Wege bereits erlassene Notverordnungen des Bundesrates abändern oder aufheben.¹⁰¹

1.5 Verhältnismässigkeit

Der Erlass einer Notverordnung muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV, wie jedes staatliche Handeln, verhältnismässig sein.¹⁰² Wird damit überdies in Grundrechte eingegriffen, so gelten die erhöhten Anforderungen von Art. 36 Abs. 3 BV.¹⁰³ Weiter müssen das Störerprinzip, bzw. die Voraussetzungen für eine Abweichung von diesem, berücksichtigt werden.¹⁰⁴

Sind die Voraussetzungen der zeitlichen Dringlichkeit und der Subsidiarität erfüllt, so handelt es sich bei der Notverordnung jeweils um die mildeste Erlassform, womit ein Element der Notwendigkeit bereits erfüllt ist.¹⁰⁵ Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Eignung, die Notwendigkeit der Massnahme an sich sowie die Zumutbarkeit im Einzelfall erfüllt sind. Das Bundesgericht gesteht dem Bundesrat dabei einen «sehr weiten Ermessensbereich» zu.¹⁰⁶

2. Verfahren

2.1 Erlass durch den Bundesrat

Die Notverordnung wird durch den Bundesrat erlassen. Er allein ist dafür zuständig und darf diese Kompetenz auch nicht an eine andere Behörde delegieren.¹⁰⁷

Normalerweise wird der Bundesrat dabei durch den im Auftrag des Bundespräsidenten handelnden Bundeskanzler einberufen (Art. 16 Abs. 2 RVOG¹⁰⁸). Es gibt ein vorgängiges Mitberichtsverfahren (Art. 15 RVOG) sowie eine Kollegiumsverhandlung (Art. 13 Abs. 1 RVOG). Bei zeitlicher oder sachlicher Dringlichkeit kann der Bundespräsident gemäss Art. 16 Abs. 4 RVOG von diesen Vorgaben abweichen und eine ausserordentliche Bundesratssitzung einberufen. Dabei kann auf das Mitberichtsverfahren verzichtet werden, die Sitzung kann spontan durch den Bundespräsidenten selbst einberufen werden und auch als Telefon- oder Videokonferenz erfolgen.¹⁰⁹ Die sachliche Dringlichkeit ist beim Erlass einer Notverordnung jeweils gegeben, nicht aber die zeitliche Dringlichkeit. Diese ist relativ. Während die zeitliche Dringlichkeit für den Erlass einer Notverordnung gegeben ist, wenn die Zeit für den Erlass eines dringlichen Bundesgesetzes nicht ausreicht, so ist sie für eine ausserordentliche Sitzung des Bundesrates nur gegeben, wenn der Erlass der Notverordnung nicht bis zur nächsten ordentlichen Bundesratssitzung warten kann.

Zur Sicherung der Wirksamkeit einer Notverordnung kann der Bundespräsident gemäss Art. 26 Abs. 1 RVOG vorsorgliche Massnahmen anordnen, welche durch den Erlass der Notverordnung abgelöst werden. Auch dafür wird eine zeitliche Dringlichkeit, welche sich wiederum relativ bemisst, verlangt.¹¹⁰ Und schliesslich ist, wiederum bei zeitlicher Dringlichkeit, eine dringliche Publikation einer Notverordnung möglich.¹¹¹ So wurde beispielsweise die Notverordnung der Bundesversammlung über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda¹¹² ausserordentlich publiziert.¹¹³

Liegt nicht nur zeitliche Dringlichkeit vor, sondern ist der Bundesrat darüber hinaus handlungsunfähig, so kann der Bundespräsident gemäss Art. 26 Abs. 2 RVOG an dessen Stelle handeln. Diese Präsidialentscheide sind insbesondere für besondere und ausserordentlichen Lagen vorgesehen¹¹⁴ und erlauben m.E. auch den

⁹⁹ Siehe dazu ausführlich BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, Rz. 43 ff.; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 528 ff.; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 39 ff.; TRÜMPLER (FN 73), Rz. 202 ff.

¹⁰⁰ LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 5), 130; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 454; zum Vorrang der Notverordnung der Bundesversammlung siehe LEHNER (FN 73), 151; TRÜMPLER (FN 73), Rz. 204.

¹⁰¹ BIAGGINI (FN 13), Art. 173, Rz. 12; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 52; SCHOTT/KÜHNE (FN 73), 421; AGATA ZIELNIEWICZ, Zur stärkeren Beteiligung der Bundesversammlung in ausserordentlichen Lagen, Parlament 13 (2010) H. 2, 24–30, 26.

