

STAATS- UND  
VERWALTUNGSRECHT  
AUF VIER EBENEN

Festschrift für Tobias Jaag

# STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT AUF VIER EBENEN

Festschrift für Tobias Jaag

Herausgegeben von:

Markus Rüssli

Julia Hänni

Reto Häggi Furrer

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne  
Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,  
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012  
ISBN 978-3-7255-6608-2

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber .....	V
Zum Geleit .....	VII
 <b>Allgemeines Staats- und Verwaltungsrecht</b>	
ALAIN GRIFFEL	
Dynamik und Stillstand im Verwaltungsrecht .....	3
PETER KARLEN	
<b>Abschied vom Allgemeinen Verwaltungsrecht?</b>	
Gedanken zu einer Neuorientierung der Verwaltungsrechtslehre .....	15
DANIEL MOECKLI / ANDREA TÖNDURY	
Vom Störerbild zum Störerprinzip – und zurück? .....	25
PIERRE MOOR	
«La nullité doit être constatée en tout temps et par toute autorité» .....	41
MARKUS MÜLLER	
Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens .....	57
BERNHARD RÜTSCHKE	
<b>Was sind öffentliche Rechte und Pflichten?</b>	
Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung .....	69
DANIEL THÜRER / DANIEL STADELMANN	
Federalism – Beyond the (Nation)State .....	81
FELIX UHLMANN	
Ein Professor geht – Gedanken über den Begriff des Verwaltungs- vermögens .....	87

## Kommunale Ebene

THEO LORETAN / PETER SAILE

Amtszeitbeschränkung für Zürcher Gemeindeexekutiven ..... 103

AUGUST MÄCHLER

Ersatzvornahme für die Rechtssetzung der Gemeinden ..... 115

MARKUS RÜSSLI

Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden des Kantons Zürich und  
zwischen dem Kanton und den Gemeinden ..... 129

BENJAMIN SCHINDLER

Die Gemeindeautonomie als Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz  
Ästhetikvorschriften als Reservate kommunaler Willkür? ..... 145

## Kantonale Ebene

GIOVANNI BIAGGINI

Über Rollenfragen und Departementalisierungsgefahren in der inter-  
kantonalen Zusammenarbeit ..... 159

MARCEL BOLZ

Natürliche und direkte Quoren bei der Wahl des aargauischen Grossen  
Rates ..... 167

BERNHARD EHRENZELLER / UELI KIESER / RAFAEL BRÄGGER

Kantonale Spitalplanung – eine kompetenzrechtliche Knacknuss mit  
Beispielcharakter  
Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Überlegungen ..... 179

THOMAS GÄCHTER

Medizinischer Notfalldienst  
Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe? ..... 195

FELIX HELG

Kognition bei der Überprüfung von Prüfungsentscheiden  
Anmerkungen zur Praxis im Kanton Zürich ..... 209

ARNOLD MARTI	
Die Bauaussteckung – bewährte Rechtsschutzzeitigkeit des Schweizer Bau- und Planungsrechts .....	219
MARKUS NOTTER	
«Eine Initiative ist gültig, wenn ...» Zur Praxis der Prüfung von Initiativen und Gegenvorschlägen von Stimmberechtigten auf ihre Gültigkeit nach zürcherischem Verfassungsrecht .....	233
PAUL RICHLI	
Fragwürdige Verrechtlichungen im Bildungswesen .....	247
MARTIN RÖHL	
Staatlicher und landeskirchlicher Rechtsschutz im Kanton Zürich .....	261
PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN	
Hirndoping im Hörsaal Warum das Neuro Enhancement Eingang in die Diskussion über die Integrität in der Wissenschaft finden muss .....	275
CHRISTIAN SCHUHMACHER	
Erscheinungsweisen und Kritik des Verwaltungsstrafrechts des Kantons Zürich .....	289
RAINER J. SCHWEIZER	
Bürgerpflichten im Recht der Kantone .....	301
ADRIAN STRÜTT	
Zur Entwicklung des Kündigungsschutzes im Zürcher Personalrecht .....	321
THIERRY TANQUEREL	
L'interdiction du double non en cas de vote populaire sur une alternative respecte-t-elle la liberté de vote? .....	339
HANS RUDOLF TRÜEB	
GUSTAVO und andere Wege zum Wettbewerb Die kantonalen Gebäudeversicherungen zwischen Staat und Markt .....	355
STEFAN VOGEL	
Landanlagekonzessionen im Kanton Zürich .....	369

## Bundesebene

ANDREAS AUER	
Les cantons comme piliers de la Confédération suisse .....	383
ISABELLE HÄNER	
Transportvertrag	
Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Zivilrechtskleid .....	401
JULIA HÄNNI	
Grundzüge des Schweizerischen Entwicklungsverwaltungsrechts .....	415
PETER HÄNNI	
Staatshaftung bei unterlassener Wahrnehmung von Schutzpflichten	
Grundsatzfragen und Rechtsprechung im Bereich von Menschenrechten .....	429
MARTIN KAYSER	
Verwaltungsgerichte und Politik	
Der lange Abschied von den <i>actes de gouvernement</i> .....	443
REGINA KIENER	
Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz .....	459
VINCENT MARTENET	
L'Assemblée fédérale et les parlements cantonaux face aux ordonnances gouvernementales .....	475
GEORG MÜLLER	
Das Kostendeckungsprinzip als Kriterium für die Bemessung der Flughafengebühren .....	489
TOMAS POLEDNA	
Die Staatsgarantie zwischen Recht und Politik .....	503
PIERRE TSCHANNEN	
Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung? .....	517
BERNHARD WALDMANN	
«Bundesrecht bricht kantonales Recht». Eine Formel mit Fragezeichen .....	533

STEFAN WEHRENBURG

Rechtsschutz im Submissionsrecht – ein Plädoyer für die Einführung von  
Behandlungsfristen ..... 549

ROGER ZÄCH / RETO A. HEIZMANN

Die Anordnung von Entflechtungen im schweizerischen Kartellrecht –  
ein Überblick ..... 565

## Europäische Ebene

HEINZ AEMISEGGER

Probleme bei der Umsetzung der EMRK durch die Schweiz ..... 581

ASTRID EPINEY

Zu den Anforderungen des EU-Rechts und der Aarhus-Konvention an  
den gerichtlichen Zugang für Umweltverbände  
Zum Urteil des EuGH in der Rs. C-115/09 und seinen Implikationen für das  
schweizerische Umweltrecht ..... 599

RETO HÄGGI FURRER / LAURA BUCHER

Das Zwangsgeld der Europäischen Union  
Ein Instrument für das schweizerische Verwaltungsrecht? ..... 611

CHRISTINE KAUFMANN

Helvetia schützt (vor) Strassburg?  
Gedanken zum Verhältnis von EGMR und Demokratie ..... 623

ANDREAS KELLERHALS

Wer sagt denn da, die EU sei nicht demokratisch? ..... 639

ANDREAS KLEY / ALEXANDER SCHAER

«Europas Schicksal wird letzten Endes auch unser Schicksal sein»  
Der Europatag und die Europatagsreden der Schweizer Bundesräte ..... 651

GIORGIO MALINVERNI

Les enjeux de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention  
européenne des droits de l'homme ..... 667

