

Tinet Bastian Remund

Der Ausschluss des BGÖ in der CS-Krise

ISBN 978-3-03916-316-8

Editions Weblaw
Bern 2025

Zitiervorschlag:




Tinet Bastian Remund, Der Ausschluss des BGÖ in der CS-Krise,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Departement für öffentliches Recht
Institut für öffentliches Recht

Masterarbeit

Der Ausschluss des BGÖ in der CS-Krise

Die Anwendungsvoraussetzungen und Schranken von bundesrätlichem Notrecht –
dargestellt an Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO

Betreuer:	Prof. Dr. iur. Markus Müller
Einreichungsdatum:	10. Oktober 2025
Verfasser:	Tinet Bastian Remund
Adresse:	
Matrikelnummer:	
Telefon:	
E-Mail:	tinnet.remund@students.unibe.ch

Inhaltsübersicht

INHALTSÜBERSICHT	I
INHALTSVERZEICHNIS	II
LITERATURVERZEICHNIS.....	V
MATERIALIENVERZEICHNIS.....	XII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
A. EINLEITUNG	1
B. EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK.....	2
I. DAS ÖFFENTLICHKEITSPRINZIP IM BUND	3
II. GRUNDLAGEN DER PLB-NVO.....	10
III. SCHLUSSFOLGERUNG	14
C. VORAUSSETZUNGEN FÜR BUNDESRÄTLICHES NOTRECHT	15
I. FUNKTION UND RANG DES NOTRECHTS	16
II. ANWENDUNG VON NOTRECHT	17
III. SCHLUSSFOLGERUNG	26
D. SCHRANKEN DER VERORDNUNGSKOMPETENZ	26
I. BINDUNG AN DAS VERFASSUNGSRECHT.....	27
II. BINDUNG AN DAS GESETZESRECHT	43
III. SCHLUSSFOLGERUNG	44
E. GERICHTLICHE KONTROLLE VON NOTRECHT	45
I. GERICHTLICHE ÜBERPRÜFBARKEIT VON NOTVERORDNUNGEN.....	46
II. SCHLUSSFOLGERUNG.....	51
F. FAZIT	52
SELBSTÄNDIGKEITSERKLÄRUNG.....	XIX

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT	I
INHALTSVERZEICHNIS	II
LITERATURVERZEICHNIS.....	V
MATERIALIENVERZEICHNIS.....	XII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
A. EINLEITUNG	1
B. EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK.....	2
I. DAS ÖFFENTLICHKEITSPRINZIP IM BUND	3
1. Grundgedanke des BGÖ	3
a. Vom Geheimhaltungsprinzip zum Öffentlichkeitsprinzip	3
b. Ziel und Zweck des BGÖ	3
2. Sachlicher Geltungsbereich	4
3. Persönlicher Geltungsbereich	5
a. Bundesverwaltung	5
b. Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich	5
4. Vorbehalt von Spezialbestimmungen	6
5. Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.....	6
a. Öffentlichkeitsprinzip.....	6
b. Geheimhaltungsvorbehalt.....	7
aa. Ausnahmebestimmungen	7
bb. Besondere Fälle.....	9
c. Verhältnis zu Art. 180 Abs. 2 BV.....	9
II. GRUNDLAGEN DER PLB-NVO.....	10
1. Vorgeschichte zum Untergang der CS.....	10
2. Zentrale Massnahmen zur Rettung der CS	11
a. Liquiditätshilfen	12
b. Staatliche Garantie für die UBS	12
3. Informationsaustausch und BGÖ-Ausschluss	13
a. Informationsaustausch im Rahmen der PLB-NVO	13
b. Zugang zu amtlichen Dokumenten.....	13
III. SCHLUSSFOLGERUNG	14
C. VORAUSSETZUNGEN FÜR BUNDESRÄTLICHES NOTRECHT	15
I. FUNKTION UND RANG DES NOTRECHTS	16
1. Funktion des Notrechts	16

2. Rang des Notrechts	16
II. ANWENDUNG VON NOTRECHT	17
1. Berechtigung.....	17
2. Anwendungsvoraussetzungen	17
a. Relevantes Schutzgut.....	18
aa. Polizeigüterschutz?.....	18
bb. PLB-NVO	20
b. Sachliche und zeitliche Dringlichkeit.....	21
aa. Sachliche Dringlichkeit	21
bb. Zeitliche Dringlichkeit	22
c. Subsidiarität.....	23
3. Weitere Fragen	24
a. Unvorhersehbarkeit	24
b. Befristung.....	25
III. SCHLUSSFOLGERUNG	26
D. SCHRANKEN DER VERORDNUNGSKOMPETENZ	26
I. BINDUNG AN DAS VERFASSUNGSRECHT.....	27
1. Umfassende Bindung an die BV?.....	27
2. Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns	28
a. Legalitätsprinzip.....	29
b. Öffentliches Interesse.....	31
c. Verhältnismässigkeit	31
aa. Eignung	33
bb. Erforderlichkeit.....	34
cc. Zumutbarkeit	36
aaa. Ermittlung der Interessen	37
bbb. Gewichtung der Interessen.....	38
ccc. Abwägung der Interessen	39
ddd. Ergebnis.....	43
II. BINDUNG AN DAS GESETZESRECHT	43
III. SCHLUSSFOLGERUNG	44
E. GERICHTLICHE KONTROLLE VON NOTRECHT	45
I. GERICHTLICHE ÜBERPRÜFBARKEIT VON NOTVERORDNUNGEN.....	46
1. Keine abstrakte Normenkontrolle.....	46
2. Konkrete Normenkontrolle	46
3. Inhaltliche Überprüfung	48
a. Keine Kontrolle der Anwendungsvoraussetzungen.....	48
b. Kontrolle der Schranken der Verordnungskompetenz	48
4. Mangelnder Rechtsschutz	49

5. Politische Kontrolle.....	50
II. SCHLUSSFOLGERUNG.....	51
F. FAZIT	52
SELBSTÄNDIGKEITSERKLÄRUNG.....	XIX

Literaturverzeichnis

BIAGGINI GIOVANNI: «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, 239 ff. (zit. BIAGGINI, Notrecht).

DERS.: Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, 277 ff. (zit. BIAGGINI, Fristenstillstand).

DERS.: Die CS-Übernahme und der «Fluch des Notrechts», ZBl 124/2023, 309 ff. (zit. BIAGGINI, Fluch).

DERS.: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2. Auflage Zürich 2017) (zit. BIAGGINI, Komm. BV, Art. N.).

Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.): Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (4. Auflage Basel 2024) (zit. BSK DSG/BGÖ-AUTOR/IN, Art. N.).

BRUNNER FLORIAN/WILHELM MARTIN/UHLMANN FELIX: Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020, 685 ff.

Brunner Stephan C./Mader Luzius (Hrsg.): Stämpflis Handkommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (Bern 2008) (zit. SHK BGÖ-AUTOR/IN, Art. N.).

CHAIX FRANÇOIS: Le principe de la transparence de l'administration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2019/2020 (Bern 2020) 59 ff.

Credit Suisse Group: Medienmitteilung vom 27. Juli 2022, Credit Suisse ernennt Ulrich Körner zum neuen Group Chief Executive Officer und kündigt eine umfassende Strategieüberprüfung an, abrufbar unter:

<https://www.ubs.com/global/de> > Wir über uns > Medien > Credit Suisse, Teil des UBS-Konzerns (Stand 28. August 2025) (zit. Credit Suisse, Strategiet Überprüfung).

Dies.: Medienmitteilung vom 27. Oktober 2022, Credit Suisse unveils new strategy and transformation plan, abrufbar unter: <https://www.ubs.com/global/en> > About us > Media > Credit Suisse, Part of UBS group, (Stand 28. August 2025) (zit. Credit Suisse, new strategy).

Dies.: Medienmitteilung vom 9. Februar 2023, Credit Suisse Group veröffentlicht Finanzergebnisse für das vierte Quartal 2022, abrufbar unter: <https://www.ubs.com/global/de> > Wir über uns > Medien > Credit Suisse, Teil des UBS-Konzerns (Stand 28. August 2025) (zit. Credit Suisse, Finanzergebnisse).

Credit Suisse Schweiz: Annual Report 2022 vom 14. März 2023, abrufbar unter: <https://www.ubs.com/global/en> > Global > Investor Relations > Complementary financial Information > Holding company and significant regulated subsidiaries and sub-groups > Archive (Credit Suisse Group) (Stand 26. September 2025) (zit. Credit Suisse, Annual Report).

Ehrenzeller Bernhard *et al.* (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band II (4. Auflage Zürich/St. Gallen 2023) (zit. SG Komm. BV-AUTOR/IN, Art. N.).

Financial Stability Board: 2022 List of Global Systematically Important Banks (G-SIBs) vom 21. November 2022, abrufbar unter: <https://www.fsb.org> > Publications (Stand 1. September 2025).

FINGERHUTH CASPAR: Rechtsstaat in Not? (Zürich/Genf 2025).

FLÜCKIGER ALEXANDRE: Le projet de loi fédérale sur la transparence: transparence de l'administration ou des citoyens?, in: Tanquerel Thierry/Bellanger François (Hrsg.), L'administration transparente (Genf/Basel/München 2002) 131 ff.

GÄCHTER THOMAS: Selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates und Gesetzesvorbehalt für Freiheitsstrafen, in: Ackermann Jürg Beat (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Festschrift für Niklaus Schmid (Zürich 1999) 231 ff.

GERBER KASPAR: Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, *sui-generis* 2020, 249 ff.

HABERBECK PHILIPP H.: Abschreibung der AT1-Anleihen der Credit Suisse: zulässig?, *AJP* 2023, 1349 ff.

HÄFELIN ULRICH *et al.*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht (11. Auflage Zürich/Basel/Genf 2024).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht (8. Auflage Zürich/St. Gallen 2020).

HANGARTNER YVO *et al.*: Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2. Auflage Zürich 2023).

HOFSTETTER DAVID: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) (Diss. Zürich 2013, Zürich/Basel/Genf 2014).

KARLEN PETER: Schweizerisches Verwaltungsrecht (Zürich/Basel/Genf 2018).

Kettiger Daniel/Sägesser Thomas (Hrsg.): Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes (Bern 2011) (zit. Komm. PublG-AUTOR/IN, Art. N.).

KIENER REGINA: Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag (Zürich/Basel/Genf 2012), 459 ff.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH: Grundrechte (4. Auflage Bern 2024).

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS: Öffentliches Verfahrensrecht (3. Auflage Zürich/St. Gallen 2021).

KLEY ANDREAS: «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EPG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, 268 ff.

KOF Swiss Economic Institute (Hrsg.): Evaluation der Analysen für die Alternativmassnahmen zur Notfusion der Credit Suisse mit der UBS (Zürich 2024).

LEHNER CAROLINE: Notverordnungsrecht (Diss. Bern 2015, Bern 2016).

LEISINGER CHRISTOF/EISENRING CHRISTOPH: Die Silicon Valley Bank kollabiert, NZZ vom 11. März 2023, 23.

LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATA: Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 113/2012, 111 ff.

MADER LUZIUS: Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2009 (Bern 2010) 107 ff. (zit. MADER, Aushöhlung).

DERS.: Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (St. Gallen 2006) 9 ff. (zit. MADER, Öffentlichkeitsgesetz).

MÜLLER MARKUS: Polizeiliche Generalklausel: klärende Worte des Bundesgerichts, ZBJV 148/2012, 220 ff. (zit. MÜLLER, Klärende Worte).

DERS.: Verhältnismässigkeit (2. Auflage Bern 2023) (zit. MÜLLER, Verhältnismässigkeit).

MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH: Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf, *Sicherheit & Recht* 1/2008, 4 ff. (zit. MÜLLER/JENNI, Reformbedarf).

DIES.: Notrecht – ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, *Sicherheit & Recht* 2/2010, 101 ff. (zit. MÜLLER/JENNI, Polizeiliche Generalklausel).

Niggli Marcel Alexander *et al.* (Hrsg.): *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz* (3. Auflage Basel 2018) (zit. BSK BGG-AUTOR/IN, Art. N.).

NOBEL PETER: *Schweizerisches Finanzmarktrecht* (4. Auflage Bern 2019).

Plenio Martin/Senn Myriam (Hrsg.): *Kommentar zum Nationalbankgesetz/Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel* (Zürich/St. Gallen 2021) (zit. Komm. NBG/WZG-AUTOR/IN, Art. N.).

RECHSTEINER DAVID: *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen* (Diss. St. Gallen 2015, Zürich/St. Gallen 2016).

RÜTSCHKE BERNHARD: Verhältnismässigkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band 2 (Zürich/Basel/Genf 2020) 1049 ff.

SÄGESSER THOMAS: *Die Bundesbehörden, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung* (Bern 2000) (zit. SÄGESSER, Bundesbehörden, Art. N.).

SCHEFER MARKUS/CUENI RAPHAELA: *Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV*, Jusletter vom 7. Februar 2022.

SCHOTT MARKUS/KÜHNE DANIELA: *An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik*, ZBl 111/2010, 409 ff.

SCHWEIZER RAINER J./SUTTER PATRICK/WIDMER NINA: Grundbegriffe, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Band III/1 (Basel 2008) 55 ff.

Seiler Hansjörg (Hrsg.): Stämpfli Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (2. Auflage Bern 2015) (zit. SHK BGG-AUTOR/IN, Art. N.).

STÖCKLI ANDREAS: Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?, Jusletter vom 15. Februar 2021 (zit. STÖCKLI, Gewaltenteilung).

DERS.: Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR 2020 Sondernummer «Pandemie und Recht», 9 ff. (zit. STÖCKLI, Regierung und Parlament).

TRÜMLER RALPH: Notrecht (Diss. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012).

TSCHANNEN PIERRE: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (5. Auflage Bern 2021).

TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS: Allgemeines Verwaltungsrecht (5. Auflage Bern 2022).

UHLMANN FELIX: Legalitätsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2 (Zürich/Basel/Genf 2020) 1025 ff.

WALDMANN BERNHARD: Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Uhlmann Felix/Höfler Stefan (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise (Zürich/St. Gallen 2021) 3 ff.

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.): Basler Kommentar Bundesverfassung (2. Auflage Basel 2025) (zit. BSK BV-AUTOR/IN, Art. N.).

WEBER ROLF H.: Datenschutz v. Öffentlichkeitsprinzip (Zürich/Basel/Genf 2010).

ZIHLER FLORIAN: Wirkung des Beschlusses der Finanzdelegation der Bundesversammlung im Dringlichkeitsverfahren, AJP 2023, 1067 ff.

ZIMMERLI ULRICH: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht (Diss. Bern 1978, Basel 1978).

ZULAUF DANIEL/VUICHARD FLORENCE: Zeichen stehen auf Sturm, Luzerner Zeitung vom 14. März 2023, 3.

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH: Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 147/2011, 261 ff.

Materialienverzeichnis

Bericht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 19. Dezember 2023, Lessons Learned aus der CS-Krise (zit. FINMA, lessons learned).

Bericht der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des Nationalrates und des Ständerates betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahre 2023 vom 11. März 2024, BBl 2024 1663 (zit. Bericht FinDel).