¹⁰² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 6), Rz. 1627; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 19), Rz. 1863; SÄGESSER (FN 78), Art. 185, Rz. 987; WILDHABER (FN 73), 180.

¹⁰³ Siehe dazu oben II./2./2.5.

¹⁰⁴ SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 99.

¹⁰⁵ RECHSTEINER (FN 1), Rz. 456.

¹⁰⁶ BGer Urteil vom 14. Januar 2014, 6B_722/2013 E. 3.3; soweit die strenge Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Art. 36 Abs. 3 BV zur Anwendung kommt, ist dies m.E. nicht unbedenklich.

¹⁰⁷ BGE 137 II 431 E. 3.2.1 (442); KLEY/SEFEROVIC (FN 17), 49; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 26; LEHNER (FN 73), 102; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 13 u. 65 f.; TRÜMPLER (FN 73), Rz. 277; A.M. PATRIC FÜGLISTALLER, Voraussetzungen der Herausgabe von Bankkundendaten, in: Youssef/Töndury (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2011, 325–347, 335 f. (der Autor äusserte die Meinung zwar bereits vor dem Urteil des Bundesgerichts, jedoch bereits nach und mit Bezug auf das entsprechende, in dem Punkt gleichlautende, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-Urteil vom 5. Januar 2010, B-1092/2009]).

¹⁰⁸ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010.

¹⁰⁹ Botschaft zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 20. Oktober 1993, BBl 1993 III 997 ff., 1072; THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2007, Art. 16, Rz. 17.

¹¹⁰ SÄGESSER (FN 109), Art. 26, Rz. 8; siehe auch RECHSTEINER (FN 1), Rz. 390.

¹¹¹ THOMAS SÄGESSER, in: Kettiger/Sägesser (Hrsg.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Commentatio, Bern 2011, Art. 7, Rz. 22 f.

¹¹² Verordnung der Bundesversammlung vom 23. Dezember 2011 über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen, AS 2012 1; siehe dazu ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 554 ff.

¹¹³ Die damalige ausserordentliche Publikation umfasste sowohl die heutige dringliche, als auch die heutige ausserordentliche Publikation (Botschaft zur Änderung des Publikationsgesetzes [Primatwechsel von der gedruckten zur elektronischen Version der amtlichen Veröffentlichungen] vom 28. August 2013, BBl 2013 7057 ff., 7080 f. u. 7094; sowie ausführlich RECHSTEINER [FN 1], Rz. 424 ff.).

¹¹⁴ SÄGESSER (FN 78), Art. 176, Rz. 769.

Erlass von Notverordnungen.¹¹⁵ Sie bleiben in Kraft, bis sie der Bundesrat nach Wiedererlangung seiner Verhandlungsfähigkeit genehmigt oder ihre Genehmigung verweigert hat.¹¹⁶

2.2 Übernahme durch die Bundesversammlung

Sollte die Gefährdung oder Störung für längere, unbestimmte Zeit andauern, so verlangt Art. 185 Abs. 3 BV, dass die Notverordnung bzw. deren Regelung in ein ordentliches Bundesgesetz überführt wird.¹¹⁷ Zudem sind Notverordnungen, nicht jedoch Notverfügungen, zu befristen (Art. 185 Abs. 3 Satz 2 BV).

In der Vergangenheit wurden Notverordnungen häufig verlängert, anstatt dass man sie in ein ordentliches Bundesgesetz überführt hat. Deshalb wurden mit dem Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen¹¹⁸ zusätzliche Verfahrensbestimmungen eingeführt. Nach Art. 7d Abs. 2 Bst. a RVOG muss der Bundesrat der Bundesversammlung innert sechs Monaten nach Erlass einer Notverordnung einen Entwurf für eine ordentliche gesetzliche Grundlage oder eine Notverordnung der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV), welche die Notverordnung des Bundesrates ersetzt, vorlegen. Anderenfalls tritt die bundesrätliche Notverordnung ausser Kraft. Während der Beratung der Bundesversammlung über den Entwurf gilt die Notverordnung weiter und kann vom Bundesrat gegebenenfalls verlängert werden.¹¹⁹

2.3 Ausser Kraft treten

Die Notverordnung tritt ebenfalls ausser Kraft, wenn die Bundesversammlung den Entwurf ablehnt oder wenn der Entwurf für eine ordentliche gesetzliche Grundlage oder eine Notverordnung der Bundesversammlung angenommen worden und in Kraft getreten ist (Art. 7d Abs. 2 Bst. b und c RVOG). Unabhängig davon kann die Bundesversammlung eine Notverordnung des Bundesrates jederzeit abändern oder aufheben.¹²⁰ Und schliesslich verliert die Notverordnung – ungeachtet einer allfällig längeren Befristung – ihre Gültigkeit, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht mehr erfüllt sind.¹²¹