MATTHIAS OESCH	
Die <i>Keck</i> -Formel des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht .....	677
MARKUS SCHOTT	
Die Bedeutung der direkten Demokratie im Verhältnis Schweiz – EU .....	693
MADELEINE SIMONEK	
Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht: Besonderheiten der Rechtfertigungsprüfung im Verhältnis zur Schweiz .....	709
CHRISTA TOBLER	
Rechtsakte mit Verordnungsscharakter im EU-Nichtigkeitsverfahren und ihre Bedeutung für bilateralrechtliche Fälle Oder: «Eine Tafel für Tobias» .....	723
ANDREAS VÖGELI	
Die Scheinselbständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit .....	741
ROLF H. WEBER	
Grundstrukturen des europäischen Verkehrsrechts .....	757
Verzeichnis der Schriften von Tobias Jaag .....	773
Autorenverzeichnis .....	785

# Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz

REGINA KIENER

## Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage .....	459
1.	Französische Malerei .....	460
2.	... Pläne zum Bau von Atombomben .....	460
3.	... und die Brotversorgung des Landes im Krieg .....	461
II.	Bundesrätliches «Notrecht» .....	462
1.	Überblick .....	462
2.	Verfassungsgestütztes Dringlichkeitsrecht .....	462
a.	Polizeiliche Generalklausel .....	463
b.	Verfassungsunmittelbare Handlungsbefugnisse .....	463
c.	Rechtsstaatliche Einbettung .....	464
d.	Insbesondere: Kompetenz zum Handeln «contra legem»? .....	465
3.	Extrakonstitutionelles Notrecht .....	466
III.	Richterliche Unabhängigkeit .....	467
1.	Grundlagen .....	467
2.	Einschränkungsmöglichkeiten? .....	468
IV.	Ergebnisse .....	469
1.	Nochmals: Französische Malerei, Pläne zum Bau von Atombomben, Brotversorgung des Landes im Krieg .....	469
2.	Rechtsstaatliche Reflexe .....	471
3.	Schluss: Staatsräson und Rechtsstaat .....	473

## I. Ausgangslage

In seiner Antwort auf die Interpellation Janiak vom 11. August 2009 («Handhabung von Notrecht durch den Bundesrat») erklärte der Bundesrat, die Wahrung der Landesinteressen und der Schutz der inneren und äusseren Sicherheit könnten «... unter Umständen auch Massnahmen notwendig machen, die faktisch zu einer Einschränkung der Wahrheitsermittlung in einem Strafprozess und im Kern zu einer Kollision der Zuständigkeiten der Exekutive und der Judikative führen können»<sup>1</sup>. Verschiedene

<sup>1</sup> Interpellation 09.3729 (Janiak, 11. August 2009, Handhabung von Notrecht durch den Bundesrat), Antwort des Bundesrates vom 2. September 2009.

Beispiele belegen, dass der Bundesrat bereit ist, auch Massnahmen im Zuständigkeitsbereich der Justiz zu treffen.

## 1. Französische Malerei ...

Vom 17. Juni bis zum 13. November 2005 waren in Martigny insgesamt 54 Bilder aus der Sammlung des Moskauer Puschkin-Museums ausgestellt<sup>2</sup>. Auf Antrag der Genfer Handelsfirma Noga, die eine Forderung gegen die russische Regierung durchsetzen wollte, ordnete das Betreibungsamt Genf die Beschlagnahmung der Bilder an und beauftragte das Betreibungsamt Martigny mit deren Durchführung. Gegen die Beschlagnahmung intervenierte das EDA mit verschiedenen dringlichen Telefax-Sendungen, in denen auf die völkerrechtliche Unzulässigkeit des Vorgangs hingewiesen wurde. Das Betreibungsamt Martigny hob die Beschlagnahmung umgehend auf, Noga reagierte wiederum, focht den Entscheid beim Bezirksgericht Martigny an, welches in einer superprovisorischen Verfügung die aufschiebende Wirkung der Anfechtung anordnete, womit die Arrestierung wieder gültig war. Drei Lastwagen, mittlerweile mit den Kunstwerken unterwegs, wurden an der Schweizer Grenze angehalten. Nach offenbar hektischem Hin und Her beschloss der Bundesrat einen Tag später, dass «die Kulturgüter aus der Kunstsammlung des russischen Nationalmuseums Puschkin in Moskau, die von den Behörden des Kantons Wallis beschlagnahmt worden sind, die Schweiz verlassen dürfen»<sup>3</sup>. Der Beschluss trat sofort in Kraft und unterstand keinem Rechtsmittel; die zuständigen Behörden von Bund und Kantonen wurden angewiesen, die bundesrätliche Anordnung umgehend auszuführen. Der Beschluss stützte sich auf Art. 184 Abs. 3 BV, wonach der Bundesrat die notwendigen Massnahmen zum Schutz nationaler Interessen treffen kann. Die Begründung: Kulturgüter gälten völkerrechtlich als öffentliches Eigentum und dürften nicht für private Zwecke beschlagnahmt werden<sup>4</sup>.

## 2. ... Pläne zum Bau von Atombomben ...

Am 13. Oktober 2004 eröffnete die Bundesanwaltschaft ein gerichtspolizeiliches Ermittlungsverfahren, in dessen Verlauf auch umfangreiche Geschäftsakten beschlag-

2 Sachverhalt nach ODENDAHL KERSTIN, Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter. Eine Analyse der Affäre und die Beschlagnahmung der Gemälde aus dem Puschkin-Museum im November 2005, AJP 2006, S. 1175 ff., 1175 f.; vgl. auch die Darstellung im Bericht der SPK-N, Pa.Iv. Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen vom 5. Februar 2010, BBl 2010 S. 1563 ff., 1572.

3 Medienmitteilung EDA vom 16. November 2005.

4 Ebenda. Der Fall dürfte sich kaum wiederholen, da heute die vorgängige Rückgabegarantie gemäss BG vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG; SR 444.1) gilt.

nahm wurden<sup>5</sup>. Diese – so stellte sich heraus – enthielten auch Pläne für den Bau von Kernwaffen. Die internationale Dimension des Falles beschäftigte neben den Strafverfolgungsbehörden auch den Bundesrat. Er zog die ursprünglich von der Bundesanwaltschaft beschlagnahmten Akten an sich und ordnete am 14. November 2007 die Vernichtung des gesamten beschlagnahmten Beweismaterials aus dem laufenden Ermittlungsverfahren an. Die Vernichtung der Pläne sollte verhindern, dass diese in unbefugte Hände fallen und damit zu einer Gefahr für die internationale Sicherheit werden könnten<sup>6</sup>. Zwar tauchten die vernichtet geglaubten Akten später wieder auf. Dieser Umstand ändert indessen nichts daran, dass der Bundesrat mit der Anordnung der Aktenvernichtung eine Massnahme traf, die Auswirkungen auf ein hängiges Justizverfahren hatte<sup>7</sup>.