Bericht der parlamentarischen Untersuchungskommission vom 17. Dezember 2024, Die Geschäftsführung der Bundesbehörden im Kontext der CS-Krise, BBl 2025 515 (zit. Bericht PUK).

Bericht der Schweizerischen Nationalbank vom September 2023 zur Finanzstabilität 2023 (zit. Bericht Finanzstabilität).

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010, Parlamentarische Initiative, Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, BBl 2010 1563 ff. (zit. Bericht Demokratie).

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 27. Januar 2022, Parlamentarische Initiativen, Handlungsfähigkeit des Parlamentes in Krisensituationen verbessern / Nutzung der Notrechtskompetenzen und Kontrolle des bundesrätlichen Notrechts in Krisensituationen, BBl 2022 301 (zit. Bericht Handlungsfähigkeit).

Bericht des Bundesrates vom 19. Juni 2024 in Erfüllung der Postulate 23.3438 Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 24. März 2023 und 20.3440 Schwan-der vom 6. Mai 2020, Anwendung von Notrecht, BBl 2024 1784 (zit. Bericht Notrecht).

Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität einschliesslich Evaluation gemäss Artikel 52 des Bankengesetzes vom 10. April 2024, BBl 2024 1023 (zit. Bericht Bankenstabilität).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botsch. BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 ff. (zit. Botsch. BGÖ).

Botschaft zum Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft und zum Bundesbeschluss über einen Verpflichtungskredit für subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 18. Mai 2022, BBl 2022 1183 (zit. Botsch. FiREG).

Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) vom 20. April 2011, BBl 2011 4717 ff. (zit. Botsch. TBTF).

Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes vom 6. September 2023, BBl 2023 2165 (zit. Botsch. BankG).

Botschaft zur Änderung des Publikationsgesetzes (Primatwechsel von der gedruckten zur elektronischen Version der amtlichen Veröffentlichungen) vom 28. August 2013, BBl 2013 7057 ff. (zit. Botsch. PublG).

Botschaft zur Justizreform vom 20. November 1996, BBl 1997 I 487 ff. (zit. Botsch. Justizreform).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4204 ff. (zit. Botsch. Bundesrechtspflege).

Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuterungen vom 16. März 2023 (Fassung vom 19. März 2023) zur Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken (zit. EFD, Erläuterungen).

Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuterungen vom 6. September 2023 zur Änderung der Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken (zit. EFD, Änderungen).

Gesetzesentwurf vom 6. September 2023 für die Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), BBl 2023 2166 (zit. E-BankG).

Medienmitteilung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 15. März 2023, FINMA und SNB nehmen Stellung zu Unsicherheiten am Markt (zit. FINMA, Stellungnahme).

Medienmitteilung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 19. März 2023, FINMA genehmigt Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse (zit. FINMA, Genehmigung).

Parlamentarische Initiative Caroni (23.439) «Begründungspflicht beim Erlass von Notrecht» vom 15. Juni 2023 (zit. Pa. Iv. Caroni).

Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Februar 2022 zum Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 27. Januar 2022, Parlamentarische Initiativen, Handlungsfähigkeit des Parlamentes in Krisensituationen verbessern / Nutzung der Notrechtskompetenzen und Kontrolle des bundesrätlichen Notrechts in Krisensituationen, BBl 2022 433 (zit. Stellungnahme Bundesrat).

Voranschlag 2023. Nachtrag I, Differenzen, AB N 2023 707 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
allg.	allgemein
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952)
BB1	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.100)
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, SR 152.3)
BIP	Bruttoinlandprodukt
Botsch.	Botschaft
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CS	Credit Suisse
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe(n)
Diss.	Dissertation

DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, SR 235.1)
E.	Erwägung
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
ELA+	Emergency Liquidity Assistance plus
EPG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, SR 818.101)
<i>et al.</i>	et alii = und weitere
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende
FHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (Finanzhaushaltgesetz, SR 611.0)
FinDel	Finanzdelegation
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1)
FiREG	Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 30. September 2022 (SR 734.91)
FiREVO	Verordnung über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 5. September 2022 (SR 731.31)
G-SIBs	Global Systematically Important Banks
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/-in/-schaft
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
Komm.	Kommentar
lit.	litera
M.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note, Randnote
NBG	Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank vom 3. Oktober 2003 (Nationalbankgesetz, SR 951.11)
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10)
PLB	Public Liquidity Backstop
PLB-NVO	Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 16. März 2023 (Fassung vom 19. März 2023) (SR 952.3)
PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 26. September 2014 (Publikationsgesetz, SR 170.512)
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
RSL RW	Reglement über das Bachelor- und Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und 22. Mai 2014
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)

S.	Seite
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SHK	Stämpflis Handkommentar
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVVOR	Schweizerisches Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
TBTF	too big to fail
u.a.	unter anderem
v.a.	vor allem
VBGÖ	Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006 (Öffentlichkeitsverordnung, SR 152.31)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021)
WZG	Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel vom 22. Dezember 1999 (SR 941.10)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
zit.	zitiert

A. Einleitung

Das BGÖ verleiht jeder Person einen justiziablen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.¹ Die Bundesverwaltung ist seit der Einführung 2006 dem Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt unterworfen.² Ziel des BGÖ ist es, die Transparenz über das Verwaltungshandeln zu fördern und damit die demokratische Mitwirkung sowie die Kontrolle staatlichen Handelns zu stärken.³

Das Öffentlichkeitsprinzip wurde in den vergangenen Jahren im Rahmen bundesrätlichen Notrechts eingeschränkt: In den beiden jüngsten Fällen, in denen der Bundesrat von seiner verfassungsmässigen Kompetenz Gebrauch machte, Notrecht zu erlassen, – nämlich der FiREVO und der PLB-NVO – wurde gleichzeitig der Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem BGÖ ausgeschlossen.⁴ Im Fall der FiREVO war ein BGÖ-Ausschluss bereits in der Botsch. zum FiREG vorgesehen. Der Ausschluss fand jedoch zunächst Eingang in der FiREVO und wurde anschliessend durch den Erlass von Art. 20 Abs. 4 FiREG ins ordentliche Recht übernommen.⁵ Für die Überführung der PLB-NVO in das ordentliche Recht ist bislang kein BGÖ-Ausschluss vorgesehen.⁶ Vor diesem Hintergrund untersucht diese Arbeit den BGÖ-Ausschluss im Kontext der CS-Krise.

Die CS-Krise im März 2023 stellte den Bundesrat vor eine ausserordentliche Herausforderung: Der CS drohte aufgrund massiver Abflüsse von Kundeneinlagen der Konkurs. Dadurch war die Stabilität des Schweizer Finanzsystems sowie der Schweizer Volkswirtschaft gefährdet.⁷ Um einen ungeordneten Zusammenbruch der CS zu verhindern, machte der Bundesrat von seiner Kompetenz zum Erlass von Notrecht Gebrauch und verabschiedete gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV die PLB-NVO.⁸ Dadurch wurden umfangreiche Liquiditätshilfen der SNB sowie

¹ Botsch. BGÖ, 2001; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N. 12.

² Botsch. BGÖ, 1976 f.; Statt vieler BGE 133 II 209 E. 2.1 S. 212.

³ MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 14.

⁴ Bericht Notrecht, 69 ff.

⁵ Botsch. FiREG, 27.

⁶ Botsch. BankG, 86 f.

⁷ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 3; Bericht Notrecht, 33 f.

⁸ EFD, Erläuterungen, 3.

staatliche Garantien für die Übernahme der CS durch die UBS ermöglicht.⁹ In diesem Zusammenhang wurde die Geltung des BGÖ pauschal ausgeschlossen.¹⁰

Für die Notwendigkeit eines BGÖ-Ausschlusses führte der Bundesrat drei Argumente an: den Schutz der Geschäftsgeheimnisse der CS und der UBS, die Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und Behörden durch die Schaffung von Rechtssicherheit und die Ressourcenschonung der Verwaltung. Im Zuge der Aufarbeitung der CS-Krise äusserte die PUK Bedenken hinsichtlich der Rechtmässigkeit des BGÖ-Ausschlusses und hinterfragte insb. dessen Verhältnismässigkeit.¹¹

Daraus ergibt sich die im Zentrum dieser Arbeit stehende Frage, inwiefern der BGÖ-Ausschluss in Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO einer rechtlichen Überprüfung standhält. Zur Beantwortung dieser Frage werden zunächst die Funktion, der Geltungsbereich und der Mechanismus des BGÖ erläutert, gefolgt von einer kurzen Übersicht über die zentralen Massnahmen, die der Bundesrat während der CS-Krise per Notrecht eingeführt hat. Der Schwerpunkt der Arbeit wird bei den Anwendungsvoraussetzungen und Schranken des bundesrätlichen Notrechts gesetzt: Zunächst ist zu klären, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Bundesrat eine verfassungsunmittelbare Verordnung erlassen darf und ob diese beim Erlass der PLB-NVO gegeben waren. Anschliessend stellt sich die Frage, an welche Schranken sich der Bundesrat bei der Ausgestaltung von Notrechtsmassnahmen zu halten hat und ob diese beim BGÖ-Ausschluss als gegeben zu betrachten sind oder nicht. Abschliessend erfolgt eine kurze Beleuchtung der Überprüfbarkeit von Notrecht.

B. Einführung in die Problematik

Zur Einführung in die Problematik und Klärung der relevanten Verhältnisse werden in diesem Kapitel das Öffentlichkeitsprinzip im Bund sowie die Grundlagen der PLB-

⁹ Bericht Notrecht, 32 f.

¹⁰ EFD, Erläuterungen, 12.

¹¹ Zum Ganzen Bericht PUK, 582.

NVO kurz erläutert. Eine vollständige Abhandlung dieser beiden Themen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.¹²

I. Das Öffentlichkeitsprinzip im Bund

1. Grundgedanke des BGÖ

a. Vom Geheimhaltungsprinzip zum Öffentlichkeitsprinzip

Vor Inkrafttreten des BGÖ galt für die Bundesverwaltung der Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt.¹³ Ein allg. Zugang zu Verwaltungsinformationen bestand gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht.¹⁴ Die Veröffentlichung oder Herausgabe von amtlichen Dokumenten lag – sofern keine gesetzliche Grundlage explizit die Geheimhaltung oder Zugänglichkeit vorsah – im Ermessen der Verwaltung.¹⁵ Mit der Einführung des BGÖ folgte in dieser Hinsicht ein Paradigmenwechsel:¹⁶ Seit Inkrafttreten des BGÖ am 1. Juli 2006 hat jede Person einen justiziablen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.¹⁷ Für die Bundesverwaltung gilt deshalb seither das Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt.¹⁸

b. Ziel und Zweck des BGÖ

Gemäss Art. 1 BGÖ soll das Gesetz «die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Zu diesem Zweck trägt es zur Information der Öffentlichkeit bei, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet.» Im Vordergrund steht daher die Schaffung von Transparenz für das Verwaltungshandeln.¹⁹ An dieser Stelle sind zwei Punkte zur Schaffung von Transparenz hervorzuheben:

¹² Ausführlich zum BGÖ vgl. MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 9 ff. Ausführlich zur Aufarbeitung der CS-Krise vgl. Bericht PUK, 106 ff.

¹³ Botsch. BGÖ, 1965 f.; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 15.

¹⁴ BGE 107 Ia 304 E. 4b S. 308 f.

¹⁵ Botsch. BGÖ, 1965 f.; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 15.

¹⁶ BGE 133 II 209 E. 3 S. 215; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 15 f.

¹⁷ Statt vieler BGE 133 II 209 E. 2.1 S. 212.

¹⁸ Botsch. BGÖ, 1976 f.; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 15.

¹⁹ Botsch. BGÖ, 1976, 1984.

Einerseits ist Transparenz ein bedeutender Pfeiler im demokratischen Prozess:²⁰ Durch eine erhöhte Transparenz wird die freie politische Willensbildung gefördert, da die Bürger²¹ dadurch die Möglichkeit haben, das Handeln der Regierung kritisch zu hinterfragen.²² Zudem dient Transparenz auch als Instrument zur Kontrolle der Verwaltung.²³ Mittelbar soll sich dadurch die Staat-Bürger-Beziehung verbessern, was schlussendlich zu einer erhöhten Akzeptanz für staatliches Handeln führen soll.²⁴

Andererseits hat das Öffentlichkeitsprinzip eine grundrechtliche Dimension:²⁵ Art. 16 Abs. 3 BV verleiht jeder Person das Recht auf Informationen aus allg. zugänglichen Quellen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zählen Verwaltungsdokumente nicht zu den allg. zugänglichen Quellen und sind daher nicht direkt vom Grundrecht der Informationsfreiheit erfasst.²⁶ Mit der Einführung des BGÖ wurde ein gesetzlicher Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten geschaffen und der Kreis der frei zugänglichen Informationsquellen erweitert, was zur Verwirklichung des Grundrechts auf Informationsfreiheit beiträgt.²⁷

2. Sachlicher Geltungsbereich

Art. 3 BGÖ definiert den sachlichen Geltungsbereich negativ, indem besondere Verfahren aufgeführt werden, bei denen der Zugang zu Dokumenten nach dem BGÖ explizit ausgeschlossen wird.²⁸ Der Negativkatalog dient v.a. der Koordination mit anderen gesetzlichen Einsichtsrechten.²⁹ So gilt das BGÖ nach Art. 3 Abs. 1 lit. b BGÖ bspw. nicht für die Einsichtnahme einer Partei in die Akten eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Hier finden Art. 26 f. VwVG Anwendung.³⁰ Vom sachlichen

²⁰ Botsch. BGÖ, 1973; BGE 133 II 209 E. 2.3.1 S. 213; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 14; BSK BGÖ-BLECHTA/STÖCKLI/GRÜNINGER, Art. 1 N. 6.

²¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten jedoch gleichermassen für alle Geschlechter.

²² Botsch. BGÖ, 1973; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext N. 44.

²³ Botsch. BGÖ, 1974; BGE 133 II 209 E. 2.3.1 S. 213; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 14.

²⁴ Botsch. BGÖ, 1973; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext N. 44.

²⁵ Botsch. BGÖ, 1973; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 14.

²⁶ Botsch. BGÖ, 1973; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 14.

²⁷ BGE 107 Ia 304 E. 4b S. 308 f. Diese Rechtsprechung stösst in der Lehre auf Kritik: KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, N. 971 f.; SCHEFER/CUENI, N. 7 ff., N. 44 ff.; TSCHANNEN, N. 1059.

²⁸ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, N. 973; MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 14; TSCHANNEN, N. 1060.

²⁹ SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N. 10; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N. 1.

³⁰ Botsch. BGÖ, 1989; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N. 4 f., 26 f.

³⁰ Zum Ganzen Botsch. BGÖ, 1989; Urteil (des BVGer) A-458/2020 vom 18. Mai 2020 E. 6.1; SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N. 43.