2.4 Gerichtliche Überprüfung

Als Akte des Bundesrates können Notverordnungen nicht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle gerichtlich überprüft werden (Art. 189 Abs. 4 BV). Als Massnahmen im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit sind sie grundsätzlich auch einer akzessorischen Normenkontrolle durch das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht verschlossen. Ausgenommen sind Fälle, in welchen das Völkerrecht einen Überprüfungsanspruch einräumt.¹²² Ein solcher besteht in erster Linie bei einem «civil right» oder einer «criminal charge» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹²³

Besteht ein völkerrechtlicher Anspruch auf Überprüfung, so ist Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zu führen. Dessen Entscheid kann anschliessend ans Bundesgericht weitergezogen werden.¹²⁴ Da die Notverordnungen nicht unter das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV fallen, kann ihnen bei einem Verstoss gegen übergeordnetes Recht die Anwendung versagt werden.¹²⁵

3. Wirkung

3.1 Verordnungs- und Verfügungskompetenz

Der Verfassungstext spricht explizit von der Kompetenz zum Erlass von Verordnungen und Verfügungen (Art. 185 Abs. 3 BV). Meines Erachtens muss es jedoch auch möglich sein, dass der Bundesrat einen Realakt ausübt.¹²⁶ Dies kann beispielsweise eine Warnung, verbunden mit einer Verhaltensempfehlung, sein. Bisher wurde – soweit ersichtlich – jedoch noch nie ein «Notrealakt» ausgeübt. Die meisten Massnahmen ergingen in

¹¹⁵ Siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 731.

¹¹⁶ BSK BV-KÜNZLI, Art. 176, Rz. 7; SÄGESSER (FN 109), Art. 26, Rz. 12 f.

¹¹⁷ BGE 123 IV 29 E. 6d (38); ERRASS, St. Galler Kommentar zu Art. 23 BV, Rz. 28; TSCHANNEN (FN 4), § 46, Rz. 27.

¹¹⁸ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, AS 2011 1381; siehe dazu RECHSTEINER (FN 1), Rz. 480 ff.; RALPH TRÜMLER, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen – Palliation mit klingendem Namen, SJZ 108 (2012), 309–316.

¹¹⁹ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 44; SCHOTT/KÜHNE (FN 73), 447.

¹²⁰ Siehe oben III./1./1.4.

¹²¹ MAHON (FN 41), Art. 185, Rz. 7; TRÜMLER (FN 73), Rz. 295 ff.; TSCHANNEN (FN 4), § 46, Rz. 27.

¹²² Art. 83 Bst. a Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110; Art. 32 Abs. 1 Bst. a Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32; siehe BGE Urteil vom 25. Januar 2010, 1B_265/2009 E. 4; BGE 125 II 417 E. 4d (425 f.).

¹²³ Für weitere Anspruchsgrundlagen siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 932; sowie BVGer Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014, B-998/2014 E. 4.1 für das (internationale) öffentliche Beschaffungsrecht.

¹²⁴ BVGer-Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014, B-998/2014 E. 4.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCH, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1414 m.w.H.

¹²⁵ BGE 123 IV 29 E. 2 f. (33); BVGer Zwischenentscheid vom 6. Oktober 2014, B-998/2014 E. 4.2; sowie BIAGGINI (FN 13), Art. 185, Rz. 12; HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 17 ff.; SCHOTT/KÜHNE (FN 73), 417 u. 420.

¹²⁶ So stellen beispielsweise die Abstimmungserläuterungen des Bundesrates Realakte dar (THOMAS SÄGESSER, Amtliche Abstimmungserläuterungen, Grundlagen, Grundsätze und Rechtsfragen, AJP 23 [2014], 924–940, 936 m.w.H.).

der Form der Notverordnung,¹²⁷ seltener als Notverfügung.¹²⁸

3.2 Rechtsbindung

Nachfolgend wird die Bindung der Notverordnung an die Bundesverfassung und die Bundesgesetze genauer betrachtet. Dem kantonalen Recht gehen die Notverordnungen selbstverständlich vor.¹²⁹

a) Verfassungsbindung

Gemäss herrschender Lehre¹³⁰ und Rechtsprechung¹³¹ darf eine Notverordnung nicht gegen die Bundesverfassung verstossen. Insbesondere dürfen Grundrechte nur unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.¹³²