### 3. ... und die Brotversorgung des Landes im Krieg

Gestützt auf den Vollmachtenbeschluss vom 3. August 1914 erliess der Bundesrat am 13. Dezember 1915 den Beschluss über die Brotversorgung des Landes, welcher strafbewehrt vorschrieb, dass sämtliche Mühlen des Landes aus Brotgetreide nur noch sog. «Vollmehl» herstellen durften<sup>8</sup>. Da der Ausmahlungsgrad seines Mehls nicht den Vorschriften entsprach, wurde der Thurgauer Müller Böhi angezeigt. Das einschlägige Bundesgesetz sah die Bestrafung indessen nur bei vorsätzlicher Übertretung der Mahlvorschriften vor, vorsätzliche Tatbegehung konnte dem Müller aber nicht nachgewiesen werden, und er wurde durch die kantonalen Strafbehörden freigesprochen. Das von der Staatsanwaltschaft angerufene Bundesgericht bestätigte diese Rechtslage und wies das Urteil zur Abklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurück<sup>9</sup>. Während der Rechtshängigkeit des Verfahrens beschloss der Bundesrat nun «in authentischer Interpretation» der bisher ergangenen Kriegsverordnungen<sup>10</sup>, dass sich die Strafdrohungen auch auf fahrlässige Widerhandlungen erstreckten. Darüber hinaus erliess er ein Kreisschreiben an die Kantone, wonach diese authentische In-

5 Vgl. zum Sachverhalt den Bericht GPDel, Fall *Tinner*: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung vom 19. Januar 2009, BBl 2009 S. 5007 ff.; den Bericht SPK-N zur Pa.Iv. (Anm. 2), 1572 ff.; BGer, 1B\_265/2009 vom 25. Januar 2010, sowie eingehend SCHOTT MARKUS/KÜHNE DANIELA, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010, S. 409 ff., 423 ff.

6 Medienmitteilung der GPDel vom 30. Juni 2009.

7 Vgl. BGer, 1B\_265/2009 vom 25. Januar 2010 E. 3.3.; vgl. auch ZIMMERLI ULRICH, Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen, in: *Justice-Justiz-Giustizia* 2009/4 Rz. 17.

8 Die in Anm. 9 bis 12 zitierten Quellen beruhen auf der Arbeit von KLEY ANDREAS, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Bern 2008, S. 265.

9 BGE 43 I 321 E. 3; vgl. auch das Urteil vom 29. September 1917 in Pra 6 Nr. 178.

10 Bundesratsbeschluss betreffend die Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlungen gegen die Kriegsverordnungen des Bundesrates und seiner Departemente vom 26. Dezember 1917, AS 1917 S. 1122.

terpretation auf bereits begangene Widerhandlungen zurückwirke<sup>11</sup>. Das Thurgauer Obergericht verurteilte deshalb Böhi wegen fahrlässiger Tatbegehung, und auch das Bundesgericht sah sich an die rückwirkende, notrechtlich verordnete Interpretation gebunden und wies die Beschwerde ab<sup>12</sup>.

## II. Bundesrätliches «Notrecht»

### 1. Überblick

Den drei geschilderten Anordnungen ist gemeinsam, dass sie direkte Auswirkungen auf hängige Justizverfahren hatten und sich der Bundesrat auf seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen zum Erlass von «Notrecht»<sup>13</sup> berief. Damit stellt sich die Frage, welche «notrechtlichen» Kompetenzen die Verfassung dem Bundesrat einräumt und vor allem: ob diese Kompetenzen auch zu Anordnungen im Zuständigkeitsbereich der Justiz ermächtigen. Das Bedürfnis nach Klärung dieser Frage ist ausgewiesen, geniesst die richterliche Unabhängigkeit doch ebenfalls Verfassungsrang. Zudem beharrt der Bundesrat auf der Zulässigkeit justizbezoglicher Massnahmen, wie das eingangs aufgeführte Zitat belegt, Massnahmen, die jeweils vom Gesamtbundesrat ausgingen und damit – anders als etwa justizfeindliche Äusserungen einzelner Amtsträger<sup>14</sup> – institutionell verantwortet sind.

### 2. Verfassungsgestütztes Dringlichkeitsrecht

In einem Rechtsstaat ist Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns das Recht. Diesen Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 BV ausdrücklich fest und verankert damit das Legalitätsprinzip, welches alle Träger staatlicher Macht und damit auch den Bundesrat verpflichtet. In aussergewöhnlichen Situationen stösst die Möglichkeit vorausschauender Normierung allerdings an Grenzen<sup>15</sup>. Dies anerkennt auch die Bundesverfassung und stellt den Behörden – namentlich auch der vollzugskompetenten

11 Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen über den Bundesratsbeschluss vom 26. Dezember 1917 betreffend die Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlungen gegen die Kriegsverordnungen des Bundesrates und seiner Departemente, BBl 1917 IV S. 1012 f.

12 BGE 44 I 87 ff.

13 Der Begriff wird in Politik und Lehre uneinheitlich verwendet; Kritik schon bei SCHELBERT BEAT, Die rechtliche Bewältigung ausserordentlicher Lagen im Bund, Diss., Bern 1986, S. 156; jüngst BIAGGINI GIOVANNI, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 19 N. 51; KLEY ANDREAS, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130 (2011) I S. 123 ff., 124 ff.

14 Vgl. ZIMMERLI (Anm. 7), Rz. 1.

15 Vgl. BGE 128 I 327 E. 4.2.

Verwaltung – ein Instrumentarium an Ermächtigungen zur Verfügung, welches erlaubt, bei Gefahr im Verzug auch ohne formell-gesetzliche Grundlage zu handeln<sup>16</sup>.

### a. Polizeiliche Generalklausel

Die polizeiliche Generalklausel ist in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV mit Blick auf Grundrechtseingriffe positiviert, darüber hinaus aber auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt<sup>17</sup>. Sie ermächtigt die Behörden (und damit auch den Bundesrat), ohne gesetzliche Grundlage zu handeln und dabei auch in Grundrechte einzugreifen, vorausgesetzt, es drohe eine ernsthafte, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr<sup>18</sup>. Das Bundesgericht verlangt für die Anwendung der Polizeigeneralklausel, dass «die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, die unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln»<sup>19</sup>. Die polizeiliche Generalklausel ist folglich nur – aber immerhin – ein Surrogat für eine fehlende gesetzliche Grundlage<sup>20</sup>.

### b. Verfassungsunmittelbare Handlungsbefugnisse

Unmittelbar gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV darf der Bundesrat im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten befristete Verordnungen und Verfügungen erlassen, wenn «die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert». Diese verfassungsunmittelbare Handlungsermächtigung will die aussenpolitische Interessenwahrung des Landes sichern, nicht die Bewältigung ausserordentlicher Lagen oder eigentlicher Notsituationen<sup>21</sup>. Sind neben Belangen der Aussenpolitik auch Sicherheitsinteressen betroffen, muss sich die entsprechende Massnahme deshalb zusätzlich auf Art. 185 Abs. 3 BV

16 Das entsprechende Instrumentarium der Bundesversammlung (Art. 165 BV, Gesetzgebung bei Dringlichkeit, und Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV, Verordnungs- und Verfügungsrecht in ausserordentlichen Lagen) steht hier nicht zur Debatte.

17 HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2467.

18 BGE 121 I 22 E. 4b/aa; ebenso AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 36 N. 11; BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 36 N. 16; ERRASS CHRISTOPH/ZÜND ANDREAS, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 147/2011 S. 261 ff., 273 ff.; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007, S. 94; MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf, S&R 2008 S. 4 ff., 10; SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, S. 61; SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (nachfolgend als St. Galler Kommentar BV zitiert), Art. 36 N. 12.

19 BGE 126 I 112 E. 4b, 130 I 369 E. 7.3; zur engen Auslegung der polizeilichen Generalklausel neuerdings EGMR, Gsell c. Schweiz vom 8. Oktober 2009, Rz. 61.