Geltungsbereich des BGÖ erfasst sind folglich alle amtlichen Dokumente, die nicht unter den Negativkatalog aus Art. 3 BGÖ fallen.³¹

Ein amtliches Dokument liegt laut Art. 5 Abs. 1 lit. a – c BGÖ unter drei kumulativen Voraussetzungen vor: Die Information ist auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet (lit. a), sie ist im Besitz einer Behörde, von der sie stammt oder mitgeteilt wurde (lit. b) und sie betrifft die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (lit. c).³² Der Begriff des amtlichen Dokuments ist relativ weit gefasst und weitgehend unbestritten.³³

3. Persönlicher Geltungsbereich

a. Bundesverwaltung

Der Bundesrat als Kollegialbehörde fällt nicht unter den persönlichen Geltungsbereich; gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ erstreckt sich dieser ausschliesslich auf seine Verwaltung.³⁴ Der Begriff der Bundesverwaltung aus Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ ist identisch mit dem Begriff aus Art. 178 Abs. 2 und 3 BV und Art. 2 RVOG.³⁵ Folglich ist sowohl die Zentralverwaltung als auch die dezentrale Bundesverwaltung vom persönlichen Geltungsbereich erfasst.³⁶

b. Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich

Nach Art. 2 Abs. 2 BGÖ gilt das BGÖ nicht für die SNB und die FINMA.³⁷ Während sich die Ausnahme der SNB aufgrund ihrer durch die BV garantierten Unabhängigkeit (Art. 99 BV) rechtfertigt, wird die Ausnahme der FINMA damit begründet, dass sie als Aufsichtsbehörde über das Banken- und Börsenwesen in einem wirtschaftlich und politisch hochsensiblen Bereich tätig ist.³⁸

³¹ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N. 1.

³² Botsch. BGÖ, 1990; BSK BGÖ-BÜHLER, Art. 5 N. 6; SHK BGÖ-NUSPLIGER, Art. 5 N. 6.

³³ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 5 N. 9. Vgl. bspw. Urteil (des BVGer) A-7847/2015 vom 15. Juni 2016 E. 6.1 wonach auch Statistiken, Ton- oder Bildaufnahmen als amtliche Dokumente gelten.

³⁴ Botsch. BGÖ, 1985; SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N. 12.

³⁵ Botsch. BGÖ, 1985; SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N. 15 ff.

³⁶ Botsch. BGÖ, 1985 f.; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N. 1. Zum Begriff der Bundesverwaltung vgl. BSK BV-MÜLLER, Art. 178 N. 16 ff.

³⁷ Kritisch dazu SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N. 53 ff.; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N. 23 f.

³⁸ Botsch. BGÖ, 1988.

Der Vorbehalt betrifft den gesamten Erlass, insb. auch die Definition des amtlichen Dokuments. Dies hat zur Folge, dass Dokumente, die von der SNB oder der FINMA erstellt wurden oder einer dem BGÖ unterstellten Behörde mitgeteilt wurden, grundsätzlich nicht zugänglich sind.³⁹ Einzige Ausnahme davon sind Dokumente, welche eine öffentliche Aufgabe betreffen, die gewöhnlich von einer dem BGÖ unterstellten Behörde wahrgenommen werden. Solche Dokumente sind gemäss der Rechtsprechung des BVGer zugänglich. Könnte die Verwaltung einzelfallweise bestimmte Verwaltungsaufgaben der SNB oder der FINMA übertragen und dadurch das BGÖ umgehen, würde dies dem Sinn und Zweck des BGÖ zuwiderlaufen.⁴⁰

4. Vorbehalt von Spezialbestimmungen

Nach Art. 4 lit. a und b BGÖ sind spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder die Zugangsgewährung abweichend regeln, dem BGÖ vorbehalten.⁴¹ Bundesgesetze sind Gesetze im formellen Sinn, also die von der Bundesversammlung verabschiedeten referendumpflichtigen Erlasse, die rechtsetzende Bestimmungen enthalten (Art. 163 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 lit. a BV).⁴² Der Gesetzgeber kann darin sowohl erleichterte als auch erschwerte Voraussetzungen für den Zugang festlegen oder die Anwendung des BGÖ gänzlich ausschliessen.⁴³

5. Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

a. Öffentlichkeitsprinzip

Art. 6 Abs. 1 BGÖ verleiht jeder Person ein justiziables «Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten.» Dabei handelt es sich um die zentrale Bestimmung des BGÖ, die die Geltung des Öffentlichkeitsprinzips zum Ausdruck bringt.⁴⁴ Es gilt die Vermutung des freien Zugangs amtlicher Dokumente.⁴⁵ Ein Zugangsgesuch muss daher weder

³⁹ Zum Ganzen SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N. 50.

⁴⁰ Zum Ganzen BVGE 2011/52 E. 4.2 S. 1034.

⁴¹ Der Grundsatz des Vorrangs der *lex specialis* wurde damit ausdrücklich in das BGÖ aufgenommen, vgl. dazu BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N. 2.

⁴² Statt vieler SG Komm. BV-TSCHANNEN, Art. 163 N. 19 f.

⁴³ Botsch. BGÖ, 1989; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N. 10.

⁴⁴ Zum Ganzen Botsch. BGÖ, 2001; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N. 12.

⁴⁵ Statt vieler BGE 142 II 340 E. 2.2 S. 344.

begründet werden, noch ist der Nachweis eines besonderen Interesses für die Zugangsgewährung erforderlich. M.a.W. bestehen keine bestimmten Voraussetzungen an die Aktivlegitimation.⁴⁶

Das BGÖ garantiert im Grunde eine kollektive Information, was auch in Art. 2 VBGÖ zum Ausdruck kommt: Ein amtliches Dokument, welches einer Person zugänglich gemacht wurde, muss auch jeder weiteren Person zugänglich gemacht werden.⁴⁷ Es besteht ein öffentliches Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung, was sich aus dem Zweck des BGÖ ergibt.⁴⁸ Dieser besteht – wie bereits ausgeführt – in der Schaffung von Transparenz zur Förderung der freien politischen Willensbildung, der Kontrolle der Verwaltung sowie der Verwirklichung des Grundrechts auf Informationsfreiheit durch einen gesetzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.⁴⁹

b. Geheimhaltungsvorbehalt

Das Öffentlichkeitsprinzip gilt jedoch nicht absolut, sondern nur dann, wenn durch die Offenlegung eines Dokuments kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse beeinträchtigt wird.⁵⁰ Dabei obliegt es gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ der Verwaltung, zu begründen, weshalb ein amtliches Dokument nicht zugänglich gemacht werden kann.⁵¹ Eine Zugangsverweigerung ist nur zulässig, wenn die Behörde nachweisen kann, dass eine Ausnahmebestimmung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ vorliegt, ein besonderer Fall nach Art. 8 BGÖ gegeben ist oder die Privatsphäre zu schützen ist (Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGÖ).⁵²

aa. Ausnahmebestimmungen

Der Gesetzgeber stellte in Art. 7 Abs. 1 BGÖ eine abschliessende Liste entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen auf, die es rechtfertigen, den Zugang zu

⁴⁶ Zum Ganzen Botsch. BGÖ, 2001 f.; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N. 20 ff.

⁴⁷ Botsch. BGÖ, 2001; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N. 24.

⁴⁸ Botsch. BGÖ, 2006; BSK BGÖ-HÄNER, Art. 7 N. 63.

⁴⁹ Vgl. dazu ausführlich vorne B.I.1.b.

⁵⁰ Botsch. BGÖ, 2004; SHK BGÖ-COTTIER, Art. 7 N. 1 ff.

⁵¹ Botsch. BGÖ, 2002; BVGE 2011/52 E. 6. S. 1039; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N. 11.

⁵² Botsch. BGÖ, 2004, 2013; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N. 8 f. Der Schutz der Privatsphäre wird an dieser Stelle nur vollständigshalber erwähnt und im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter thematisiert.

amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern.⁵³ Die Anwendung einer Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ hängt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kumulativ von zwei Bedingungen ab: Erstens muss die drohende Beeinträchtigung des Interesses aufgrund der Zugangsgewährung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten. Zweitens muss die Beeinträchtigung des Interesses im Falle einer Offenlegung von einer gewissen Erheblichkeit sein.⁵⁴ Ob eine Interessenbeeinträchtigung vorliegt, ist einzelfallabhängig, wobei die Behörde über einen Ermessensspielraum verfügt.⁵⁵

Die Verwaltung hat dabei nach h.L. und Rechtsprechung keine Interessenabwägung zwischen dem Interesse am Zugang und dem beeinträchtigten Interesse vorzunehmen;⁵⁶ das Ermessen der Behörde besteht lediglich in der Beurteilung des Risikos, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Interessenbeeinträchtigung von einer gewissen Erheblichkeit besteht oder nicht.⁵⁷ Der Gesetzgeber nahm die Interessenabwägung vorweg, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ eine abschliessende Liste von verschiedenen Interessen aufstellte, deren Beeinträchtigung dem Zugang entgegenstehen können.⁵⁸ Dass keine Interessenabwägung vorzunehmen ist, ergibt sich auch bereits daraus, dass keine Anforderungen an die Aktivlegitimation bestehen.⁵⁹

Interessen, die dem Zugang entgegenstehen können, sind insb. der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung der Behörde (Art. 7 Abs. 1 lit. a BGÖ), die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ), der Schutz der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ), aussenpolitische Interessen oder internationale Beziehungen (Art. 7 Abs. 1 lit. d BGÖ), wirtschafts-, geld- und währungspolitische Interessen (Art. 7 Abs. 1 lit. f BGÖ) oder der Schutz des Geschäftsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ).⁶⁰

⁵³ Botsch. BGÖ, 2006; Urteil (des BVGer) A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 2.2; SHK BGÖ-COTTIER, Art. 7 N. 3; BSK BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N. 1.

⁵⁴ BGE 144 II 77 E. 3 S. 80. Vgl. BSK BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N. 3 ff. m.w.H.

⁵⁵ Botsch. BGÖ, 2005.

⁵⁶ Botsch. BGÖ, 2006; BGE 144 II 77 E. 3 S. 80; SHK BGÖ-COTTIER, Art. 7 N. 5; BSK BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N. 2. A.M. WEBER, N. 591, der von einer Interessenabwägung ausgeht.

⁵⁷ SHK BGÖ-COTTIER, Art. 7 N. 5; FLÜCKIGER, 146.

⁵⁸ Botsch. BGÖ, 2006.

⁵⁹ SHK BGÖ-COTTIER, Art. 7 N. 5 f.

⁶⁰ MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 25 ff.

bb. Besondere Fälle

In Art. 8 BGÖ hat der Gesetzgeber für gewisse Sonderfälle bereits abschliessend entschieden, ob der Zugang zu amtlichen Dokumenten zu gewähren ist oder nicht. Der (Nicht-)Anspruch auf Zugangsgewährung ergibt sich unmittelbar aus Art. 8 BGÖ, weshalb die Behörden das Vorliegen einer Beeinträchtigung der Interessen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ nicht prüfen müssen.⁶¹

Zum einen sind gemäss Art. 8 Abs. 1 BGÖ Dokumente des Mitberichtsverfahrens vom Zugang zu amtlichen Dokumenten ausgenommen. Dabei handelt es sich um eine Wiederholung und Konkretisierung von Art. 21 RVOG, wonach die Verhandlungen des Bundesrats und das Mitberichtsverfahren nicht öffentlich sind.⁶² Zum anderen besteht nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ein Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid waren, erst nachdem der Entscheid getroffen wurde. Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten wird damit aufgeschoben.⁶³ Die Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens sind – nachdem ein Bundesratsentscheid erfolgte – gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ zugänglich.⁶⁴ Gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BGÖ kann der Bundesrat jedoch mittels Bundesratsbeschluss ausnahmsweise beschliessen, dass gewisse amtliche Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens auch nach dem Entscheid nicht zugänglich sind.⁶⁵

c. Verhältnis zu Art. 180 Abs. 2 BV

Das BGÖ regelt nur die passive Information.⁶⁶ Bei der passiven Information erfolgt eine Auskunft erst auf Anfrage, indem gewisse Dokumente auf Ersuchen einer Person offengelegt werden.⁶⁷ Diese steht neben der Verpflichtung des Bundesrates aus Art. 180 Abs. 2 BV, die Öffentlichkeit aktiv über seine Tätigkeiten zu informieren.⁶⁸ Über gewisse Geschäfte – wie bspw. die Zustellung des Abstimmungsbüchleins vor

⁶¹ Zum Ganzen Botsch. BGÖ, 2013; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N. 2, 5.

⁶² Botsch. BGÖ, 2014. Art. 21 RVOG hätte i.S. einer Spezialbestimmung nach Art. 4 Abs. 1 BGÖ ausgereicht, um Dokumente des Mitberichtsverfahrens vom Recht auf Zugang auszunehmen, vgl. dazu SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N. 15 f.

⁶³ SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N. 32.

⁶⁴ BSK BGÖ-HÄNER, Art. 8 N. 4; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N. 25, 29.

⁶⁵ BSK BGÖ-HÄNER, Art. 8 N. 13; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N. 36 f.

⁶⁶ Statt vieler BSK BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ N. 37.

⁶⁷ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 180 N. 29.

⁶⁸ BSK BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ N. 37; BSK BV-MÜLLER, Art. 180 N. 8.

Volksabstimmungen – haben die Behörden von sich aus zu informieren.⁶⁹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind aktive und passive Information eng miteinander verbunden und bedingen sich gegenseitig.⁷⁰ Das BGÖ bildet das Gegenstück zur bundesrätlichen Pflicht der aktiven Information aus Art. 180 Abs. 2 BV.⁷¹

II. Grundlagen der PLB-NVO

1. Vorgeschichte zum Untergang der CS

Aufgrund verschiedener Skandale und schlechter Geschäftszahlen zwischen 2015 und Sommer 2022 litt das Ansehen der CS zunehmend bei der Kundschaft, am Markt und in der Bevölkerung generell.⁷² Im Sommer 2022 kündigte die CS deshalb eine umfassende Restrukturierung an, die im Oktober 2022 vorgestellt werden sollte.⁷³ Bevor die CS ihre neue Strategie bekanntgab, löste am 1. Oktober 2022 ein Tweet eines australischen Journalisten über den möglichen Zusammenbruch eines globalen Finanzinstituts massive Kapitalabflüsse bei der CS aus. Anleger vermuteten, dass es sich dabei um die CS handeln könnte.⁷⁴ Am 27. Oktober 2022 stellte die CS ihre neue Strategie vor, die insb. eine Kapitalerhöhung in der Höhe von 4 Milliarden CHF und den Einstieg der Saudi National Bank als neue Grossaktionärin vorsah.⁷⁵ Im Februar 2023 veröffentlichte die CS ihre Zahlen zum vierten Quartal 2022, welche mit einem Vermögensrückgang von 107 Milliarden CHF sowie Netto-Abflüssen von 110.5 Milliarden CHF das Ausmass der Geldabflüsse deutlich machten.⁷⁶

Im März 2023 brach in den USA eine Regionalbankenkrise aus, bei der insb. die Silicon Valley Bank am 10. März 2023 wegen massiver Mittelabflüsse schliessen musste.⁷⁷ Dies führte generell zu grossen Unsicherheiten an den Finanzmärkten und traf die CS besonders hart, deren Aktie am 13. März 2023 auf ein Allzeittief stürzte.⁷⁸

⁶⁹ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 180 N. 29.