Einzelne Autoren plädieren jedoch «für den Fall ausserordentlicher Umstände» für eine Ausnahme von der Verfassungsbindung.¹³³ Soweit damit nicht der Staatsnotstand bzw. das ekstrakonstitutionelle Notrecht gemeint ist, ist dies abzulehnen.¹³⁴ Andere Autoren sind der Ansicht, dass mit einer Notverordnung zwar nicht von der ganzen Bundesverfassung, aber zumindest von der bundesstaatlichen Kompetenzordnung abgewichen werden darf.¹³⁵ Dazu besteht m.E. keine Notwendigkeit. Kann ein Kanton seine innere Sicherheit nicht selbst oder mithilfe der anderen Kantone aufrechterhalten, so kann der Bund eine Bundesintervention durchführen.¹³⁶ Kann der Kanton seine Sicherheit hingegen selbst aufrechterhalten, so gibt es für ein Handeln des Bundesrats

zwar keine Kompetenzgrundlage, aber auch keine Notwendigkeit. Im Übrigen geht eine im Kompetenzbereich des Bundes erlassene Notverordnung bei Eingriffen in (andere) Kompetenzen der Kantone letzteren vor.¹³⁷ Andere Konstellationen, in welchen eine Abweichung von der bundesstaatlichen Kompetenzordnung angezeigt wären, sind nicht ersichtlich.

b) Gesetzesbindung

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die Notverordnungen nicht gegen Bundesgesetze verstossen dürfen.¹³⁸ Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben bislang ebenfalls nur Massnahmen *praeter legem* zugelassen.¹³⁹ In einem neuen Entscheid hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage hingegen explizit offengelassen.¹⁴⁰

M.E. sind zusammen mit der neueren Lehre auch Massnahmen *contra legem* zuzulassen.¹⁴¹ Dies ergibt sich einerseits aus dem Zweck des Notverordnungsrechts, dem Bundesrat den notwendigen Handlungsspielraum zur Bewältigung einer ausserordentlichen Lage zu geben und eine fehlende gesetzliche Grundlage zu ersetzen. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die gesetzliche Grundlage gänzlich fehlt oder lediglich ungenügend ist. Andererseits ist es nicht unbekannt, dass der Bundesrat mittels einer selbstständigen Verordnung von einem Bundesgesetz abweichende Bestimmungen erlassen darf. So weicht auch die Vergütungsverordnung¹⁴² vom Obligationenrecht¹⁴³ ab bzw. widersprechende Vorschriften gehen diesem vor.¹⁴⁴ Weshalb das Notverordnungsrecht dem Bundesrat weniger weitgehende Kompetenzen einräumen soll, ist m.E. nicht ersichtlich. Zudem steht das Handeln des Bundesrates insofern unter der stillschweigenden Zustimmung der

¹²⁷ Bspw. Verordnung vom 7. November 2001 über Massnahmen gegen die Gruppierung «Al-Qaida» und verwandte Organisationen, AS 2001 3040 (später Verordnung vom 7. November 2001 über das Verbot der Gruppierung «Al-Qaida» und verwandter Organisationen, AS 2002 1646); Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG, AS 2008 4741; siehe dazu RECHSTEINER (FN 1), Rz. 512 bzw. 500 ff.

¹²⁸ So beispielsweise die Notverfügung im Fall Tinner (siehe dazu Fall Tinner: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation [GPDel] der Eidgenössischen Räte vom 19. Januar 2009, BBl 2009 5007 ff.; RECHSTEINER [FN 1], Rz. 503 ff.).

¹²⁹ Zur Völkerrechtsbindung siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 476 ff.

¹³⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 6), Rz. 1627; BIAGGINI (FN 88), Rz. 50; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 40; MAHON (FN 41), Art. 185, Rz. 8; SÄGESEER (FN 78), Art. 185, Rz. 987.

¹³¹ BGE 123 IV 29 E. 3a (34 f.); 122 IV 258 E. 2a (262); BGer Urteil vom 9. Mai 1996, 65.106/1996 (auszugsweise wiedergegeben in: plädoyer 14 [1996] H. 4, 64–66).

¹³² LIENHARD/HÄSLER (FN 17), Rz. 108; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 70; MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001, 158 f.; zu gewissen Besonderheiten bei Grundrechtseinschränkungen in besonderen und ausserordentlichen Lagen siehe RECHSTEINER (FN 1), Rz. 188 ff.

¹³³ SCHWENDIMANN/TCHAN-TRUONG/THÜRER, St. Galler Kommentar zu Art. 184 BV, Rz. 26; sowie bezüglich Grundrechtseingriffen JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, 423.

¹³⁴ Siehe dazu ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 464 ff.

¹³⁵ BIAGGINI (FN 13), Art. 173, Rz. 15; MOHLER (FN 18), Rz. 752; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 71 u. Art. 185 BV, Rz. 98 ff.; TRÜMPLE (FN 73), Rz. 315.