20 KIENER/KÄLIN (Anm. 18), S. 97 mit Hinweis auf BGE 100 Ia 392 E. 3.

21 BIAGGINI (Anm. 18), Art. 184 N. 12; Botschaft über eine neue BV vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 1 ff., 417; SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 419, m.w.H. in FN 33.

abstützen<sup>22</sup>. Diese Bestimmung stellt eine Konkretisierung der polizeilichen Generalklausel dar und ermächtigt den Bundesrat generell dazu, eingetretenen oder unmittelbar drohenden, schweren Störungen der öffentlichen Ordnung und der inneren und äusseren Sicherheit zu begegnen, und dazu die ihm erforderlich scheinenden Verordnungen und Verfügungen zu erlassen<sup>23</sup>. In jüngerer Zeit hat der Bundesrat vermehrt von seiner Kompetenz zum Erlass verfassungsunmittelbarer Verordnungen und Verfügungen Gebrauch gemacht<sup>24</sup>. Formell stützten sich die entsprechenden Anordnungen auf Art. 184 Abs. 3 oder auf Art. 185 Abs. 3 BV, regelhaft aber auf beide Bestimmungen<sup>25</sup>.

### c. Rechtsstaatliche Einbettung

Beim Erlass von verfassungsunmittelbaren Massnahmen operiert der Bundesrat nicht im rechtsfreien Raum. Erstens müssen die inhaltlichen *Anwendungsvoraussetzungen* der entsprechenden Verfassungsnorm eingehalten sein. Im Fall der ausserpolitischen Handlungskompetenzen gemäss Art. 184 Abs. 3 BV ist verlangt, dass die ausserpolitische Situation ein rasches Handeln erfordert<sup>26</sup>. Bei Anordnungen zum Schutz der inneren und äusseren Sicherheit gemäss Art. 185 BV ist wie bei der polizeilichen Generalklausel vorausgesetzt, dass hochrangigen Schutzgütern eine ernsthafte, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr droht, also eine gewisse Dringlichkeit vorliegt<sup>27</sup>; eine grundlegende Gefährdung des Staates wie im Staatsnotstand ist nicht

22 HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1867.

23 LIENHARD ANDREAS/HÄSLER PHILIPP, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, SBVR III/1 Basel 2008, S. 95 ff., N. 107; MOHLER MARKUS H. F., Vernetzung von Sicherheit, ebenda, S. 521 ff., N. 37; MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Notrecht ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, S&R 2010 S. 101 ff., 101; RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel 2000, S. 290; RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 1208; SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik und inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001, S. 158; SCHWEIZER RAINER J., St. Galler Kommentar BV, Art. 36 N. 17; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 46 N. 25 ff.; betr. Einordnung anders wohl BIAGGINI (Anm. 18), Art. 185 N. 11; SAXER URS, St. Galler Kommentar BV, Art. 185 N. 40 f.

24 Gestützt auf die Vorgängerbestimmung Art. 102 Ziff. 8 BV 1874 ergingen u.a. das Verbot der Herausgabe von Dokumenten an die USA im Fall Marc Rich (SJR 1984, S. 161) und die Blockierung der Vermögenswerte des ehemaligen philippinischen Präsidenten Marcos (Jahresbericht der Eidg. Bankenkommision 1986, S. 25).

25 Vgl. die Auflistungen im Bericht SPK-N (Anm. 2), 1570; ausführlich KÜNZLI JÖRG, Vom Umgang des Rechtsstaats mit Unrechtsregimes, Bern 2008, S. 208 ff.

26 Vgl. BGE 132 I 229 E. 10, der für den Erlass von Verordnungen Notwendigkeit und Dringlichkeit verlangt; vgl. auch BIAGGINI (Anm. 18), Art. 184 N. 13; RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 2703.

27 Bei der Abstützung auf Art. 185 Abs. 3 BV ist zudem verlangt, dass die Bundesversammlung ihre parallelen Kompetenzen (Art. 173 BV) nicht wahrgenommen hat, vgl. THÜRER DANIEL/TRUONG BINH/SCHWENDIMANN FELIX, St. Galler Kommentar BV, Art. 184 N. 18; SAXER, St. Galler Kommentar BV, Art. 185 N. 3.

erforderlich<sup>28</sup>. Ein Dispens vom Gesetzmässigkeitsprinzip rechtfertigt sich mithin nur bei einer unmittelbaren Gefährdung von wichtigen individuellen oder kollektiven Rechtsgütern<sup>29</sup>. Zweitens greifen die verfassungsunmittelbaren Handlungsermächtigungen nur *subsidiär*, wenn kein oder kein geeignetes legales Mittel vorhanden ist<sup>30</sup>, also die aus demokratisch-rechtsstaatlicher Sicht erforderlichen Rechtsgrundlagen in einer von Dringlichkeit geprägten Situation nicht zur Verfügung stehen<sup>31</sup>. Drittens sind auch bei Gefahr in Verzug die *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* verbindlich zu beachten. Namentlich bleibt der Bundesrat beim Erlass verfassungsunmittelbarer Anordnungen an das öffentliche Interesse und an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden; immer zu respektieren ist der Kerngehalt von Grundrechten<sup>32</sup>.

#### d. Insbesondere: Kompetenz zum Handeln «contra legem»?

Nach dem Gesagten ist der Bundesrat unter gewissen Voraussetzungen zum Handeln «*praeter legem*» ermächtigt. Die Kompetenz zum verfassungsunmittelbaren Handeln deckt aber keine Massnahmen «*contra legem*»; über bestehende Gesetze und Verfassungsnormen kann sich der Bundesrat folglich auch in dringlichen Situationen nicht hinwegsetzen<sup>33</sup>. Nichts anderes galt unter den früheren Bundesverfassungen: Gemäss Einleitungssatz zu Art. 102 BV 1874 (bzw. Art. 90 BV 1848) galten die Befugnisse des Bundesrates «innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung». Diese Bestimmung sollte im Rahmen der Totalrevision nachgeführt, keinesfalls aber gelo-

28 So auch ZIELNIEWICZ AGATA, Zur stärkeren Beteiligung der Bundesversammlung in ausserordentlichen Lagen, in: Parlament, Parlement, Parlamento 13. Jahrgang - 2/10, S. 24 ff., 27.

29 Vgl. BIAGGINI (Anm. 18), Art. 185 N. 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Anm. 22), N. 1863 f.; MÜLLER/JENNI (Anm. 18), S. 14; RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 2701; SCHEFER (Anm. 18), S. 61 ff. m.w.H. auf die bundesgerichtliche Praxis; TSCHANNEN (Anm. 23), § 46 Rz. 25.

30 BGE 121 I 22 E. 4b/bb; KLEY (Anm. 13), S. 124; MÜLLER/JENNI (Anm. 18), S. 15.

31 Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht. Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 111/2010, S. 1 ff., 28.

32 Vgl. BGE 126 I 112 E. 4b, 132 I 229 E. 10.1; zudem BIAGGINI (Anm. 18), Art. 185 N. 10; DERS., Die «Al-Qaida»-Verordnung, in: ius.full (Forum für juristische Bildung) 1. Jahrgang 1/2002 S. 22 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Anm. 22), N. 1863; SAXER, St. Galler Kommentar BV, Art. 185 N. 43; SCHEFER (Anm. 23), S. 159; in diese Richtung auch SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 418; TSCHANNEN (Anm. 23), § 46 Rz. 26; vgl. auch Botschaft BV (Anm. 21), S. 418.