⁷⁰ Urteil (des BGer) 1C_299/2019 vom 7. April 2020 E. 2.

⁷¹ BGE 142 II 313 E. 3.1 S. 315 f.

⁷² Vgl. zur ausführlichen Aufarbeitung der Entwicklungen der CS zwischen 2015 und Sommer 2022, Bericht PUK, 106 ff.

⁷³ Credit Suisse, Strategieüberprüfung.

⁷⁴ Zum Ganzen FINMA, lessons learned, 34.

⁷⁵ Credit Suisse, new strategy.

⁷⁶ Credit Suisse, Finanzergebnisse.

⁷⁷ LEISINGER/EISENRING, 23.

⁷⁸ ZULAUF/VUICHARD, 3.

Nachdem der Vorsitzende der Saudi National Bank – die damals grösste Aktionärin der CS – am 15. März 2023 erklärte, die Beteiligung an der CS nicht zu erhöhen, setzte ein weiterer Bankenrun ein: Während am Vortag, dem 14. März 2023, noch 2.7 Milliarden CHF abflossen, waren es am 15. März 2023 bereits 13.2 Milliarden CHF.⁷⁹

Die Versicherung der SNB und FINMA am 15. März 2023⁸⁰, dass die CS genügend liquide und kapitalisiert sei und die SNB im Bedarfsfall Liquidität zur Verfügung stellen würde, vermochte die Lage nicht zu beruhigen: Am 16. März 2023 folgten weitere Abflüsse in der Höhe von 17.1 Milliarden CHF und am 17. März 2023 in der Höhe von 10.1 Milliarden CHF.⁸¹ Es zeigte sich, dass das Vertrauen der Märkte und der Kundschaft in die CS endgültig erodiert war und die CS ohne Notfallmassnahmen aufgrund ungenügender Liquidität in Zahlungsunfähigkeit geraten würde.⁸²

2. Zentrale Massnahmen zur Rettung der CS

Am 16. März 2023 machte der Bundesrat von seiner Kompetenz zur Schaffung von Notrecht Gebrauch:⁸³ Gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV wurde die PLB-NVO erlassen, die nach Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO sogleich am 16. März 2023 um 20:00 Uhr in Kraft trat.⁸⁴ Damit hat der Bundesrat die gesetzlichen Grundlagen geschaffen, um der CS genügend Liquidität bereitzustellen, sodass diese ihre Geschäftstätigkeit fortführen konnte.⁸⁵ Der Erlass dieser Bestimmungen wurde erst drei Tage später, am 19. März 2023, publiziert.⁸⁶ Gleichzeitig wurden am 19. März 2023 die gesetzlichen Grundlagen geschaffen und publiziert, um die angekündigte Übernahme der CS durch die UBS zu unterstützen.⁸⁷ Diese traten noch am selben Tag um 20:00 Uhr in Kraft.⁸⁸

⁷⁹ FINMA, lessons learned, 37.

⁸⁰ FINMA, Stellungnahme.

⁸¹ FINMA, lessons learned, 38.

⁸² FINMA, lessons learned, 38.

⁸³ Vgl. dazu ausführlich hinten C.II.

⁸⁴ AS 2023 135; EFD, Erläuterungen, 3 f., 20.

⁸⁵ Bericht Notrecht, 32 f.

⁸⁶ AS 2023 135. Zur Problematik in diesem Zusammenhang vgl. hinten. D.I.2.a.

⁸⁷ AS 2023 136.

⁸⁸ AS 2023 136 Ziff. II.

a. Liquiditätshilfen

Um die Geschäftstätigkeit der CS zu sichern und den Konkurs wegen mangelnder Liquidität abzuwenden, hat der Bundesrat in der PLB-NVO die rechtlichen Grundlagen erlassen, damit die SNB der CS zusätzliche Liquiditätshilfen gewähren kann.⁸⁹

Einerseits schuf der Bundesrat mit Art. 3 Abs. 1 PLB-NVO die rechtliche Grundlage für zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen der SNB, deren Höhe gemäss Art. 3 Abs. 2 PLB-NVO der Bundesrat bestimmte. Diese Darlehen im Umfang von 100 Milliarden CHF wurden durch ein Konkursprivileg zugunsten der SNB abgesichert, allerdings ohne staatliche Garantie. Bei diesem Instrument spricht man von sog. Emergency Liquidity Assistance plus (ELA+).⁹⁰

Andererseits erliess der Bundesrat mit Art. 4 Abs. 1 PLB-NVO die rechtliche Grundlage für die Gewährung von Ausfallgarantien zur Absicherung von weiteren Liquiditätshilfe-Darlehen der SNB. Diese Darlehen waren damit zum einen durch ein Konkursprivileg zugunsten der SNB und zum anderen durch eine Bundesgarantie abgesichert. Der Bund stellte der SNB hierfür eine Ausfallgarantie von 100 Milliarden CHF zur Verfügung. Bei diesem Instrument spricht man von sog. Public Liquidity Backstop (PLB).⁹¹ Die FinDel stimmte dem dringlichen Verpflichtungskredit i.S.v. Art. 28 Abs. 1 FHG am 19. März 2023 zu.⁹² Der entsprechende Darlehensvertrag wurde per 11. August 2023 aufgehoben.⁹³

b. Staatliche Garantie für die UBS

Zusätzlich verabschiedete der Bundesrat verschiedene Massnahmen, welche die Übernahme der CS durch die UBS ermöglichten.⁹⁴ Mit Art. 14a Abs. 1 und 2 PLB-NVO wurde insb. die gesetzliche Grundlage für die Übernahme von Verlustrisiken des Bundes zugunsten der UBS geschaffen. Der Bund sicherte der UBS eine Garantie von 9

⁸⁹ EFD, Erläuterungen, 4; Bericht Notrecht, 33.

⁹⁰ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 4, 7; Bericht Notrecht, 33.

⁹¹ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 5, 8; Bericht FinDel, 8; Bericht Notrecht, 33.

⁹² Bericht FinDel, 9. Dieser dringliche Verpflichtungskredit wurde durch den Nationalrat nachträglich nicht genehmigt, AB N 2023 713 ff. Dies hat jedoch keine unmittelbaren Auswirkungen auf den von der FinDel bewilligten Kredit, vgl. dazu ZIHLER, 1074 ff.

⁹³ Bericht Notrecht, 33.

⁹⁴ EFD, Erläuterungen, 20; Bericht Notrecht, 33.

Milliarden CHF zu, um mögliche Risiken für die UBS zu verringern. Diese Garantie diente dazu, potenzielle Verluste aus den übernommenen Vermögenswerten abzufedern, wobei ein Schwellenwert von Verlusten über 5 Milliarden CHF vorgesehen war.⁹⁵ Die FinDel stimmte auch diesem dringlichen Verpflichtungskredit i.S.v. Art. 28 Abs. 1 FHG zu.⁹⁶ Auch dieser Garantievertrag wurde per 11. August 2023 aufgehoben.⁹⁷

3. Informationsaustausch und BGÖ-Ausschluss

a. Informationsaustausch im Rahmen der PLB-NVO

Zur Gewährung, Verwaltung, Überwachung und Abwicklung der Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien wurden nach Art. 6 Abs. 1 PLB-NVO zwischen dem EFD, der FINMA und der SNB nicht öffentlich verfügbare Informationen ausgetauscht.⁹⁸ Dies umfasste alle Informationen und Daten, über die das EFD, die SNB oder die FINMA verfügten oder verfügen konnten.⁹⁹ Die Norm bezweckte, dass die Behörden sich während der Laufzeit der Garantieverträge gegenseitig keine Geheimhaltungsvorbehalte – insb. Amts-, Banken- und Steuergeheimnisse – entgegenhalten konnten. Damit wollte der Bundesrat sicherstellen, dass ihm sämtliche relevanten Informationen und Daten der CS verfügbar waren, um die Liquidität und Kapitalisierung der CS möglichst fundiert beurteilen und die Tragweite der Ausfallgarantie einschätzen zu können.¹⁰⁰

b. Zugang zu amtlichen Dokumenten

Mit Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO wurde der Zugang zu den Informationen und Daten, die im Zusammenhang mit den Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien ausgetauscht wurden, vom BGÖ ausgenommen. Der Bundesrat betonte zwar die Notwendigkeit weitgehender Transparenz im Zusammenhang mit den Liquiditätshilfe-

⁹⁵ Zum Ganzen Bericht FinDel, 9; Bericht Notrecht, 33.

⁹⁶ Bericht FinDel, 9. Auch dieser dringliche Verpflichtungskredit wurde durch den Nationalrat nachträglich nicht genehmigt, AB N 2023 713 ff. Dies hat jedoch keine unmittelbaren Auswirkungen auf den von der FinDel bewilligten Kredit, vgl. dazu ZIHLER, 1074 ff.

⁹⁷ Bericht Notrecht, 33.

⁹⁸ Nach Art. 6 Abs. 2 PLB-NVO beschränkte sich der Austausch der Informationen und Daten nicht nur auf die in Abs. 1 genannten Behörden, sondern erstreckte sich auch auf die EFK sowie Dritte, soweit dies für den Vollzug der Verordnung notwendig war.

⁹⁹ EFD, Erläuterungen, 11.

¹⁰⁰ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 11.

Darlehen und Ausfallgarantien. Diese könne jedoch auch anderweitig hergestellt werden, bspw. indem proaktiv gewisse Informationen veröffentlicht werden.¹⁰¹ Dem BGÖ-Ausschluss lagen drei Begründungslinien zugrunde:¹⁰²

Erstens ging es um den Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Banken. Der Bundesrat führte in den Erläuterungen aus, dass die zwischen den Behörden und Banken ausgetauschten Informationen und Daten sehr sensibler Natur seien, was den Ausschluss des BGÖ rechtfertige.¹⁰³

Zweitens wollte der Bundesrat mit dem Ausschluss des BGÖ den Daten- und Informationsaustausch zwischen den Behörden und Banken sicherstellen. Er befürchtete, dass die Banken aufgrund der unsicheren Rechtslage im Zusammenhang mit dem BGÖ – insb. der Frage, ob sensible Daten an die Öffentlichkeit gelangen könnten – die notwendigen Informationen unvollständig oder verspätet liefern würden. Dies hätte den Vollzug der Massnahmen gefährden können. Mit dem Ausschluss verfolgte der Bundesrat somit das Ziel, eine klare Rechtslage zu schaffen.¹⁰⁴

Drittens bestand die Befürchtung, dass die Bearbeitung von Zugangsgesuchen nach dem BGÖ während der Krisenzeit Ressourcen binden und damit die Erledigung der anfallenden Aufgaben beeinträchtigen könnte. Diese Befürchtung fand jedoch keine Erwähnungen in den Erläuterungen zur PLB-NVO, sondern wurde erst im PUK-Bericht aufgeführt.¹⁰⁵

III. Schlussfolgerung

Das Öffentlichkeitsprinzip, das mit dem BGÖ eingeführt wurde, soll die Transparenz der Verwaltung fördern, was eine wichtige Voraussetzung für die demokratische Partizipation und Kontrolle des staatlichen Handelns darstellt. Gestützt auf das BGÖ sind Dokumente der Verwaltung grundsätzlich öffentlich einsehbar. Vom persönlichen

¹⁰¹ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 12.

¹⁰² Vgl. dazu auch Bericht PUK, 581.

¹⁰³ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 12.

¹⁰⁴ Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 12.

¹⁰⁵ Zum Ganzen Bericht PUK, 398 f.

Geltungsbereich des BGÖ erfasst ist sowohl die Zentralverwaltung als auch die dezentrale Verwaltung, wobei die SNB und die FINMA explizit ausgenommen sind.

Es gilt die Vermutung des freien Zugangs amtlicher Dokumente, weshalb auch keine Anforderungen an die Aktivlegitimation bestehen. Dieser Zugang kann einzelfallweise gestützt auf Bestimmungen des BGÖ, in denen das Interesse an der Geheimhaltung überwiegt, von der Behörde verweigert werden.

Im Zuge der CS-Krise schuf der Bundesrat gestützt auf Notrecht die gesetzlichen Grundlagen, um den Konkurs der CS aufgrund von Zahlungsunfähigkeit abzuwenden. Dafür wurden im Rahmen der CS-Krise von der SNB und dem Bund insgesamt 209 Milliarden CHF in der Form von Liquiditätshilfen und/oder Garantien zur Verfügung gestellt. Der Bund sprach Garantien in der Höhe von 109 Milliarden CHF.

In diesem Zusammenhang, also in Bezug auf die Informationen und Daten, die zur Gewährung, Verwaltung, Überwachung und Abwicklung von Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien ausgetauscht wurden, wurde das BGÖ pauschal suspendiert. Aufgrund dieses Befunds stellt sich die im weiteren Verlauf dieser Arbeit zu beantwortende Frage, ob der BGÖ-Ausschluss einer verfassungsmässigen Überprüfung standhält.

C. Voraussetzungen für bundesrätliches Notrecht

Wie bereits erwähnt, hat der Bundesrat die PLB-NVO auf Grundlage von Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV erlassen. Bei Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV handelt es sich um sog. «Notrecht», welches es dem Bundesrat erlaubt, in gewissen Situationen unmittelbar gestützt auf die BV zu handeln.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Statt vieler TRÜMLER, N. 179. In der Lehre besteht keine Einigkeit darüber, welche Normen der BV alles «Notrecht» darstellen: HANGARTNER *et al.*, N. 1165, zählen bspw. auch Art. 165 BV zum Notrecht; TRÜMLER, N. 184 ff., lehnt dies entschieden ab.

I. Funktion und Rang des Notrechts

1. Funktion des Notrechts

Der Gesetzgeber kann nicht für jede mögliche Gefährdungslage eine hinreichende gesetzliche Grundlage schaffen. Gleichzeitig bestehen teilweise Gefährdungslagen, in denen der Staat verpflichtet ist, zum Schutz fundamentaler Rechtsgüter aktiv tätig zu werden.¹⁰⁷ Die Exekutive muss daher in ausserordentlichen Situationen die Möglichkeit haben, solche – unabhängig von einer spezifischen gesetzlichen Grundlage – durch unmittelbares Handeln bewältigen zu können.¹⁰⁸

Art. 185 Abs. 3 BV ermächtigt den Bundesrat Notverordnungen zu erlassen, um einer eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen.¹⁰⁹ Ferner ist der Bundesrat nach Art. 184 Abs. 3 BV ermächtigt, Interessenwahrungsverordnungen zu erlassen, wenn es die Wahrung der Interessen des Landes erfordern.¹¹⁰ Es handelt sich jeweils um selbständige Verordnungen, da sie sich unmittelbar auf die Verfassung stützen.¹¹¹ Zugleich ergibt sich aus der BV ausdrücklich die Berechtigung, Verordnungen unter gewissen Voraussetzungen abweichend vom ordentlichen Verfahren zu erlassen, weshalb von sog. «intrakonstitutionellem Notrecht» gesprochen wird, das innerhalb dieses Rahmens bleibt.¹¹²

2. Rang des Notrechts

Verordnungen sind Gesetze im materiellen Sinn und per se keine formellen Gesetze, da sie nicht im dafür vorgesehenen Verfahren erlassen werden.¹¹³ Der Bundesrat nimmt beim Erlass von Notrecht jedoch – aufgrund der fehlenden formell-gesetzlichen Grundlage – vorübergehend die Rolle des Gesetzgebers ein.¹¹⁴ Die selbständige

¹⁰⁷ Zum Ganzen MÜLLER/JENNI, Polizeiliche Generalklausel, 106.