¹³⁶ Siehe die Nachweise in FN 86.

¹³⁷ RECHSTEINER (FN 1), Rz. 468 m.w.H.

¹³⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (FN 6), Rz. 1629; BIAGGINI (FN 13), Art. 185, Rz. 10; KIENER (FN 2), 465; MAHON (FN 41), Art. 185, Rz. 8; MOHLER (FN 18), Rz. 753; RHINOW/SCHNEIDER/UEBERSAX (FN 74), Rz. 2702; SÄGESEER (FN 78), Art. 185, Rz. 987.

¹³⁹ BGE 131 III 652 E. 2 (655) (Pra 95 [2006] Nr. 94); 122 IV 258 E. 2a (262); BVGer Urteil vom 5. Januar 2010, B-1092/2009 E. 8.1.1.

¹⁴⁰ BVGer Urteil vom 8. Juli 2016, B-998/2014 E. 3.2.

¹⁴¹ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, Rz. 42 u. Art. 184, Rz. 41 ff.; YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 979; LEHNER (FN 73), 104 ff.; LUZIUS MADER, Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten?, Die Fälle Swissair und UBS, in: Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, SVVOR Jahrbuch 2009, Bern 2010, 107–116, 110; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 103 f.; TSCHANEN (FN 4), § 46, Rz. 26; TRÜMPLE (FN 73), Rz. 317; sowie anscheinend das Bundesamt für Justiz in einem unveröffentlichten Gutachten vom 2. Oktober 2006, 3 (erwähnt in Bericht GPDel [FN 128], 5046).

¹⁴² Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), SR 221.331.

¹⁴³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

¹⁴⁴ So Art. 1 VegüV; sowie HÄUSERMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV, Rz. 61; BSK VegüV-KNOBLOCH, Art. 1, Rz. 7 f.; HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»?., GesKR 2013, 5–48, 32.

Bundesversammlung, als diese die Notverordnung jederzeit ändern bzw. aufheben kann.¹⁴⁵

Von Bundesgesetzen, welche die Anwendung des Notverordnungsrechts regeln bzw. beschränken, darf hingegen nicht abgewichen werden.¹⁴⁶ Zudem ist zu beachten, dass Bundesgesetze durch eine ihr widersprechende Notverordnung lediglich in ihrer Anwendung vorübergehend suspendiert, jedoch nicht formell abgeändert oder aufgehoben werden.¹⁴⁷

IV. Gegenüberstellung

Nachfolgend werden anhand der obigen Erkenntnisse die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten überblicksweise dargestellt und erläutert. Dabei ist zu beachten, dass das Notverordnungsrecht nach Art. 185 Abs. 3 BV nur vom Bundesrat angerufen werden kann und damit ein Institut des Bundesrechts ist.¹⁴⁸ Die polizeiliche Generalklausel kommt hingegen sowohl im Bund als auch in den Kantonen zur Anwendung. Entsprechend wird teilweise von Bundesgesetzen, teilweise allgemein von Gesetzen gesprochen.

1. Anwendungsvoraussetzungen

1.1 Geschützte Rechtsgüter

Gemäss LIENHARD/ZIELNIEWICZ sollen wegen der staatspolitischen Dimension der inneren Sicherheit die geschützten Rechtsgüter und damit der Anwendungsbereich des Notverordnungsrechts enger sein als jener der polizeilichen Generalklausel.¹⁴⁹ Die staatspolitisch-sicherheitspolitische Komponente der inneren Sicherheit schränkt den Anwendungsbereich des Notverordnungsrechts m.E. jedoch nicht ein. Sie tritt vielmehr neben den Polizeigüterschutz¹⁵⁰ und führt damit zu einer Ausdehnung von diesem. Weiter umfasst das Notverordnungsrecht des Bundesrates auch den Schutz der äusseren Sicherheit, womit es ebenfalls über den Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel hinausgeht. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich der Bundesrat, als oberste leitende und vollziehende Behörde, im Bereich des Polizeigüterschutzes in der Regel nicht jeder Gefährdung oder Störung annimmt, sondern diese grundsätzlich von untergeordneten Verwaltungseinheiten¹⁵¹ gestützt auf die polizeiliche Generalklausel bewältigt werden.

Weiter muss beachtet werden, dass die Kompetenz der Kantone im Bereich der inneren Sicherheit weiter geht als jene des Bundes. Damit haben kantonale Behörden, abhängig von der Kompetenz der einzelnen Behörde, im Bereich des Polizeigüterschutzes grundsätzlich andere, umfassendere Kompetenzen als der Bundesrat. Insofern ist der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel (soweit sie durch kantonale Behörden angerufen wird) weiter als jener des Notverordnungsrechts. Im Vergleich zur Anrufung der polizeilichen Generalklausel durch Bundesbehörden ist der Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts jedoch immer weiter.