33 BIAGGINI (Anm. 18), Art. 185 N. 10 und Art. 184 N. 13 mit Hinweis auf den Bundesratsentscheid vom 18. Oktober 1995, Massnahmen gegen Libyen, in: VPB 60.88, 1996; DERS., (Anm. 31), S. 29; GÄCHTER THOMAS, Demokratie und Dringlichkeit. Gedanken zu Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts der schweizerischen Bundesverfassung, in: Isabelle Häner (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte. Beiträge für Alfred Kölz, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 75 ff., 88 und S. 96 f.; KÜNZLI (Anm. 25), S. 213; AUBERT/MAHON (Anm. 18), Art. 184 N. 17; ebenso RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 2702; SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 420; Botschaft BV (Anm. 21), S. 419; vgl. auch den BGE 122 IV 258 E. 2a (zu Art. 102 Ziff. 8–10 BV); a.M. bzgl. Erlass von gesetzeswidrigen Verordnungen im Bereich aussenpolitischer Kompetenzen SAXER, St. Galler Kommentar BV, Art. 185 N. 42, der sogar eine Abweichung von der Verfassung als zulässig erachtet; THÜRER, St. Galler Kommentar BV, Art. 184 N. 22; vgl. auch BGE 100 Ib 318 E. 3.

ckert werden<sup>34</sup>. Zumindest bezüglich verfassungsunmittelbarer Verfügungen gilt zudem Art. 190 BV. Demnach haben das Bundesgericht «und die anderen rechtsanwendenden Behörden» – wozu auch der Bundesrat beim Erlass dringlicher Verfügungen gehört – Bundesgesetze zu beachten und damit anzuwenden<sup>35</sup>.

### 3. Extrakonstitutionelles Notrecht

Vom verfassungsrechtlich vorgesehenen Dringlichkeitsrecht ist das echte Not- bzw. Notstandsrecht zu unterscheiden. Anders als andere Verfassungsordnungen<sup>36</sup> enthält die Bundesverfassung keinen Notstandsartikel. Die Zulässigkeit von extrakonstitutionellem Notrecht wurde in der älteren Staatsrechtslehre teilweise verneint<sup>37</sup>, nicht zuletzt unter dem Eindruck der Vollmachtenbeschlüsse der Bundesversammlung aus den Jahren 1914 und 1939, die dem Bundesrat unbeschränkte Handlungsvollmachten eingeräumt hatten<sup>38</sup>. Heute ist anerkannt, dass die staatsleitenden Behörden in ausserordentlichen Lagen berechtigt sind, extrakonstitutionelles Notrecht zu erlassen und dabei alle Massnahmen zu treffen, die zum Fortbestand von Staat und Volk erforderlich sind – auch entgegen bestehendem Verfassungsrecht<sup>39</sup>. Vorausgesetzt für die Geltendmachung dieser ungeschriebenen Kompetenz ist eine für das Land existenzielle Bedrohungslage, beispielsweise Krieg, tödliche Seuchen, schwerste Naturkatastrophen oder schwerste technische Störfälle<sup>40</sup>. Zudem darf das Notrecht einzig als *ultima ratio* greifen, wenn die verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren nicht mehr möglich sind und auch die Polizeinotbefugnisse gemäss Art. 185 Abs. 3

34 BIAGGINI (Anm. 31), S. 29 f.; vgl. auch SCHINDLER DIETRICH, Art. 102 Ziff. 8 Rz. 123 und EICHENBERGER KURT, Art. 102 Ziff. 10 Rz. 166, beide in Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (nachfolgend Komm. aBV zitiert).

35 So KÜNZLI (Anm. 25), S. 216.

36 Vgl. etwa Art. 91 (innerer Notstand) und Art. 115a ff. (Verteidigungsfall) des deutschen Grundgesetzes.

37 Namentlich von GIACOMETTI ZACCARIA, zunächst strikt ablehnend (vgl. Das selbständige Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates, SJZ 31/1935, S. 257 ff.; Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945), später relativierend (vgl. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960, S. 162 f.); vgl. zur historischen Kontroverse GÄCHTER (Anm. 33), S. 78 ff.; vgl. auch KLEY (Anm. 13), S. 127 ff.

38 Vgl. die Vollmachtenbeschlüsse der Bundesversammlung vom 3. August 1914 (AS 1914 S. 347 f.) und 30. August 1939 (AS 1939 S. 769 f.); das Vollmachtenregime wurde 1952 beendet (Bundesbeschluss über die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates vom 18. Dezember 1950, AS 1950 S. 1493 f.); zum Ganzen KLEY (Anm. 8), S. 263 und 283 f.

39 AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Band 1, 2. Aufl., Bern 2006, Rz. 1585 ff.; BELLANGER FRANÇOIS, Droit de nécessité et état d'exception, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 1261 ff. N. 35 ff.; GÄCHTER (Anm. 33), S. 101; RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), Rz. 24; TSCHANNEN (Anm. 23), § 10 N. 12; DERS., St. Galler Kommentar BV, Art. 165 N. 11; vgl. Botschaft BV (Anm. 21), S. 419; zur älteren Lehre vgl. GIACOMETTI (Anm. 37).

40 TSCHANNEN (Anm. 23), § 10 N. 12.

BV nicht ausreichen<sup>41</sup>. Dann – und nur dann – sind Parlament und Bundesrat berechtigt, auch entgegen bestehendem Verfassungsrecht zu handeln und alle Massnahmen zu treffen, die zum Fortbestand von Staat und Volk erforderlich sind<sup>42</sup>. Ein Kernbestand von Rechtsstaatlichkeit ist auch im Staatsnotstand zu wahren: Notrechtliche Massnahmen finden ihre Grenze am zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*), an den notstandsfesten Garantien von Menschenrechtspakten und an den Kerngehalten von Grundrechten<sup>43</sup>.

### III. Richterliche Unabhängigkeit

#### 1. Grundlagen

Im gewaltenteiligen Verfassungsgefüge charakterisiert sich ein Gericht als rechtsprechende Behörde, die von den anderen Staatsgewalten, namentlich von der Exekutive unabhängig ist. Positiviert wird dieser Grundsatz in Art. 191c BV. Grundrechtliche Entsprechung bildet Art. 30 Abs. 1 BV, menschenrechtliche Absicherung bieten Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II<sup>44</sup>. Die entsprechenden Garantien verpflichten alle denkbaren Akteure und damit auch den Bundesrat<sup>45</sup>.

Funktioneller Kern der richterlichen Unabhängigkeit ist die *Selbständigkeit* und *Weisungsfreiheit* in der Entscheidungsfindung. Deshalb ist jede verbindliche Anleitung der Rechtsprechung von aussen untersagt<sup>46</sup>, ein Verfahren darf nicht der gerichtlichen Zu-

41 EICHENBERGER, Komm aBV, Art. 102 N. 15 und 168; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Anm. 22), N. 1801 ff.; HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl., Basel 2008, § 15 Ziff. 2; RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 24; TSCHANNEN (Anm. 23), § 10 N. 12; vgl. Botschaft BV (Anm. 21), S. 419.

42 TSCHANNEN (Anm. 23), § 10 N. 12.

43 RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 1097; SCHEFER (Anm. 18), S. 97; TSCHANNEN (Anm. 23), § 10 N. 12; vgl. den Bericht SPK-N zur Pa.Iv. (Anm. 2), S. 1568.