¹⁰⁸ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 59. Auch die Bundesversammlung kann gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. c BV Notrecht erlassen, was sich jedoch nur beschränkt zur Bewältigung einer Notlage eignet, vgl. dazu TRÜMLER, N. 233.

¹⁰⁹ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 60; TSCHANNEN, N. 1672.

¹¹⁰ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 115; TSCHANNEN, N. 1677.

¹¹¹ HÄFELIN *et al.*, N. 2280 ff.; TSCHANNEN, N. 1659 f.

¹¹² HANGARTNER *et al.*, N. 1165 f.; TRÜMLER, N. 179. Zum «extrakonstitutionellen Notrecht» vgl. RECHSTEINER, N. 558 ff.

¹¹³ BSK BV-KÜNZLI, Art. 182 N. 13; TSCHANNEN, N. 1575 f.

¹¹⁴ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 185 N. 10c; STÖCKLI, Regierung und Parlament, 24; TSCHANNEN, N. 1673.

Verordnung hat deshalb den Rang eines formellen Gesetzes und darf auch wichtige rechtsetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV enthalten.¹¹⁵ Teilweise wird in diesem Zusammenhang auch von einem Gesetzessurrogat gesprochen.¹¹⁶ Hinsichtlich des notrechtlichen BGÖ-Ausschlusses aus Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO lässt sich deshalb festhalten, dass dieser eine ausreichende Gesetzesgrundlage darstellt, um einen Gesetzesvorbehalt i.S.v. Art. 4 lit. a BGÖ zu begründen.¹¹⁷ Dass ein solcher Vorbehalt eines formellen Gesetzes bedarf, ist insofern erfüllt, als die PLB-NVO gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV den Rang eines formellen Gesetzes einnimmt.

II. Anwendung von Notrecht

1. Berechtigung

Sowohl Art. 184 Abs. 3 als auch Art. 185 Abs. 3 BV berechtigen ausschliesslich den Bundesrat als Kollegialbehörde, Notrecht zu erlassen; eine Delegation dieser Befugnis ist ausgeschlossen.¹¹⁸ Der Bundesrat entscheidet allein, ob die Anwendungsvoraussetzungen gegeben sind oder nicht. Er ist sowohl initiiertes als auch ausführendes Organ, was eine schnelle Reaktion auf mögliche Gefahren ermöglicht.¹¹⁹ Die PLB-NVO wurde vom Bundesrat als Kollegialbehörde erlassen.¹²⁰ In Bezug auf die Berechtigung stellen sich deshalb keinerlei Probleme.

2. Anwendungsvoraussetzungen

Die PLB-NVO wurde sowohl auf Art. 184 Abs. 3 als auch auf Art. 185 Abs. 3 BV abgestützt.¹²¹ Eine solche Doppelabstützung ist in der Praxis häufig der Fall.¹²² Gemäss h.L. sind in einem solchen Fall die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV einschlägig, da diese strenger sind.¹²³ Auf eine eigenständige Abhandlung von Art. 184 Abs. 3 BV wird deshalb verzichtet.

¹¹⁵ BGE 129 II 193 E. 5.3.3 S. 212; TSCHANNEN, N. 1673.

¹¹⁶ BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N. 41a. Im Zusammenhang mit der polizeilichen Generalklausel auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1543.

¹¹⁷ Vgl. dazu vorne B.I.4.

¹¹⁸ Statt vieler BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N. 33 und Art. 185 N. 26.

¹¹⁹ Zum Ganzen LEHNER, 66; SCHOTT/KÜHNE, 421.

¹²⁰ Vgl. Ingress PLB-NVO.

¹²¹ Vgl. Ingress PLB-NVO.

¹²² Vgl. dazu die Übersicht bei SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 165 ff.

¹²³ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 184 N. 13; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 102; TSCHANNEN, N. 1678. Kritisch dazu BSK BV-KÜNZLI, Art. 184 N. 47.

Bei Art. 185 Abs. 3 BV handelt es sich gemäss h.L. und Praxis um einen Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV.¹²⁴ Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV und Art. 185 Abs. 3 BV sind jedoch nicht deckungsgleich: Einerseits ermächtigt Art. 185 Abs. 3 BV nur den Bundesrat, während Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV in dieser Hinsicht keine Einschränkung vorsieht.¹²⁵ Andererseits bestehen Unterschiede im sachlichen Anwendungsbereich.¹²⁶

a. Relevantes Schutzgut

aa. Polizeigüterschutz?

In der Literatur umstritten ist die Frage, wie weit der sachliche Schutzbereich von Art. 185 Abs. 3 BV reicht. Gemäss dem Verfassungstext soll die öffentliche Ordnung sowie die innere und äussere Sicherheit geschützt werden. Die Unterscheidung zwischen der inneren und äusseren Sicherheit geht auf die bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Sicherheit zurück.¹²⁷ Eine scharfe Trennung zwischen innerer und äusserer Sicherheit erscheint aufgrund der Komplexität der Bedrohungslagen unmöglich, weshalb auf die Sicherheit als Oberbegriff abzustellen ist.¹²⁸

Bei der öffentlichen Ordnung und Sicherheit handelt es sich um den Oberbegriff der polizeilichen Schutzgüter.¹²⁹ Daraus leiten sich die spezifischen Schutzgüter wie der Schutz von Leib, Leben, Freiheit oder Eigentum ab.¹³⁰ Ein Teil der Lehre verweist deshalb auf das klassische Konzept des Polizeigüterschutzes.¹³¹ Eine Einschränkung des Begriffs bestehe darin, dass nur jene Polizeigüter, die für die Allgemeinheit oder den Staat von fundamentaler Bedeutung sind, angerufen werden dürften.¹³² Die Rechtsgüter gelten laut MÜLLER/JENNI dann als fundamental, wenn sie entweder für

¹²⁴ BGE 125 II 417 E. 6b S. 428. Vgl. bspw. MÜLLER/JENNI, Polizeiliche Generalklausel, 101; TRÜMLER, N. 30; TSCHANNEN, N. 1673; ZÜND/ERRASS, 287 f. A.M. SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 71 ff., die sich für eine Differenzierung der beiden Rechtsinstitute aussprechen.

¹²⁵ LEHNER, 17 f.

¹²⁶ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 31.

¹²⁷ Vgl. dazu ausführlich SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, N. 29 ff.

¹²⁸ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 122; SÄGESSER, Bundesbehörden, Art. 173 N. 693.

¹²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 2549; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1483.

¹³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 2549; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1490 ff.

¹³¹ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 36; TSCHANNEN, N. 1672.

¹³² BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 36; MÜLLER/JENNI, Reformbedarf, 13 f. TSCHANNEN, N. 1672.

eine erhebliche Zahl von Personen oder für den Staat selbst von solch existenzieller Bedeutung sind, dass ein Untätigbleiben des Staates pflichtwidrig wäre.¹³³

Auch das BGer geht im Rahmen von Art. 185 Abs. 3 BV konzeptionell vom Polizeigüterschutz aus, wobei nur jene Polizeigüter von fundamentaler Bedeutung erfasst werden. Jedoch legt es den Begriff des Polizeigüterschutzes weit aus: So subsumierte das BGer auch die ökonomische Stabilität unter den Polizeigüterbegriff, da ein Zusammenbrechen des Schweizer Finanzplatzes die Gefährdung klassischer Polizeigüter zur Folge hätte.¹³⁴

Ein anderer Teil der Lehre stellt das Konzept des Polizeigüterschutzes jedoch zunehmend infrage. Auch die Gefährdung nichtpolizeilicher Rechtsgüter soll eine Massnahme gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV rechtfertigen können, sofern sie von fundamentaler Bedeutung seien. Im Vordergrund soll nicht stehen, ob es sich um ein Polizeigut handle oder nicht, sondern ob das Rechtsgut fundamental sei.¹³⁵ Von einem fundamentalen Rechtsgut soll laut SAXER/BRUNNER immer dann gesprochen werden, wenn es systemische Relevanz habe.¹³⁶ Dieser Auffassung ist auch der Bundesrat.¹³⁷ Eine ähnliche Auffassung scheinen auch die Materialien zu vermitteln: Gemäss der Botschaft zur neuen BV sollen die grundlegendsten Normen des friedlichen Zusammenlebens und die Institutionen des Staates geschützt und soziale Notstände abgewendet werden können.¹³⁸

Den verschiedenen Lehrmeinungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Beschränkung auf ein Rechtsgut von fundamentaler Bedeutung gemeinsam. M.E. sollte die Frage, welche Rechtsgüter im Rahmen von Art. 185 Abs. 3 BV angerufen werden können, mit Blick auf die Funktion des Notrechts beantwortet werden: Diese liegt darin, in potenziellen Notlagen, in denen keine genügende gesetzliche Grundlage

¹³³ MÜLLER/JENNI, Reformbedarf, 14, die in diesem Zusammenhang von einer Teilmenge der polizeilichen Schutzgüter sprechen.

¹³⁴ BGE 137 II 431 E. 4.1 S. 445 f. Vgl. dazu BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 36.

¹³⁵ Zum Ganzen SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 108 ff. Gl. M. RECHSTEINER, N. 447; SCHOTT/KÜHNE, 438; TRÜMLER, N. 282 ff.; WALDMANN, 22; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 125 ff., die jedoch eine Beschränkung auf sicherheitspolitische Aspekte fordern.

¹³⁶ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 108.

¹³⁷ Bericht Notrecht, 51.

¹³⁸ Botsch. BV, 399, 418.

besteht, die Handlungsfähigkeit des Bundesrates zu gewährleisten.¹³⁹ Die Begrenzung auf reine Polizeigüter würde diese Handlungsfähigkeit einschränken. Folglich sollte Art. 185 Abs. 3 BV m.E. immer dann angerufen werden können, wenn ein fundamentales Rechtsgut gefährdet ist. Als Schutzgut von Art. 185 Abs. 3 BV kommt m.E. deshalb jedes Rechtsgut infrage, soweit es von fundamentaler Bedeutung ist.

bb. PLB-NVO

Mit dem Erlass der PLB-NVO wollte der Bundesrat den ungeordneten Ausfall der CS verhindern, was seiner Ansicht nach dramatische Auswirkungen für die Schweizerische Volkswirtschaft und das Schweizer Finanzsystem gehabt hätte.¹⁴⁰ Die geschützten Rechtsgüter waren somit die Schweizerische Volkswirtschaft und das Schweizer Finanzsystem.

Fraglich ist, ob diesen Rechtsgütern im konkreten Fall fundamentale Bedeutung zukam. Vor der Notfusion der CS und UBS galt die CS als eine global systemrelevante Bank.¹⁴¹ Nach Art. 7 Abs. 1 BankG ist eine Bank systemrelevant, wenn ihr Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde. Die Botschaft präzisiert, dass dies insb. dann gilt, wenn unverzichtbare Leistungen innert nützlicher Frist von anderen Finanzinstituten nicht substituierbar sind. Dazu zählen nach Art. 8 Abs. 1 BankG das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der Zahlungsverkehr, deren Unterbruch gravierende volkswirtschaftliche Schäden nach sich ziehen würde.¹⁴²

Ende 2022 betrug das von der CS in der Schweiz verwaltete Vermögen rund 630 Milliarden CHF.¹⁴³ Die Zahlungsfähigkeit von natürlichen und juristischen Personen, die ihre Einlagen bei der CS hatten, wäre bei einem Konkurs der CS stark beeinträchtigt worden.¹⁴⁴ Aufgrund der enormen Summen, die die CS an Einlagen hatte, hätte dies starke Auswirkungen auf die gesamte Schweizer Volkswirtschaft gehabt: Gemäss Schätzungen der SNB hätte sich der wirtschaftliche Schaden eines CS-Untergangs im

¹³⁹ Vgl. dazu vorne C.I.1.

¹⁴⁰ EFD, Erläuterungen, 3; Bericht Notrecht, 33 f.

¹⁴¹ Financial Stability Board, 3; Bericht Finanzstabilität, 20.

¹⁴² Zum Ganzen Botsch. TBTF, 4745.

¹⁴³ Credit Suisse, Annual Report, 41 f.

¹⁴⁴ EFD, Erläuterungen, 3.

Worst-Case-Szenario auf rund 150% des Schweizer BIP belaufen.¹⁴⁵ Kurzfristig hätte dies gemäss Berechnungen einen BIP-Rückgang von etwa 25% zur Folge haben können.¹⁴⁶ Die Schätzungen waren jedoch mit grossen Unsicherheiten behaftet.¹⁴⁷ Ein Expertenbericht stuft die Schätzungen der SNB jedoch insgesamt als plausibel ein.¹⁴⁸

Die Einstufung der CS als eine systemrelevante Bank macht ihre zentrale Rolle für die Stabilität der Schweizer Volkswirtschaft und des Schweizer Finanzsystems deutlich. Angesichts ihres enormen Vermögen- und Einlagevolumens in der Schweiz hätte ein ungeordneter Zusammenbruch gravierende volkswirtschaftliche Schäden angerichtet. Die Stabilität der Schweizer Volkswirtschaft und des Schweizer Finanzsystems stellen m.E. fundamentale Rechtsgüter dar. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 185 Abs. 3 BV ist somit erfüllt.

b. Sachliche und zeitliche Dringlichkeit

Nach Art. 185 Abs. 3 BV muss eine schwere Störung eingetreten sein oder unmittelbar bevorstehen. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit.¹⁴⁹ Zur Beurteilung, ob eine schwere Störung eingetreten oder unmittelbar bevorsteht, ist stets die ex ante Sicht massgebend, wobei Fehleinschätzungen in der Natur der Sache liegen.¹⁵⁰

aa. Sachliche Dringlichkeit

Die schwere Störung bezieht sich auf die Intensität der Beeinträchtigung.¹⁵¹ Erforderlich ist, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des fundamentalen Rechtsguts droht. Eine solche liegt vor, wenn das Rechtsgut entweder besonders intensiv betroffen ist oder viele Personen beeinträchtigt werden.¹⁵²

¹⁴⁵ Bericht PUK, 354.

¹⁴⁶ KOF Swiss Economic Institute, 18.

¹⁴⁷ KOF Swiss Economic Institute, 16 ff.

¹⁴⁸ KOF Swiss Economic Institute, 46 ff.

¹⁴⁹ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 185 N. 10; BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 32 f.; TRÜMLER, N. 285; TSCHANNEN, N 1672.

¹⁵⁰ BGE 137 II 431 E. 4.3.2 S. 448; RECHSTEINER, N 450; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 118.

¹⁵¹ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 128; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 117.

¹⁵² Zum Ganzen LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 128; MÜLLER/JENNI, Reformbedarf, 14.