1.2 Zuständigkeit

Bei der polizeilichen Generalklausel muss die Zuständigkeit der jeweils handelnden Behörde separat geprüft werden. Es genügt nicht, dass die übrigen Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind. Bei der bundesrätlichen Notverordnung geht die Zuständigkeit hingegen Hand in Hand mit den sachlichen Anwendungsvoraussetzungen, da die Verbands- und Organkompetenz des Bundes bzw. des Bundesrates im Rahmen der Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz geprüft werden.

1.3 Unvorhersehbarkeit

Bei der polizeilichen Generalklausel war die Unvorhersehbarkeit für lange Zeit eine Anwendungsvoraussetzung. Als solche wurde sie von der Lehre während ihres Bestehens, und teilweise auch nach ihrer Aufgabe durch das Bundesgericht, ausgiebig diskutiert.¹⁵²

Beim Notverordnungsrecht wurde die Unvorhersehbarkeit nicht nur zu keiner Zeit als Anwendungsvoraussetzung angesehen.¹⁵³ Die Frage wurde von der Lehre, bis heute, grösstenteils nicht einmal angesprochen.¹⁵⁴

1.4 Weitere Anwendungsvoraussetzungen

Abgesehen von den geschützten Rechtsgütern und der Zuständigkeit sind die Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel und jene für den Erlass einer Notverordnung (mittlerweile) identisch. Bei beiden muss die Gefährdung oder Störung der geschützten Rechtsgüter schwer und unmittelbar sein. Es müssen eine zeitliche Dringlichkeit sowie Subsidiarität vor-

¹⁴⁵ Siehe III./1./1.4 sowie RECHSTEINER (FN 1), Rz. 472 u. 551.

¹⁴⁶ So Art. 7d u. 7e RVOG; siehe LEHNER (FN 73), 107; RECHSTEINER (FN 1), Rz. 473.

¹⁴⁷ HANGARTNER/KLEY (FN 141), Rz. 979.

¹⁴⁸ In vielen Kantonen gibt es ebenfalls Notverordnungsrechte der Exekutive (siehe dazu AUER [FN 34], Rz. 723; sowie ausführlich RECHSTEINER [FN 1], Rz. 516 ff.).

¹⁴⁹ LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 5), 124; bezüglich des engeren Anwendungsbereichs auch BIAGGINI (FN 7), 40.

¹⁵⁰ So MOHLER (FN 18), Rz. 748; sowie EICHENBERGER (FN 82), Rz. 153 ff., welcher von zwei Bestandteilen spricht.

¹⁵¹ Bspw. vom Bundessicherheitsdienst, vom Grenzwachtkorps oder gar wie in BGE 137 II 431 von der FINMA.

¹⁵² Siehe oben II./2./2.5 sowie ausführlich RECHSTEINER (FN 1), Rz. 648 ff. u. 664 ff.

¹⁵³ A.M. LEHNER (FN 73), 165; LIENHARD/ZIELNIEWICZ (FN 5), 130 ff.

¹⁵⁴ So haben lediglich in neuen Publikationen KÜNZLI (BSK BV, Art. 185, Rz. 28) und SAXER (St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 72) festgehalten, dass die Unvorhersehbarkeit keine Voraussetzung für den Erlass einer Notverordnung ist. In den folgenden sich mit Art. 185 Abs. 3 BV befassenden Publikationen wurde die Unvorhersehbarkeit hingegen nicht erwähnt: BIAGGINI (FN 13), Art. 185; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 19), Rz. 1862–1865; KLEINER (FN 2); KLEY (FN 3); KLEY/SEFEROVIC (FN 17); MAHON (FN 41), Art. 185; SÄGESSER (FN 78), Art. 185; SAXER, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, 2. Aufl. 2008; SCHOTT/KÜHNE (FN 73); TSCHANNEN (FN 4), § 46, Rz. 25–29.

liegen. Weiter müssen beide Massnahmen verhältnismässig und im öffentlichen Interesse sein, wobei letzteres keine eigenständige Voraussetzung darstellt.