44 BGE 126 I 228 E. 2a/bb; zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK statt anderer EGMR, *Baischer c. Österreich* vom 20. Dezember 2001, Rz. 23; EGMR, *Demicoli c. Malta* vom 27. August 1991, Rz. 39 f.; zu Art. 14 UNO-Pakt II *Bahamonde c. Äquatorialguinea* vom 20. November 1993, Rz. 9.4.; KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 38 f., 228 ff.; zu den entsprechenden Garantien der EMRK GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, § 24 N. 32 ff.; VAN DIJK PIETER et al. (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl., Antwerpen/Oxford 2006, S. 614 ff.; zu Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II NOWAK MANFRED, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005, Art. 14 Rz. 2 und 25.

45 Vgl. EICHENBERGER KURT, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern 1960, S. 43 ff.

46 KIENER (Anm. 44), S. 236 f. m.w.H.; seither AUBERT/MAHON (Anm. 18), Art. 30 N. 7; BIAGGINI (Anm. 18), Art. 30 N. 7; STEINMANN GEROLD, *St. Galler Kommentar BV*, Art. 30 N. 6; vgl. zudem Europarat, *Empfehlung R(2010)12*, Ziff. II; UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Ziff. 4.

ständigkeit *entzogen*<sup>47</sup> und ein Gerichtsurteil allein durch ein oberes Gericht oder durch das Gericht selber im Rahmen der Revision *abgeändert* werden<sup>48</sup>. Nicht-gerichtlichen Behörden ist die Aufhebung oder Änderung eines gerichtlichen Urteils untersagt. Parlamentarische Amnestie oder Begnadigung vorbehalten, ist die richterliche Unabhängigkeit nur gewahrt, wenn ein rechtskräftiges Urteil auch *vollstreckt* wird<sup>49</sup>.

## 2. Einschränkungsmöglichkeiten?

Verfahrensgarantien wie der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II gehören nicht zum notstandsfesten Kern der internationalen Menschenrechtskonventionen und zählen grundsätzlich nicht zum völkerrechtlichen *ius cogens*<sup>50</sup>. Allerdings anerkennen die Vertragsorgane, dass grundlegende Elemente von Verfahrensfairness jederzeit zu respektieren sind; ein Strafurteil darf deswegen auch im Notstandsfall allein durch ein Gericht ausgesprochen werden und die Unschuldsvermutung ist jederzeit zu wahren<sup>51</sup>. Die Lehre erachtet Einschränkungen prozessualer Garantien auch im Notstand nur in dem Mass für zulässig, als sie zwingend erforderlich sind<sup>52</sup>. Aus der landesrechtlichen Optik verlangt Art. 36 Abs. 4 BV, dass die Kerngehalte von Grundrechten jederzeit und damit auch im Notstandsfall zu beachten sind. Die Lehre anerkennt als Kern der institutionellen Unabhängigkeit eines Gerichts das Verbot der Ausnahmegerichte sowie weitere Gehalte, die in einem engen Zusammenhang mit dem absoluten Verbot der Ausnahmegerichte stehen<sup>53</sup>.

Ausserhalb von Notstandssituationen und damit auch in Situationen innen- oder ausserpolitischer Dringlichkeit darf der Bundesrat «*praeter legem*» handeln, bleibt aber an bestehende Gesetze und Verfassung gebunden und muss deshalb auch die richterliche Unabhängigkeit beachten – es sei denn, die Garantie könne einem Freiheitsrecht gleich unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV beschränkt werden. Indessen sind Verfahrensgarantien anders als Freiheitsrechte von Beginn an als Mindestgaran-

47 EGMR, *Bryan c. Vereinigtes Königreich* vom 22. November 1995, Rz. 38; EGMR, *Van de Hurk c. Niederlande* vom 19. April 1994, Rz. 45–52.

48 Grundlegend EGMR, *Bentham c. NL* vom 23. Oktober 1985, Rz. 43; EGMR, *Belilos c. Schweiz* vom 29. April 1988, Rz. 64; seither statt anderer EGMR, *Morris c. UK* vom 26. Februar 2002, Rz. 73 ff. oder EGMR, *Brumarescu c. Rumänien* vom 28. Oktober 1999, Rz. 61 f.

49 EGMR, *Van de Hurk c. Niederlande* vom 19. April 1994, Rz. 50 ff.; EGMR, *Hornsby c. Griechenland* vom 19. März 1997, Rz. 40; anders BGE 132 I 229 E. 9, wonach eine Verfügung des Bundesamtes für Polizei, welche die Vollstreckung eines rechtskräftigen Gerichtsurteils verhindert, keine Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht bedeute.

50 BGE 133 II 450 E. 7.3.

51 CCPR, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), Ziff. 16; vgl. auch Human Rights Committee, CCPR, General Comment N. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, Ziff. 6.

52 SCHEFER (Anm. 23), S. 153, 529, je m.w.H.

53 KIENER (Anm. 44), S. 321; SCHEFER (Anm. 23), S. 544 f.; vgl. auch BGE 117 Ia 378 E. 4b.

tien konzipiert und erweisen sich damit *grundsätzlich als eingriffsfest*. Die in Art. 36 BV verankerte Schrankennorm findet folglich – von Ausnahmefällen wie namentlich gewissen Teilgehalten des rechtlichen Gehörs abgesehen – keine Anwendung<sup>54</sup>. Die Eingriffsresistenz wirkt in besonderem Masse für die Garantie des unabhängigen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV. Sie bildet die grundrechtliche Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit gemäss Art. 191c BV und stellt in dieser dualen Verankerung einen Pfeiler jedes demokratischen Rechtsstaats dar<sup>55</sup>. Die Analyse der einschlägigen Urteile zeigt denn auch, dass das Bundesgericht und namentlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte von einem bestimmten Mindestgehalt der Unabhängigkeitsgarantie ausgehen, dessen Beeinträchtigung gleichzeitig eine Verletzung des Anspruchs darstellt – eine Interessenabwägung findet nicht statt. Weil immer auch der äussere Anschein der Unabhängigkeit zählt<sup>56</sup>, kann für eine Konventionsverletzung sogar schon genügen, dass die Exekutive entsprechende Eingriffskompetenzen hat, unbesehen des Umstands, ob sie diese nutzt oder nicht<sup>57</sup>.

#### IV. Ergebnisse

Im Licht dieser Erkenntnisse lassen sich die eingangs beschriebenen Interventionen wie folgt einordnen:

##### 1. Nochmals: Französische Malerei, Pläne zum Bau von Atombomben, Brotversorgung des Landes im Krieg

Bei der Aufhebung der Beschlagnahmung von Bildern aus dem *Puschkin-Museum* waren die sachlichen Voraussetzungen für verfassungsunmittelbares Handeln des Bundesrats gemäss Art. 184 Abs. 3 BV – Wahrung der Interessen des Landes in ausserpolitischen Belangen – erfüllt: Dem Bundesrat steht im Bereich der Aussenpolitik die operative Führung zu, und er verfügt über entsprechendes Einschätzungsermessen<sup>58</sup>. Aus der völkerrechtlichen Perspektive wurde die Verfügung des Bundesrats denn auch begrüsst<sup>59</sup>. Aufgrund der fundamentalen Bedeutung der Garantien richterlicher Unabhängigkeit – die mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II ebenfalls völkerrechtliche Geltung beanspruchen – greift die unbesehene Privilegierung

54 KIENER/KÄLIN (Anm. 18), S. 407 f.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, Art. 36 N. 7; in diese Richtung auch BIAGGINI (Anm. 18), Art. 36 N. 4; TSCHANNEN (Anm. 23), § 7 N. 96.