In casu hatte die CS ein massives Vertrauens- und Liquiditätsproblem, weshalb innert kürzester Zeit unzählige Kundengelder abgezogen wurden.¹⁵³ Spätestens am Freitag, dem 17. März 2023, wurde dem Bundesrat bewusst, dass der Vertrauensverlust nicht mehr wiederhergestellt werden kann, da die Liquidationsabflüsse zu gross geworden waren.¹⁵⁴ Auch die FINMA war der Ansicht, dass die Gefahr einer unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit bestand.¹⁵⁵ M.E. bestand deshalb mit der unmittelbar drohenden Zahlungsunfähigkeit und dem drohenden Konkurs der CS eine besonders intensive Beeinträchtigung des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft.¹⁵⁶ Die sachliche Dringlichkeit ist folglich zu bejahen.

bb. Zeitliche Dringlichkeit

Ob die Störung unmittelbar droht oder bereits eingetreten ist, betrifft die Frage der Eintrittswahrscheinlichkeit.¹⁵⁷ Ist eine Störung bereits eingetreten, so ist die Beantwortung der Frage unproblematisch. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wann eine Störung unmittelbar droht.¹⁵⁸ Gemäss ZÜND/ERRASS muss die Beeinträchtigung des Rechtsgutes nach den Umständen mit hoher Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorstehen.¹⁵⁹ Erst die Unmittelbarkeit macht eine konkrete Gefährdung zu einer Notlage, die es rechtfertigt, sich auf Notrecht zu stützen.¹⁶⁰ Steht die Beeinträchtigung nicht unmittelbar bevor, so muss der drohenden Gefahr auf dem ordentlichen Weg der Rechtsetzung begegnet werden.¹⁶¹

Vorliegend wäre die CS ohne die zusätzlichen Liquiditätshilfe-Darlehen, die am 16. März 2023 gesprochen wurden, bereits am 17. März 2023 zahlungsunfähig geworden.¹⁶² Am Sonntag 19. März 2023 äusserte der Bundesrat gegenüber der FinDel, dass die CS ohne eine Lösung vor Marktöffnung am Montag nicht die geringste Chance zum Überleben habe, da diese das Vertrauen der Märkte nicht mehr geniesse.¹⁶³ Es

¹⁵³ Vgl. vorne B.II.1.

¹⁵⁴ Bericht PUK, 465.

¹⁵⁵ FINMA, Genehmigung; Bericht PUK, 432 f.

¹⁵⁶ Vgl. zu den möglichen Auswirkungen eines Ausfalls der CS vorne C.II.2.a.bb.

¹⁵⁷ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 117; ZÜND/ERRASS, 291 f.

¹⁵⁸ Zum Ganzen LEHNER, 47.

¹⁵⁹ ZÜND/ERRASS, 292.

¹⁶⁰ MÜLLER/JENNI, Reformbedarf, 14; ZÜND/ERRASS, 292.

¹⁶¹ BGE 83 I 111 E. 2c S. 117.

¹⁶² FINMA, lessons learned, 38 f.

¹⁶³ Bericht FinDel, 8.

steht ausser Zweifel, dass im Zeitraum zwischen der Zuspitzung der Lage der CS und dem Erlass aller Massnahmen am 19. März 2023 keine ordentliche Gesetzesgrundlage hätte geschaffen werden können. Auch die zeitliche Dringlichkeit ist deshalb als gegeben zu betrachten.

c. Subsidiarität

Massnahmen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV sind nur subsidiär zulässig.¹⁶⁴ Die Subsidiarität muss in zweierlei Hinsicht gegeben sein: Einerseits kann der Bundesrat nur tätig werden, wenn die Bundesversammlung nicht von ihrer Notrechtskompetenz nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV Gebrauch macht, was im vorliegenden Fall unproblematisch war.¹⁶⁵ Andererseits darf der Bundesrat nur dann Notrecht erlassen, wenn im ordentlichen Recht keine geeignete Rechtsgrundlage besteht, um der Notlage adäquat zu begegnen.¹⁶⁶

Der Bundesrat erwähnte drei weitere Optionen, die zur Lösung der CS-Krise diskutiert wurden: Die Einleitung eines Sanierungsverfahrens der CS, die Konkursliquidation der Finanzgruppe und Aktivierung des Notfallplans oder eine vorübergehende Übernahme durch den Staat.¹⁶⁷ Der Bundesrat entschied sich aufgrund der – aus seiner Sicht – geringeren Wirksamkeit, gegen diese Alternativen.¹⁶⁸

Sowohl die Einleitung einer Sanierung der CS als auch die Konkursliquidation der Finanzgruppe und Aktivierung des Notfallplans hätten im Rahmen der TBTF-Regulierungen, gestützt auf ordentliche Gesetzesgrundlagen, umgesetzt werden können.¹⁶⁹ So hat die FINMA bei ernsthaften Liquiditätsproblemen einer Bank nach Art. 25 Abs. 1 lit. b BankG die Möglichkeit ein Sanierungsverfahren einzuleiten. Ein solches kommt gemäss Art. 28 Abs. 1 BankG jedoch nur dann in Frage, wenn eine begründete Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung besteht. Aufgrund des massiven Vertrauensverlusts der CS sah der Bundesrat die Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung als

¹⁶⁴ Statt vieler TSCHANNEN, N. 1672.

¹⁶⁵ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 130. Zur Notrechtskompetenz der Bundesversammlung vgl. TRÜMLER, N. 202 ff.

¹⁶⁶ BGE 121 I 22 E. 4b/bb S. 28; MÜLLER/JENNI, Reformbedarf, 15; TSCHANNEN, N. 1672; ZÜND/ER-RASS, 293.

¹⁶⁷ Bericht Notrecht, 34.

¹⁶⁸ Bericht Notrecht, 34.

¹⁶⁹ Bericht Notrecht, 34.

höchst fraglich an.¹⁷⁰ Ferner hätte die FINMA nach Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG auch die Möglichkeit, bei drohendem Konkurs einer systemrelevanten Bank die Konkursliquidation anzuordnen und den Notfallplan nach Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG zu aktivieren.¹⁷¹ Dies hätte dazu geführt, dass über jede einzelne rechtliche Einheit der CS-Gruppe, mit Ausnahme der systemrelevanten CS Schweiz AG, der Konkurs verhängt worden wäre.¹⁷² Von dieser Möglichkeit hat der Bundesrat deshalb abgesehen, weil dies seiner Ansicht nach zu einer weiteren Destabilisierung der Märkte geführt hätte und auch nicht klar gewesen sei, ob die abgetrennte Schweizer Einheit der CS das Vertrauen hätte zurückgewinnen können.¹⁷³

Zu erwähnen ist abschliessend, dass die CS aufgrund der massiven Abflüsse der Kundengelder in erster Linie ein akutes Liquiditätsproblem hatte.¹⁷⁴ Zu jenem Zeitpunkt bestand keine ordentliche gesetzliche Grundlage, um diesem Liquiditätsproblem zu begegnen.¹⁷⁵ Unabhängig davon, ob man zum Schluss gelangt, dass das TBTF-Regelwerk hätte angewendet werden müssen, wäre dadurch das Liquiditätsproblem der CS nicht gelöst worden. Zur Sicherstellung der Liquidität hätte deshalb so oder so auf Notrecht zurückgegriffen werden müssen.¹⁷⁶ Folglich ist m.E. auch die Subsidiarität gegeben.

3. Weitere Fragen

a. Unvorhersehbarkeit

Das BGer sah die Unvorhersehbarkeit der Gefahr zeitweise als zwingende Voraussetzung der polizeilichen Generalklausel an.¹⁷⁷ Daran übten MÜLLER/JENNI aufgrund mangelnder Praxistauglichkeit zu Recht Kritik. Insb. sei es untragbar, dass das Untätigbleiben des Gesetzgebers trotz Voraussehbarkeit, den Schutz der Individuen vereiteln würde.¹⁷⁸ Das BGer hat diese Rechtsprechung revidiert und festgehalten, dass die

¹⁷⁰ Bericht Bankenstabilität, 72.

¹⁷¹ Bericht Bankenstabilität, 73.

¹⁷² Bericht Bankenstabilität, 73.

¹⁷³ Bericht Bankenstabilität, 73.

¹⁷⁴ Vgl. vorne B.II.1.

¹⁷⁵ EFD, Erläuterungen, 3 ff.

¹⁷⁶ Bericht Bankenstabilität, 71; Bericht Notrecht, 34.

¹⁷⁷ BGE 121 I 22 E. 4b S. 27 f.

¹⁷⁸ Zum Ganzen MÜLLER/JENNI, Reformbedarf, 17.

Unvorhersehbarkeit keine zwingende Voraussetzung der polizeilichen Generalklausel darstellt, sondern im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.¹⁷⁹

Die h.L. sieht die Unvorhersehbarkeit deshalb auch nicht als zwingende Voraussetzung von Art. 185 Abs. 3 BV an.¹⁸⁰ Das BVGer hielt in einem Entscheid fest, dass Art. 185 Abs. 3 BV hauptsächlich auf unvorhersehbare Situationen anzuwenden sei.¹⁸¹ Die Unvorhersehbarkeit ist deshalb nicht als eigenständige Anwendungsvoraussetzung zu behandeln und an diesem Punkt nicht weiter zu thematisieren.

b. Befristung

Nach Art. 185 Abs. 3 BV sind Notverordnungen zu befristen, wobei die BV keine Höchstdauer vorsieht. Die Geltungsdauer ist zunächst auf den Zeitraum beschränkt, in dem die Anwendungsvoraussetzungen für den Erlass einer Notverordnung noch bestehen.¹⁸² Deshalb hob der Bundesrat per 15. September 2023 verschiedene Bestimmungen – darunter auch Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO –, die er als nicht mehr notwendig erachtete, wieder auf.¹⁸³ Diese Streichung gilt jedoch nicht rückwirkend.¹⁸⁴

Mit dem Erlass von Art. 7c – 7e RVOG wurde die Befristung zudem explizit geregelt.¹⁸⁵ Gemäss Art. 7d Abs. 2 lit. a Ziff. 1 RVOG tritt eine Notverordnung nach sechs Monaten insb. dann ausser Kraft, wenn der Bundesrat der Bundesversammlung innert dieser Frist keinen Entwurf für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage unterbreitet. Diese Frist hat der Bundesrat vorliegend eingehalten, indem er am 6. September 2023 einen Entwurf zur Änderung des Bankengesetzes an das Parlament überwies.¹⁸⁶

In Art. 32 ff. E-BankG schlägt der Bundesrat die Schaffung einer ordentlichen gesetzlichen Grundlage für Liquiditätshilfe-Darlehen der SNB mit Ausfallgarantie des

¹⁷⁹ Urteil (des BGer) 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1. Bestätigt in BGE 137 II 431 E. 3.3.2 S. 445.

¹⁸⁰ RECHSTEINER, N. 458; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 100.

¹⁸¹ Urteil (des BVGer) B-1092/2009 vom 5. Januar 2010 E. 8.2.2.

¹⁸² Statt vieler SÄGESSER, Bundesbehörden, Art. 185 N. 989.

¹⁸³ AS 2023 495; EFD, Änderungen, 4.

¹⁸⁴ Botsch. BankG, 87; Bericht Notrecht, 72.

¹⁸⁵ Einführung des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, AS 2011 1381. Der Erlass dieser Bestimmungen geht auf die Notrechtsmassnahmen im Zusammenhang mit der UBS-Rekapitalisierung im Jahre 2008 zurück, vgl. dazu Bericht Demokratie, 1567 ff.

¹⁸⁶ Botsch. BankG. Der Bund hat bereits im März 2022 die Grundsätze für die Einführung einer staatlichen Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken festgelegt. Das EFD wurde damit beauftragt, bis Mitte 2023 eine Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten, vgl. dazu Botsch. BankG, 8.

Bundes (PLB) vor, die im Wesentlichen der Regelung aus Art. 4 PLB-NVO entspricht.¹⁸⁷ Die Bestimmung in Art. 321 E-BankG zum Informationsaustausch und zur Datenbearbeitung über nicht öffentlich verfügbare Informationen und Daten zwischen dem EFD, der SNB und der FINMA, die im BankG eingeführt werden soll, ist praktisch identisch mit der Bestimmung aus Art. 6 Abs. 1 und 2 PLB-NVO.¹⁸⁸ Zweck ist auch hier, dass die Behörden keine Geheimhaltungsvorbehalte geltend machen können und der Informationsaustausch gewährleistet ist.¹⁸⁹ In diesem Zusammenhang will der Bundesrat auf einen Ausschluss des BGÖ verzichten.¹⁹⁰

III. Schlussfolgerung

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Anwendungsvoraussetzungen aus Art. 185 Abs. 3 BV zum Zeitpunkt, zu dem die PLB-NVO erlassen wurde, erfüllt waren.¹⁹¹ Die PLB-NVO zielte darauf ab fundamentale Rechtsgüter zu schützen. Der ungeordnete Zusammenbruch der CS hätte die Schweizer Volkswirtschaft und das Schweizer Finanzsystem erheblich gefährdet. Angesichts der unmittelbar drohenden Zahlungsunfähigkeit und der fehlenden ordentlichen Gesetzesgrundlage scheint das Handeln des Bundesrates zulässig gewesen zu sein. Der Bundesrat handelte damit m.E. im Rahmen seiner verfassungsmässigen Kompetenzen, um die akute Notlage zu bewältigen. Zu diesem Schluss kam auch der PUK-Bericht, der die Anwendung von Notrecht grundsätzlich stützte.¹⁹²

D. Schranken der Verordnungskompetenz

Hat der Bundesrat entschieden, dass die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV erfüllt sind und dass er sich darauf stützt, so verfügt er über ein Entschliessungsermessen, welche Massnahmen zu ergreifen sind.¹⁹³ Das Ermessen des

¹⁸⁷ Botsch. BankG, 40 f. Vgl. dazu auch vorne B.II.2.a.

¹⁸⁸ Botsch. BankG, 56 f. Vgl. dazu auch vorne B.II.3.a.

¹⁸⁹ Botsch. BankG, 56 f. Vgl. dazu auch vorne B.II.3.a.

¹⁹⁰ Botsch. BankG, 86 f.

¹⁹¹ Gl. M. FINGERHUTH, N. 183 f. Kritisch BIAGGINI, Fluch, 309 ff.; HABERBECK, 1354, die sich jedoch nicht im Einzelnen mit den Anwendungsvoraussetzungen auseinandersetzen.

¹⁹² Bericht PUK, 613 f.

¹⁹³ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, 689; LEHNER, 102; WALDMANN, 22.

Bundesrates ist weit, da er einen relativ grossen Handlungsspielraum haben soll, um möglichst gut auf unbestimmte Gefährdungslagen reagieren zu können.¹⁹⁴ GÄCHTER spricht in diesem Zusammenhang von einem gesetzgeberischen Ermessen, das dem Bundesrat zukommt.¹⁹⁵ Es stellt sich deshalb die Frage, welchen rechtlichen Schranken die Notrechtsmassnahmen unterworfen sind. Im Vordergrund steht die Frage, inwiefern Massnahmen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV an die BV und an Bundesgesetze gebunden sind.¹⁹⁶

I. Bindung an das Verfassungsrecht

1. Umfassende Bindung an die BV?

In der Literatur besteht keine Einigkeit, inwiefern sich Notrechtsmassnahmen an die BV zu halten haben. Umstritten ist, ob Notrechtsmassnahmen umfassend an die BV oder nur an gewisse Bestimmungen gebunden sind.