Im Rahmen der Verhältnismässigkeit wird bei der polizeilichen Generalklausel unter anderem das Störerprinzip geprüft und eine allfällige Vorhersehbarkeit der Gefährdung sowie allenfalls vorhandene grundrechtliche Schutzpflichten in die Abwägung miteinbezogen. Im Rahmen des Notverordnungsrechts des Bundesrates wurde das Störerprinzip bisher lediglich von SAXER erwähnt. Das Störerprinzip ist m.E. zwar auch beim Erlass einer Notverordnung zu beachten, entsprechend seines Anwendungsbereichs jedoch nur, soweit die Notverordnung für die polizeiliche Gefahrenabwehr erlassen wird. Die Frage der Vorhersehbarkeit und der grundrechtlichen Schutzpflichten entstammen der mittlerweile aufgegebenen Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit, welche es nur bei der polizeilichen Generalklausel gab. Aufgrund dieser Herkunft drängt es sich m.E. nicht auf, dies auch im Rahmen des Notverordnungsrechts speziell zu prüfen.

2. Verfahren

2.1 Delegationsverbot

Beim Notverordnungsrecht ist eine Delegation ausgeschlossen, bei der polizeilichen Generalklausel hingegen nicht. Dies ist m.E. jedoch kein eigentlicher Unterschied, sondern eine Folge der übrigen Unterschiede. Wären nämlich die Anwendungsvoraussetzungen, das Verfahren und die Wirkung der polizeilichen Generalklausel und des Notverordnungsrechts identisch, so würde es keinen Sinn machen, dass der Bundesrat seine Notverordnungskompetenz nicht an eine tiefere Instanz delegieren könnte, obwohl diese tiefere Instanz bereits gestützt auf die polizeiliche Generalklausel dieselben Kompetenzen hätte. Eine Delegation und damit ein Delegationsverbot wären in diesem Fall unnötig.

2.2 Erlassverfahren

Das Verfahren zum Erlass einer Notverordnung durch den Bundesrat ist immer förmlicher Natur. Selbst bei Ausübung eines «Notrealakts» muss der Entscheid des Bundesrates gemäss den Vorschriften des RVOGs erfolgen. Bei der Anrufung der polizeilichen Generalklausel variiert das Verfahren hingegen. Es kann formlos ein Realakt ausgeübt werden, eine Verfügung erlassen oder im förmlichen Verfahren einer Kollektivbehörde eine Verordnung verabschiedet werden.

2.3 Ablösung/Beendigung

Eine Notverordnung ist nicht nur zu befristen, sondern der Bundesrat hat der Bundesversammlung auch innert sechs Monaten nach Erlass einen Entwurf für eine Ablösung durch eine gesetzliche Grundlage oder eine Notverordnung der Bundesversammlung vorzulegen. Eine vergleichbare Regelung gibt es bei der polizeilichen Generalklausel nicht. Angesichts der Beschränkung der

polizeilichen Generalklausel auf die polizeiliche Gefahrenabwehr und der vollen Gesetzesbindung drängt sich ein solches Ablösungsverfahren m.E. auch nicht auf.

Sowohl Notverordnungen wie auch gestützt auf die polizeiliche Generalklausel erlassene Massnahmen können von der erlassenden Behörde aufgehoben werden. Notverordnungen können zusätzlich von der Bundesversammlung aufgehoben oder abgeändert werden. Bei der polizeilichen Generalklausel kommt diese Möglichkeit, je nach anwendbarem Verfahrensrecht, der Aufsichtsbehörde zu.¹⁵⁵ Zudem fallen sowohl Notverordnungen, wie auch Massnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel, dahin, sobald die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht mehr gegeben sind.

2.4 Gerichtliche Überprüfung

Aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV ist eine abstrakte Normenkontrolle einer Notverordnung nicht zulässig. Zudem ist eine akzessorische Normenkontrolle, da es sich um Entscheide auf dem Gebiet der nationalen Sicherheit handelt, lediglich bei Vorliegen eines völkerrechtlichen Anspruchs möglich.

Bei der polizeilichen Generalklausel gibt es beide Beschränkungen nicht. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 83 Bst. a BGG sind als Ausnahmen vom Grundsatz der Rechtsweggarantie restriktiv auszulegen. Sie umfassen lediglich die durch ein grosses Ermessen und ihre vorwiegende politische Natur bestimmte *acte de gouvernement*, worunter insbesondere die Notverordnungen des Bundesrates (und der Bundesversammlung) fallen.¹⁵⁶ Die polizeiliche Generalklausel, welche zwar die innere Sicherheit, nicht aber die nationale Sicherheit betrifft, gehört nicht dazu. Zudem fallen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel erlassene Massnahmen auch nicht unter die gemäss Art. 189 Abs. 4 BV von der abstrakten Normenkontrolle ausgenommenen Akte.

3. Wirkung

Sowohl die polizeiliche Generalklausel als auch das Notverordnungsrecht sind ein Ersatz für eine ansonsten fehlende gesetzliche Grundlage. Gestützt darauf sind selbst schwere Grundrechtseingriffe zulässig.