55 KIENER/KÄLIN (Anm. 18), S. 446 f.

56 Ständige Rechtsprechung seit EGMR, *Delcourt c. Belgien* vom 17. Januar 1970, Rz. 30; BGE 126 I 228 E. 2c) dd.

57 Vgl. insbes. EGMR, *Bentham c. Niederlande* vom 23. Oktober 1985, Rz. 43; vgl. statt vieler GRABENWARTER/PABEL (Anm. 44), § 24 N. 29.

58 Vgl. EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 166 N. 6 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Anm. 22), Rz. 1658 ff.; RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 3692 ff.

59 ODENDAHL (Anm. 2), S. 1184.

des Völkerrechts indessen zu kurz<sup>60</sup>. Im vorliegenden Fall intervenierte der Bundesrat in ein Verfahren, das beim gesetzlich zuständigen Gericht hängig war und dessen rechtskonforme Durchführung zu keinem Zeitpunkt infrage stand. Die Intervention erfolgte *contra legem*, im klaren Widerspruch zur gesetzlichen Verfahrensordnung. Sie war im Ergebnis durch Art. 184 Abs. 3 BV nicht gedeckt und bleibt damit aus der verfassungsrechtlichen Perspektive in der Tat «äusserst fragwürdig»<sup>61</sup>.

Im *Fall Tinner* liesse sich diskutieren, ob eine unmittelbar drohende schwere Störung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit tatsächlich gegeben und die vollständige Vernichtung des Aktenmaterials tatsächlich erforderlich und damit verhältnismässig war<sup>62</sup>. Als oberste leitende und vollziehende Behörde (Art. 174 BV) in Angelegenheiten der inneren und äusseren Sicherheit verfügt der Bundesrat indessen über einen Ermessensspielraum, den es bei der Bewertung der Dringlichkeit der Situation zu respektieren gilt. Zudem war der Bundesrat als Geheimnisherr befugt, unter Berufung auf übergeordnete Sicherheitsinteressen die Herausgabe der in seinem Zuständigkeitsbereich befindlichen Akten in ein prinzipiell öffentliches Verfahren zu verweigern<sup>63</sup>. Dieser Umstand hat allerdings Folgen für das nachfolgende Strafverfahren, ist aus Fairnessgründen doch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass allenfalls belastendes bzw. entlastendes Material nicht ins Verfahren eingeführt werden konnte. Über die Weigerung der Aktenherausgabe hinaus hat der Bundesrat aber auch die Vernichtung der Akten eines hängigen Justizverfahrens angeordnet. Diese Anordnung war ungesetzlich<sup>64</sup>: Gemäss Art. 69 StGB verfügt das zuständige Gericht die Einziehung und gegebenenfalls Vernichtung von gefährlichen Gegenständen, die der Begehung einer Straftat gedient haben oder daraus entstanden sind. Die Beschlagnahme oblag dem damals geltenden Recht (Art. 27 BStP) zufolge den Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden; eine gesetzliche Grundlage für die Vernichtung durch die Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden fehlte<sup>65</sup>. Die Vernichtung von Gegenständen, die mit einem Strafverfahren im Zusammenhang stehen, obliegt folglich den Strafgerichten und darf zudem erst nach Abschluss des Strafverfahrens angeordnet werden<sup>66</sup>. Folgt man der herrschenden Lehre, wonach das

60 Vgl. zum bedingten Vorrang des Völkerrechts vor dem Verfassungsrecht auch RHINOW/SCHEFER (Anm. 23), N. 3644.

61 BIAGGINI (Anm. 18), Art. 49 N. 25; ebenso DERS. (Anm. 18), Art. 184 N. 13; PETER HANSJÖRG, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, in: BLSchK 8/2006, S. 61 ff., 66.

62 Bericht GPDel (Anm. 5), S. 5052; einlässlich SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 427 ff.

63 Vgl. dazu die Ausführungen in BGer, 1B\_265/2009 vom 25. Januar 2010, E. 3.2 sowie in der Sache die Ausführungen des Bundesrates in der Antwort auf die Interpellation 09.3729 (Anm. 1), insb. Ziff. 3 und 4.

64 Dazu insb. SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 427 f.

65 Vgl. für das aufgehobene Recht, Anhang I I der StPO (SR 312.0); so auch SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 427; mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung per 1. Januar 2011, Art. 266 und 267.

66 BOMMER FELIX/GOLDSCHMID PETER, in: Basler StPO-Kommentar, Marcel A. Niggli et al. (Hrsg.), Basel 201, Art. 267 StPO Rz. 7; PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 124; OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005 Rz. 1195 ff.

verfassungsrechtliche Dringlichkeitsrecht kein Handeln *contra legem* erlaubt, liegt in der Aktenvernichtung eine Kompetenzüberschreitung, die in sich eine Verfassungsverletzung darstellt<sup>67</sup>. Darüber stellt sich dringend die Frage, ob der Bundesrat mit der Durchbrechung der formell-gesetzlichen Gerichtszuständigkeit nicht zugleich die richterliche Unabhängigkeit verletzt hat<sup>68</sup>.

Die rückwirkende Verurteilung des *Müllers Böhi* erging in der Kriegszeit. Der Vollmachtenbeschluss vom August 1914 hatte die Zulässigkeit von extrakonstitutionellem Notrecht begründet und dem Bundesrat sehr weit gehende Handlungsbefugnisse eingeräumt. Aus der heutigen Perspektive darf bezweifelt werden, ob die nachträgliche Verschärfung eines subjektiven Straftatbestands mittels «authentischer Interpretation» in einer Notstandssituation zulässig wäre. Nach Massgabe von Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 EMRK ausdrücklich verboten ist jedenfalls die *rückwirkende Anwendung* von Strafgesetzen<sup>69</sup>. Diese Garantie ist notstandsfest, darf mithin auch unter der Geltung von extrakonstitutionellem Notrecht nicht derogiert werden. Die aufgrund der rückwirkenden Erklärung des Bundesrats erfolgte Verurteilung des *Müllers Böhi*, würde sie heute in einer vergleichbaren Situation des Staatsnotstandes erfolgen, wäre folglich konventionswidrig.

## 2. Rechtsstaatliche Reflexe

Die Bundesversammlung hat auf die vermehrte Heranziehung von bundesrätlichem «Notrecht» reagiert. Der Entwurf der Staatspolitischen Kommission zu einem «Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen» (09.402) wurde in den Räten mit Modifikationen angenommen<sup>70</sup> und steht mit den darin vorgesehenen Gesetzesänderungen seit 1. Mai 2011 in Kraft<sup>71</sup>. Die Vorlage sieht – soweit hier interessierend – im Wesentlichen vor, dass «Notverordnungen» befristet sind und möglichst rasch in ordentliches Recht überführt werden sollen<sup>72</sup>; bei «Notverfügungen» ist innert 24 Stunden die Finanzdelegation zu konsultieren<sup>73</sup>. Eine grundsätzliche Würdigung dieser Vorschläge kann an dieser Stelle nicht erfolgen<sup>74</sup>. Unter dem besonderen Blickwinkel der richterlichen

67 Im Ergebnis ebenso Bericht GPDel (Anm. 5), S. 5052 ff., sowie Medienmitteilung GPDel (Anm. 6), («Der Bundesrat kann den Fall Tinner nur in Zusammenarbeit mit den Justizbehörden rechtmässig abschliessen»); zurzeit ist eine entsprechende Beschwerde vor dem EGMR hängig (59301/08 und 8439/09); die Beschwerdeführer Tinner rügen u.a. die Verletzung der Waffengleichheit aufgrund der Aktenvernichtung.