Verschiedene Autoren vertreten die Ansicht, dass Massnahmen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV die BV umfassend zu respektieren haben. Dies wird insb. damit begründet, dass es sich bei einer Notverordnung um intrakonstitutionelles Notrecht handelt. Das intrakonstitutionelle Notrecht bewege sich im Rahmen der BV, weshalb von dieser nicht abgewichen werden dürfe.¹⁹⁷ Ein Blick in die Botschaft zur BV zeigt, dass auch der Bundesrat die Auffassung vertrat, dass die Norm aus Art. 185 Abs. 3 BV den Bundesrat nicht ermächtigt, die BV zu durchbrechen.¹⁹⁸

SAXER/BRUNNER erwähnen in diesem Zusammenhang zutreffend, dass einzelne verfassungsmässige Interessen im Gegensatz zueinander stehen können.¹⁹⁹ So wurde bspw. während der COVID-19-Pandemie gestützt auf Notrecht ein Fristenstillstand für eidgenössische Volksbegehren inkl. Verbot zur Sammlung von Unterschriften

¹⁹⁴ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 129.

¹⁹⁵ GÄCHTER, 244 f.

¹⁹⁶ Zur bislang praktisch nicht bedeutsamen Frage der Bindung an das Völkerrecht vgl. RECHSTEINER, N. 476 ff.

¹⁹⁷ Zum Ganzen BIAGGINI, Komm. BV, Art. 185 N. 10c; SÄGESSER, Bundesbehörden, Art. 185 N. 987; SCHOTT/KÜHNE, 418, 429; WALDMANN, 23.

¹⁹⁸ Botsch. BV, 419.

¹⁹⁹ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 148.

erlassen.²⁰⁰ Gleichzeitig wurde dadurch jedoch das verfassungsmässige Recht der unverfälschten Stimmabgabe nach Art. 34 Abs. 2 BV gewahrt.²⁰¹ SAXER/BRUNNER plädieren deshalb zu Recht dafür, dass im Einzelfall eine Interessenabwägung der verschiedenen verfassungsrechtlichen Interessen vorgenommen werden muss. In Ausnahmesituationen kann und muss die strikte Befolgung aller Verfassungsnormen entfallen, wenn dadurch andere verfassungsrechtlich geschützte Interessen erheblich beeinträchtigt werden.²⁰² Zwingend zu respektieren sind laut SAXER/BRUNNER die grundlegenden Bestimmungen der BV.²⁰³ Als grundlegende Bestimmungen werden dabei u.a. die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) und die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 BV) gezählt.²⁰⁴ Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat.²⁰⁵ Unklar ist, ob sich das BVGer dieser Lehrmeinung anschloss, indem es erwog, dass der Bundesrat grundsätzlich insb. die grundlegenden Bestimmungen der BV zu respektieren habe.²⁰⁶

2. Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns

In Bezug auf die Verfassungsmässigkeit des BGÖ-Ausschlusses bedarf es deshalb einer näheren Betrachtung der Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV). Da das Öffentlichkeitsprinzip nicht auf der Ebene der BV verankert ist,²⁰⁷ fällt eine Grundrechtsprüfung nach Art. 36 BV von vornherein ausser Betracht.

Art. 5 BV statuiert die elementaren Prinzipien des Rechtsstaats. Er legt die grundlegende Trias «Gesetzmässigkeit – öffentliches Interesse – Verhältnismässigkeit» fest, fordert ein Handeln nach Treu und Glauben und schreibt die Beachtung des Völkerrechts vor.²⁰⁸ Vorliegend scheinen völkerrechtliche Aspekte keine Rolle zu spielen. Ferner drängt sich auch keine Prüfung des Treuegebots auf. Im Vordergrund steht

²⁰⁰ Verordnung über den Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren vom 20. März 2020, AS 2020 847.

²⁰¹ BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, 698 f.; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 146 f. A.M. BIAGGINI, Fristenstillstand, 281 ff.

²⁰² SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 148.

²⁰³ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 149.

²⁰⁴ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 149, 151. Gl. M. LEHNER, 120; MADER, Aushöhlung, 110; TRÜMPER, N. 315; wohl auch TSCHANNEN, N. 1673.

²⁰⁵ Bericht Notrecht, 79 ff.

²⁰⁶ Urteil (des BVGer) A-4372/2020 vom 18. März 2021 E. 6.3.

²⁰⁷ Vgl. vorne B.I.1.b.

²⁰⁸ Zum Ganzen statt vieler TSCHANNEN, N. 186. Zur Rechtsstaatlichkeit allg. und den weiteren Verfassungsbestimmungen, die das Rechtsstaatsprinzip in der BV zum Ausdruck bringen vgl. TSCHANNEN, N. 223 ff.

deshalb die Frage nach der Gesetzmässigkeit, dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit des BGÖ-Ausschlusses.

a. Legalitätsprinzip

Das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Legalitätsprinzip nennt als Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns das Recht. Es bezweckt, das gesamte staatliche Handeln an Normen zu binden, die für jedermann gelten.²⁰⁹ Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich das Erfordernis des Rechtssatzes, das Erfordernis der genügenden Normdichte, das Erfordernis der genügenden Normstufe sowie das Erfordernis der genügenden Kundmachung.²¹⁰

Das Erfordernis des Rechtssatzes verlangt, dass die gesetzliche Grundlage, auf die sich das staatliche Handeln stützt, generell-abstrakter Natur ist.²¹¹ Gemäss dem Erfordernis der genügenden Normdichte muss ein Rechtssatz ausreichend klar und bestimmt formuliert sein, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben ist, wenn ein Bürger die Folgen eines bestimmten Verhaltens abschätzen kann.²¹² Beide Kriterien bedürfen vorliegend keiner näheren Überprüfung.

Das Erfordernis der genügenden Normstufe wird durch den materiellen Gesetzesvorbehalt in Art. 164 Abs. 1 BV – wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind – konkretisiert.²¹³ Art. 185 Abs. 3 BV statuiert eine Ausnahme davon, wonach wichtige rechtsetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV ausnahmsweise auch in einer Verordnung direkt gestützt auf die BV zulässig sind.²¹⁴ Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO weist deshalb auch eine genügende Normstufe auf.

Das Erfordernis der genügenden Kundmachung, konkret die Publikation eines Erlasses, ist eine unabdingbare Voraussetzung für dessen Rechtsverbindlichkeit und

²⁰⁹ Statt vieler HÄFELIN *et al.*, N. 142.

²¹⁰ SG Komm. BV-SCHINDLER, Art. 5 N. 34; ähnlich TSCHANNEN, N. 1582. A.M. BSK-EPINEY, Art. 5 N. 39, die vom Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes ausgeht.

²¹¹ Statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 399. Allg. zum Rechtssatzbegriff vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 289 ff.

²¹² Statt vieler BGE 145 IV 513 E. 2.3.1 S. 516. Vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 403 f.

²¹³ Statt vieler BGE 141 II 169 E. 3.2 S. 171 f.; Vgl. auch UHLMANN, N. 13.

²¹⁴ Vgl. dazu vorne C.I.2.

Anwendbarkeit. Die Adressaten eines Erlasses sollen die Möglichkeit haben, das Recht zu kennen und sich danach auszurichten.²¹⁵ Im Bund wird dieser Ausfluss des Legalitätsprinzips explizit durch das PublG geregelt.²¹⁶ Gemäss Art. 8 Abs. 1 PublG entstehen die Rechtspflichten aus Erlassen des Bundes grundsätzlich nur dann, wenn diese in der AS veröffentlicht werden.²¹⁷ Erlasse sind nach Art. 7 Abs. 1 PublG i.d.R. mind. 5 Tage vor dem Inkrafttreten in der AS zu veröffentlichen (ordentliche Veröffentlichung). Wird ein Erlass erst nach dem Inkrafttreten in der AS veröffentlicht, so entstehen die Rechtswirkungen – unter Vorbehalt von Art. 7 Abs. 3 PublG – laut Art. 8 Abs. 2 PublG erst am Tag nach seiner Veröffentlichung.

Der Vorbehalt in Art. 7 Abs. 3 PublG regelt die dringliche Veröffentlichung. Ein Erlass kann ausnahmsweise auch erst spätestens am Tag des Inkrafttretens in der AS veröffentlicht werden, wenn seine Wirkung sonst nicht sichergestellt wäre (dringliche Veröffentlichung). Von dieser Ausnahme erfasst sind insb. auch Notverordnungen.²¹⁸ In einem solchen Fall tritt ein Erlass gleichzeitig mit der Veröffentlichung in Kraft.²¹⁹

Vorliegend trat die PLB-NVO gemäss Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO am 16. März 2023 um 20.00 Uhr in Kraft. Sie wurde jedoch erst drei Tage später – am 19. März 2023 – publiziert.²²⁰ Ein Inkrafttreten vor bzw. ohne Veröffentlichung sieht das PublG nur in spezifischen Fällen nach Art. 6 Abs. 1 PublG vor: Erlasse, die zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz geheim gehalten werden müssen, werden nicht in der AS veröffentlicht. Solche Erlasse haben nach Art. 6 Abs. 2 PublG jedoch nur beschränkte Rechtswirkung, da sie nur gegenüber jenen Bürgern wirken, denen sie direkt eröffnet wurden.²²¹ Der BGÖ-Ausschluss nach Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO betrifft hingegen potenziell jeden Bürger, da das individuelle Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ eine Einschränkung erfahren hat.²²² Folglich ist Art. 6 Abs. 2 PublG per se nicht einschlägig. Das Inkrafttreten von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO vor dessen Publikation ist m.E. nicht mit Art. 7 Abs. 3 PublG vereinbar und

²¹⁵ Zum Ganzen BGE 120 Ia 1 E. 4b S. 8; SG Komm. BV-SCHINDLER, Art. 5 N. 44.

²¹⁶ Komm. PublG-SÄGESSER, Art. 2 N. 4; SG Komm. BV-SCHINDLER, Art. 5 N. 44.

²¹⁷ Komm. PublG-SÄGESSER, Art. 8 N. 5 f.

²¹⁸ Komm. PublG-SÄGESSER, Art. 8 N. 23.

²¹⁹ Botsch. PublG, 7081.

²²⁰ AS 2023 135.

²²¹ Botsch. PublG, 7080.

²²² Vgl. zum Öffentlichkeitsprinzip vorne B.I.5.a.

rechtsstaatlich fragwürdig. Es ist rechtsstaatlich nicht vertretbar, eine Verantwortlichkeit aus Erlassen abzuleiten, die betroffenen Bürgern vorher nicht bekannt gemacht wurden.²²³

Für den Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO sollte deshalb auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung am 19. März 2023 abgestellt werden und nicht wie vom Bundesrat in Art. 15 Abs. 1 PLB-NVO verordnet am 16. März 2023 um 20.00 Uhr. Insgesamt scheint das Legalitätsprinzip beim Erlass von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO m.E. nur dann gewahrt, wenn man für den Zeitpunkt des Inkrafttretens auf den 19. März 2023 abstellt.

b. Öffentliches Interesse

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen. Dass der Erlass einer Notverordnung im öffentlichen Interesse liegt, ergibt sich bereits aus den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV, wonach die Massnahmen der Wahrung der öffentlichen Ordnung oder inneren oder äusseren Sicherheit dienen müssen.²²⁴ Vorliegend liegt das öffentliche Interesse deshalb im Schutz des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft, was nach der hier vertretenen Auffassung ein zulässiges Schutzgut im Rahmen von Art. 185 Abs. 3 BV darstellt.²²⁵

c. Verhältnismässigkeit

Weiter fordert Art. 5 Abs. 2 BV, dass staatliches Handeln verhältnismässig sein muss. Im Vordergrund steht die Frage, der Adäquanz staatlicher Handlungen, die sich in einem vernünftigen Ausgleich zwischen Handlungsziel, Handlungsumfeld und Handlungswirkung widerspiegeln muss.²²⁶ Ob eine konkrete Massnahme verhältnismässig ist oder nicht, lässt sich nicht direkt aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ableiten; es liefert vielmehr ein methodisches Vorgehen für dessen Beurteilung.²²⁷ Nach

²²³ Botsch. PubLG, 7080.

²²⁴ SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 108; TSCHANNEN, N. 1673.

²²⁵ Ausführlich zum relevanten Schutzgut von Art. 185 Abs. 3 BV vgl. vorne C.II.2.a.aa.

²²⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 452. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 15, spricht in diesem Zusammenhang vom «Herstellen von Harmonie»; TSCHANNEN, N. 368, fordert «ein ausreichendes Mass an praktischer Vernunft».

²²⁷ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 157 f.; HOFSTETTER, N. 232 ff.

bundesgerichtlicher Rechtsprechung²²⁸ und Lehre²²⁹ sind zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit klassischerweise drei Teilfragen heranzuziehen: Die Massnahme muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein.²³⁰

Grundvoraussetzung zur Bewertung, ob eine Massnahme verhältnismässig ist oder nicht, ist die Kenntnis der relevanten Verhältnisse.²³¹ Diese bestimmen sich laut MÜLLER nach dem tatsächlichen Umfeld, dem Inhalt, dem Motiv und Ziel sowie der Form und zeitlichen Wirkungsweise der Massnahme.²³² Wie bereits ausgeführt, stellte der Bundesrat zum Ausschluss des BGÖ auf drei Begründungslinien ab:²³³

- Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse der CS und der UBS;
- Die Gewährleistung des Informationsflusses zwischen den Behörden und Banken durch die Schaffung von Rechtssicherheit;
- Die Schonung der Ressourcen der Verwaltung.

Das BGer und die Lehre vertreten die Ansicht, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip im Zusammenhang mit Notrechtsmassnahmen umfassend gelte und dabei eine zentrale Rolle spiele.²³⁴ Damit ist jedoch noch wenig dazu gesagt, inwiefern die besonderen Umstände in einer Notlage einen Einfluss auf das Verhältnismässigkeitsprinzip haben. Laut MÜLLER sind die Anforderungen an die Trias in einer Krise, aufgrund der erschwerten Umstände zur Beurteilung der relevanten Verhältnisse, herabgesetzt.²³⁵ Die Verhältnismässigkeit ist ex ante zu beurteilen.²³⁶ Sind die Erkenntnisse im Zeitpunkt der Anordnung unklar, so muss dies der Behörde im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung angerechnet werden.²³⁷ Ergibt sich später, dass die relevanten Verhältnisse von den in der Notlage angenommenen abweichen, begründet dies trotzdem nicht die Unverhältnismässigkeit einer Massnahme.²³⁸ MÜLLER bezeichnet den

²²⁸ Statt vieler BGE 147 I 346 E. 5.5 S. 352.

²²⁹ Vgl. nur HOFSTETTER, N. 235; RÜTSCHKE, N. 10; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 453.