3.1 Verordnungs- und Verfügungskompetenz

Die polizeiliche Generalklausel und das Notverordnungsrecht erlauben den Erlass von Verordnungen und

¹⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 9), Rz. 1576; TSCHANNEN/ZIMMERMANN/MÜLLER (FN 9), § 5, Rz. 32 u. 34.

¹⁵⁶ HEINZ AEMISEGGER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 83, Rz. 10; BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83, Rz. 23; siehe auch RECHSTEINER (FN 1), Rz. 928; zu den *acte de gouvernement* siehe ausführlich KASPER SUTTER, Gerichtlicher Rechtsschutz in auswärtigen Angelegenheiten, Mit einer Rechtsvergleichung zum französischen «*acte de gouvernement*», Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2012, 28 ff. u. 99 ff.

Verfügungen sowie die Ausübung von Realakten. In der Praxis stehen bei der polizeilichen Generalklausel die Realakte und Verfügungen im Vordergrund, während der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV hauptsächlich Notverordnungen erlässt.

3.2 Rechtsbindung

Das Handeln gestützt auf die polizeiliche Generalklausel darf weder gegen die Verfassung noch gegen das Gesetz verstossen. Die Notverordnung darf ebenfalls nicht gegen die Bundesverfassung verstossen. Bezüglich Bundesgesetzen ist zusammen mit der neueren Lehre von der Zulässigkeit von Massnahmen *contra legem* auszugehen. So hat auch das Bundesverwaltungsgericht die Frage trotz einschlägiger, wenn auch älterer Rechtsprechung des Bundesgerichts kürzlich explizit offengelassen.

Interessant ist, dass die Frage der Gesetzesbindung beim Notverordnungsrecht von fast allen Autoren, unabhängig ob sie eine solche befürworten oder nicht, angesprochen wird. Bei der polizeilichen Generalklausel wird dies hingegen, mit wenigen Ausnahmen, nicht thematisiert.¹⁵⁷

V. Fazit

Die polizeiliche Generalklausel und das bundesrätliche Notverordnungsrecht (Art. 185 Abs. 3 BV) sind zwei miteinander verwandte Institute. Beide setzen für ihre Anwendung eine Gefährdung oder Störung von fundamentalen Rechtsgütern, die Schwere und Unmittelbarkeit dieser Gefährdung bzw. Störung, zeitliche Dringlichkeit, Subsidiarität sowie die Wahrung der Verhältnismässigkeit voraus. Die Massnahmen müssen zwar selbstverständlich auch im öffentlichen Interesse sein. Dieses ist bei der Gefährdung der fundamentalen Rechtsgüter jedoch immer erfüllt. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit sind bei der polizeilichen Generalklausel mit der Frage der Unvorhersehbarkeit und den grundrechtlichen Schutzpflichten im Vergleich zum Notverordnungsrecht zusätzliche Elemente zu prüfen. Wenn Grundrechte betroffen sind, werden bei beiden Instituten höhere Anforderungen an die Verhältnismässigkeit gestellt. Die Schwere und Unmittelbarkeit der Gefährdung bzw. Störung, die zeitliche Dringlichkeit und die Subsidiarität werden jeweils gleich geprüft.

Deutliche Unterschiede gibt es hingegen bei den geschützten Rechtsgütern. Während die polizeiliche Generalklausel nur zum Schutz der Polizeigüter angerufen werden kann, beinhaltet das Notverordnungsrecht darüber hinaus auch eine staatspolitisch-sicherheitspolitische Komponente der inneren Sicherheit sowie den Schutz der äusseren Sicherheit. Dabei muss beachtet werden, dass der Schutz der inneren Sicherheit von der Verbandskompetenz der jeweils handelnden Staatsebene abhängig ist.

Das Notverordnungsrecht nach Art. 185 Abs. 3 BV kann nur vom Bundesrat angerufen werden, die polizeiliche Generalklausel jedoch von jeder Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit. Diese muss bei der polizeilichen Generalklausel jeweils separat geprüft werden.

Während gestützt auf die polizeiliche Generalklausel erlassene Massnahmen verfassungs- und gesetzeskonform sein müssen, darf der Bundesrat mittels des Notverordnungsrechts von Bundesgesetzen abweichen. Als Folge davon ist das Verfahren zum Erlass einer Notverordnung sowie zur Ablösung dieser stark normiert. Und schliesslich ist die abstrakte Normenkontrolle einer Notverordnung ausgeschlossen und die akzessorische eingeschränkt, während die gestützt auf die polizeiliche Generalklausel erlassenen Massnahmen frei überprüft werden können.

¹⁵⁷ Siehe oben II./4./4.2.