68 So im Ergebnis Bericht GPDel (Anm. 5), S. 5052; SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 428.

69 Die BV enthält keine entsprechende Garantie, vgl. KIENER/KÄLIN (Anm. 18), S. 472 f.

70 Vgl. AB 2010 N 2184; AB 2010 S 1355.

71 AS 2011 S. 1381.

72 Vgl. Art. 7d RVOG.

73 Vgl. Art. 53 Abs. 3<sup>bis</sup> und 4 ParlG.

74 Vgl. aber eingehend BIAGGINI (Anm. 31), S. 29 f.; KLEY (Anm.13), S. 134 ff.; SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 444 ff.; ZIELNIEWICZ (Anm. 28), S. 28 ff.

Unabhängigkeit erweist sich der Spielraum des Gesetzgebers aber ohnehin als beschränkt. Denn ist die Justiz involviert, stösst der Interessenausgleich, die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen bundesrätlicher Handlungsfähigkeit auf der einen und der Rechtsstaatlichkeit auf der anderen Seite an enge verfassungsrechtliche Grenzen – ein Gleichgewicht oder ein «optimaler Ausgleich»<sup>75</sup> der im Spiel stehenden Interessen ist nicht möglich. Auch die Verankerung von Konsultations- bzw. Informationspflichten gegenüber der Bundesversammlung<sup>76</sup> ändert nichts an der prinzipiellen Unzulässigkeit bundesrätlicher Eingriffe in hängige Gerichtsverfahren. Mit Blick auf die Justiz ist das Gesetz deshalb unvollständig<sup>77</sup>. Denn es geht hier nicht nur um die Wahrung von Demokratie und um die Handlungsfähigkeit des Staates, sondern – wie der Titel des Gesetzesentwurfs deutlich macht – ebenso auch um die Wahrung des Rechtsstaats.

Prüfenswert erscheint die Andeutung einer möglichen Lösung durch das Bundesgericht: Heute ist die *Anfechtung* von verfassungsunmittelbaren Rechtsakten des Bundesrates nach Massgabe von Art. 189 Abs. 4 BV ausgeschlossen, das Gesetz sieht keine Gegenausnahme vor<sup>78</sup>. Im Entscheid *Tinner* hat das Bundesgericht in einem obiter dictum aber erwogen, dass ein Beschluss des Bundesrates entgegen Art. 189 Abs. 4 BV jedenfalls dann ausnahmsweise vor Bundesgericht angefochten werden könnte, wenn das Völkerrecht gebiete, gerichtlichen Rechtsschutz einzuräumen<sup>79</sup>. Dieser Vorschlag verdient Zustimmung: Soweit dringliche Anordnungen des Bundesrats die Unabhängigkeit der Justiz betreffen, können blosser Berichterstattungs- und Informationspflichten gegenüber der Bundesversammlung die verfassungsrechtliche Ordnung nicht garantieren; vielmehr ist dieses rechtsstaatliche Defizit durch Öffnung einer gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit zu beheben (welche, so das rechtsstaatliche Desiderat, im Bundesgerichtsgesetz ausdrücklich zu verankern wäre)<sup>80</sup>.

Die Öffnung des Rechtsmittelwegs ist aber nur die letzte Möglichkeit, um die Rechtsstaatlichkeit auch in Situationen der Dringlichkeit zu sichern. Bei der Anordnung verfassungsunmittelbarer Anordnungen gilt der Grundsatz der *Subsidiarität*<sup>81</sup>. Dass sich dringliches Handeln im übergeordneten Interesse und rechtsstaatliche Justizverfahren nicht ausschliessen, ist der Justiz aus der täglichen Arbeit bekannt: So sind Akteneinsichts- und andere Gehörsbegehren häufig mit einer Interessenabwägung

75 Zu diesem Anliegen SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 441.

76 Zur damit einhergehenden Verwischung der Verantwortlichkeiten ohnehin kritisch BIAGGINI (Anm. 31), S. 30 f.; MÜLLER/JENNI (Anm. 18), S. 108; SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 448.

77 Grundlegend ablehnend zum Vorschlag BIAGGINI (Anm. 31), S. 30 f.; MÜLLER/JENNI (Anm. 18), S. 108.

78 In BGE 132 I 229 (Vermögenssperre gegenüber Angehörigen der Familie Mobutu) und 129 II 193 E. 4.2 (Einreiseverbot) lagen je spezielle Konstellationen zugrunde.

79 BGer, 1B\_265/2009 vom 25. Januar 2010, E. 4, mit Hinweis auf BGE 125 II 417 E. 4c ff. betr. Einziehung von Propagandamaterial, und BGE 129 II 193 betr. Einreiseverbot.

80 So auch BIAGGINI (Anm. 31), S. 31; SCHOTT/KÜHNE (Anm. 5), S. 450.

81 Vgl. dazu vorne II.2.c bei Anm. 30.

verbunden<sup>82</sup>, und bei Gefahr in Verzug stehen den Gerichten als (ebenfalls) dauernd handlungsfähige Organe die verfahrensgesetzlich vorgesehenen, provisorischen und superprovisorischen Massnahmen zur Verfügung<sup>83</sup>. Zum Tagesgeschäft der Gerichte gehört auch die Sorge für die Sicherheit von heiklen Datenbeständen. Es stehen also auch für dringliche Situationen gesetzlich vorgesehene und geeignete Massnahmen zur Verfügung, die die Unabhängigkeit der Justiz wahren – im Zuständigkeitsbereich der Justiz.

### 3. Schluss: Staatsräson und Rechtsstaat

Man kann sich fragen, ob die Wahrung aussenpolitischer Interessen, der Schutz der öffentlichen Ordnung und der inneren und äusseren Sicherheit überhaupt je so weit gehen kann, dass die Regierung dafür die Essentialien des Rechtsstaats – Unabhängigkeit der Justiz, Anspruch auf faire Verfahren – zurückbinden dürfte. Zugespitzt: Die Unabhängigkeit der Justiz zählt zum rechtsstaatlichen Kernbereich: Ist ein diesem Kernbereich übergeordnetes öffentliches Interesse überhaupt je denkbar? Die Frage ist – jedenfalls für Friedenszeiten – zu verneinen. Was Eingriffe des Bundesrats in hängige Justizverfahren betrifft, gibt es keinen Konflikt zwischen Staatsräson und Rechtsstaat, und zwar deshalb, weil die Staatsräson den Schutz des Rechtsstaats immer verlangt – auch in Fällen von Dringlichkeit.

82 Vgl. Art. 27 VwVG; Art. 102 StPO; Art. 53 ZPO.

83 Art. 103 f. BGG; Art. 55 f. VwVG; Art. 388 StPO; Art. 261 ff. ZPO.