²³⁰ Zum beschränkten Leistungsvermögen dieser drei Teilfragen vgl. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 39 ff.

²³¹ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 12.

²³² MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 27 ff. Vgl. zu diesen relevanten Verhältnisse vorne B und C.

²³³ Vgl. vorne B.II.3.b.

²³⁴ BGE 137 II 431 E. 3.3.1 S. 444; MÜLLER, Klärende Worte, 224; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 149; TRÜMPLER, N. 66 ff., 315.

²³⁵ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 135.

²³⁶ MÜLLER, 91 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 455.

²³⁷ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 142 f.

²³⁸ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 142 f.

Mittelweg als riskanten Weg, weshalb er dafür plädiert, dass in einer Krise entschlossen und kompromisslos gehandelt werden soll. Nicht richtig, sondern vertretbar soll eine Massnahme sein.²³⁹ Auch ZIMMERLI sieht die Voraussetzungen an die Verhältnismässigkeit in einer Notlage herabgesetzt.²⁴⁰ So hätten die Behörden im Anwendungsbereich einer Notverordnung ein gewisses Auswahlermessen, weshalb eine Massnahme erst dann unverhältnismässig sei, wenn dieses Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt werde.²⁴¹

Das BGer erwog im Zusammenhang mit COVID-19-Massnahmen, dass für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Massnahme, statt einer wissenschaftlichen Klarheit, bereits eine erhebliche Plausibilität genügt.²⁴² Zudem stellte auch das BGer klar, dass, wenn im Falle besserer Kenntnisse eine Massnahme in der Retrospektive als nicht optimal erscheint, dies nicht die Unverhältnismässigkeit der Massnahme begründet.²⁴³

aa. Eignung

Eine Massnahme ist geeignet, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels taugt oder dazu einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag leistet.²⁴⁴ Die Eignung ist nur dann zu verneinen, wenn die Massnahme gänzlich wirkungslos ist oder gar kontraproduktiv wirkt; eine Teileignung reicht daher bereits aus.²⁴⁵

In Bezug auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse ist die Eignung evident: Ein vollständiger Ausschluss des BGÖ verhindert zweifellos, dass sensible Geschäftsinformationen auf dieser Grundlage zugänglich gemacht werden müssen. Auch hinsichtlich der Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Behörden und Banken ist die Eignung zu bejahen. Die Schaffung von Rechtssicherheit durch einen pauschalen Ausschluss beseitigt die Unsicherheit der Banken, ob übermittelte Informationen später öffentlich werden. Dies kann die Bereitschaft zur vollständigen und zeitnahen Informationsweitergabe fördern. Bezüglich der Ressourcenschonung der Verwaltung ist die

²³⁹ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 141 f.

²⁴⁰ ZIMMERLI, 38 f.

²⁴¹ ZIMMERLI, 39.

²⁴² BGE 147 I 450 E. 3.2.6 S. 456 f.

²⁴³ BGE 147 I 450 E. 3.2.7 S. 457.

²⁴⁴ Statt vieler BGE 144 I 126 E. 8.1 S. 140 f. Vgl. dazu auch MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 36; RÜTSCHKE, N. 12.

²⁴⁵ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 36; RÜTSCHKE, N. 12. Abweichend davon jedoch BGE 129 II 331 E. 4.3 S. 344.

(Teil-)Eignung ebenfalls zu bejahen. Durch einen pauschalen Vorbehalt i.S.v. Art. 4 BGÖ entfällt eine vertiefte Prüfung der Bestimmungen nach Art. 7 f. BGÖ, die einem Zugang entgegenstehen könnten. Jedoch ändert dies nichts daran, dass Zugangsgesuche gestellt werden können und beantwortet werden müssen, was trotzdem gewisse Ressourcen bindet.²⁴⁶

bb. Erforderlichkeit

Staatliches Handeln hat zu unterbleiben, sofern dies für die Erreichung des angestrebten öffentlichen Interesses nicht erforderlich ist.²⁴⁷ Die Erforderlichkeit fehlt, wenn in sachlicher, räumlicher, persönlicher oder zeitlicher Hinsicht eine mind. gleich geeignete, aber mildere Massnahme das angestrebte Ziel erreichen könnte.²⁴⁸ Für die Beurteilung der Erforderlichkeit sind sowohl die Zwecktauglichkeit als auch die Intensität der Massnahme zu bewerten.²⁴⁹

Vorliegend scheinen keine milderen Mittel in räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht vorzuliegen. M.E. verdient die Erforderlichkeit in sachlicher Hinsicht jedoch eine nähere Betrachtung. In sachlicher Hinsicht nicht erforderlich ist eine Massnahme dann, wenn die Möglichkeit einer weniger intensiven Anordnung besteht, mit der sich das angestrebte Ziel ebenso verwirklichen lässt.²⁵⁰ Konkret stellt sich die Frage, ob die vom Gesetzgeber legiferten Bestimmungen im BGÖ als mildere, mind. gleich geeignete Massnahmen gedient hätten, um die Geschäftsgeheimnisse der Banken zu schützen, den Informations- und Datenfluss zwischen den Banken und Behörden sicherzustellen und die Ressourcen der Verwaltung zu schonen.

In Bezug auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse ist zu erwähnen, dass das BGÖ keinen absoluten Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten vermittelt. Vielmehr wird ein amtliches Dokument nur dann zugänglich gemacht, wenn keine Ausnahmebestimmung nach Art. 7 BGÖ und kein besonderer Fall nach Art. 8 BGÖ dem

²⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich hinten D.I.c.cc.ccc.

²⁴⁷ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 458.

²⁴⁸ Statt vieler BGE 142 I 49 E. 9.1 S. 69. Vgl. dazu auch MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 37 f.; RÜTSCHKE, N. 13.

²⁴⁹ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 38; Vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 459, die den Eigenschaftsnachweis als entscheidendes Kriterium ansehen.

²⁵⁰ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 460.

Zugang entgegensteht.²⁵¹ Insb. Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ sieht deshalb vor, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten aufgeschoben, eingeschränkt oder verweigert werden kann, wenn dadurch Geschäftsgeheimnisse offenbart werden könnten. Das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses wird dabei eher grosszügig ausgelegt.²⁵² Zudem sind die SNB und die FINMA nach Art. 2 Abs. 2 BGÖ vom persönlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen, weshalb Dokumente, die von einer dieser Behörden erstellt oder ihnen mitgeteilt wurden, nicht vom BGÖ erfasst sind.²⁵³ Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse der CS und UBS hätte deshalb m.E. gestützt auf Art. 7 Abs. 1 lit. g und Art. 2 Abs. 2 BGÖ gleichermassen sichergestellt werden können. Ohne den ganzheitlichen Ausschluss des BGÖ hätten – unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ – jedoch immer noch gewisse Dokumente zugänglich gemacht werden können. M.E. hätte deshalb mit der Anwendung des BGÖ ein sachlich milderes Mittel bestanden, welches gleich geeignet gewesen wäre, die Geschäftsgeheimnisse zu schützen.

Auch in Hinblick auf die Schonung der Ressourcen der Verwaltung sieht das BGÖ eine Regelung vor: So gilt nach Art. 12 Abs. 1 BGÖ grundsätzlich eine Frist von 20 Tagen zur Stellungnahme zu einem Zugangsgesuch. Nach Art. 10 Abs. 4 lit. c BGÖ i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VBGÖ kann von dieser Frist abgewichen werden und das Zugangsgesuch innert angemessener Frist behandelt werden, wenn das Gesuch eine besonders aufwendige Bearbeitung erfordert.²⁵⁴ Von einer besonders aufwendigen Bearbeitung geht der Bundesrat gemäss Art. 10 Abs. 1 VBGÖ dann aus, wenn die Behörde das Zugangsgesuch mit den ihr verfügbaren Ressourcen nicht behandeln kann, ohne dass die Erfüllung anderer Aufgaben wesentlich beeinträchtigt wird. Innert welcher Frist die Gesuchsbearbeitung erfolgt, liegt im Ermessen der Behörde, wobei die Frist nur so lange verlängert werden darf, wie dies unbedingt notwendig und für den Gesuchsteller zumutbar ist.²⁵⁵ Gestützt auf diese Regelung hätten die Behörden deshalb die Beantwortung der Zugangsgesuche im Falle mangelnder Ressourcen für die akute Krisenbewältigung aufschieben können.²⁵⁶ Dabei hätte es sich um eine weniger

²⁵¹ Zum Ganzen vgl. ausführlich vorne B.I.5.b.

²⁵² Vgl. dazu CHAIX, 70. Zum Geheimnisbegriff vgl. bspw. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1 S. 276.

²⁵³ Vgl. dazu vorne B.I.3.b.

²⁵⁴ SHK BGÖ-HÄNER, Art. 10 N. 53; BSK BGÖ-SCHNEIDER/ROTH, Art. 10 N. 66.

²⁵⁵ SHK BGÖ-HÄNER, Art. 10 N. 55; BSK BGÖ-SCHNEIDER/ROTH, Art. 10 N. 68.

²⁵⁶ Dieser Ansicht ist auch der Bundesrat vgl. dazu Bericht Notrecht, 69.

intensive Massnahme gehandelt, da nicht der gesamte Geltungsbereich des BGÖ ausgeschlossen worden wäre, sondern die Bearbeitung der Zugangsgesuche nur zeitlich aufgeschoben worden wäre. Es scheint deshalb, dass auch in Bezug auf diesen Punkt ein sachlich milderes Mittel vorhanden gewesen wäre.

Weiter stellt sich die Frage nach der sachlichen Erforderlichkeit in Bezug auf die Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und Behörden. Der Bundesrat sah in der unsicheren Rechtslage – ob die Geschäftsgeheimnisse der Banken aufgrund des BGÖ an die Öffentlichkeit gelangen könnten oder nicht – die Gefahr, dass die Banken dadurch die Informationen nicht, (rechtzeitig) zur Verfügung stellen könnten. Deshalb wollte er eine klare Rechtslage schaffen.²⁵⁷ Hinsichtlich dieser Bedenken bestand m.E. kein sachlich milderes Mittel, um dieser Gefahr zu begegnen. Eine alternative Handlungsmöglichkeit, mit welcher der Rechtsunsicherheit mit gleicher Wirkung hätte begegnet werden können wie mit einem generellen BGÖ-Ausschluss, erscheint nicht ersichtlich. Die sachliche Erforderlichkeit in Bezug auf die Schaffung von Rechtssicherheit ist deshalb zu bejahen.

Zusammenfassend ist der BGÖ-Ausschluss erforderlich: Zwar bestanden für den Schutz der Geschäftsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ) und die Ressourcenschonung (Art. 10 Abs. 4 lit. c BGÖ) jeweils sachlich mildere Mittel. Für die Schaffung von Rechtssicherheit fehlt jedoch ein solches. Da kein milderes Mittel existiert, das alle drei Ziele zugleich erreicht, ist der BGÖ-Ausschluss insgesamt erforderlich.

cc. Zumutbarkeit

Gelangt man zum Schluss, dass eine Massnahme geeignet und erforderlich ist, so stellt sich als dritte Frage jene nach deren Zumutbarkeit.²⁵⁸ Dabei steht die Frage einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation im Zentrum.²⁵⁹ Dieser Teilschritt wird teilweise auch als Verhältnismässigkeitsprüfung i.e.S. bezeichnet.²⁶⁰ Die Bewertung der Zumutbarkeit erfolgt anhand einer Abwägung aller involvierten öffentlichen und privaten

²⁵⁷ Vgl. vorne B.II.3.b.

²⁵⁸ MÜLLER, 38 f.; RÜTSCHKE, N. 14.

²⁵⁹ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 38; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 468.

²⁶⁰ BGE 143 V 190 E. 2.2 S. 193; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 453; ZIMMERLI, 16. Kritisch zu diesem Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 555.

Interessen.²⁶¹ Dabei ist eine subjektive Färbung unvermeidbar.²⁶² Umso wichtiger erscheint deshalb ein strukturiertes Vorgehen, indem die relevanten Interessen zunächst ermittelt, anschliessend gewichtet und schliesslich gegeneinander abgewogen werden.²⁶³

Teilweise umstritten in der Literatur ist die Frage, inwiefern die Beurteilung der Zumutbarkeit in einer Krisensituation überhaupt erfolgen kann. HOFSTETTER erwähnt in diesem Zusammenhang, dass sich die Interessenabwägung an den gesetzlichen Wertungen orientiere. Solche würden in einer akuten Notlage fehlen, weshalb die Verhältnismässigkeitsprüfung ins Leere laufe. Er ist deshalb der Ansicht, dass die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips in einer Krisensituation auf ein allg. Masshalten reduziert ist.²⁶⁴ MÜLLER widerspricht und ist zu Recht der Auffassung, dass sich die Funktion und Wirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch in einer Notlage nicht grundlegend ändert. Er erwähnt, dass das Fehlen von gesetzlichen Regelungen das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zum orientierungslosen Instrument macht. Es orientiert sich nämlich nicht nur an geschriebenem Recht und dessen Wertungen, sondern kann sich auch an ungeschriebenem Recht orientieren. Das Verhältnismässigkeitsprinzip liefert hilfreiche materielle Impulse, Richtungshinweise und Denkanstösse. Daraus ergibt sich auch ein gewisser materieller Gehalt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, was den Behörden als Kompass in der Krise dient.²⁶⁵

aaa. Ermittlung der Interessen

Im Vordergrund steht zunächst das dem BGÖ zugrunde liegende kollektive Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung. Dabei handelt es sich um ein öffentliches Interesse.²⁶⁶ Als diesem Interesse entgegenstehende Interessen lassen sich – wie bereits ausgeführt – die Geschäftsgeheimnisse der Banken, die Schaffung von Rechtssicherheit zur Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und Behörden und die Schonung der Ressourcen der Verwaltung bezeichnen.²⁶⁷

²⁶¹ Statt vieler BGE 127 I 164 E. 3c S. 171; RÜTSCHKE, N. 14; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 468.

²⁶² MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 39; RÜTSCHKE, N. 14.

²⁶³ KARLEN, 60 f.; RÜTSCHKE, N. 14. Vgl. auch HOFSTETTER, N. 285 ff. m.w.H.

²⁶⁴ Zum Ganzen HOFSTETTER, N. 301 ff.

²⁶⁵ Zum Ganzen MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 130, 137 f.

²⁶⁶ Vgl. dazu vorne B.I.5.a.

²⁶⁷ Vgl. dazu vorne B.II.3.b.

bbb. Gewichtung der Interessen

Das öffentliche Interesse an der Schaffung von Rechtssicherheit zur Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und Behörden wiegt im vorliegenden Fall besonders schwer. Dafür sprechen folgende Faktoren: Das Interesse lag zunächst darin, dass die Behörden Zugang zu allen notwendigen Informationen der Banken erhalten. Auf diese Weise sollte gewährleistet werden, dass die durch die PLB-NVO eingeführten Massnahmen zur Rettung der CS effektiv umgesetzt werden konnten. Der Informationsfluss war dabei eine notwendige Voraussetzung für die effektive Umsetzung der Rettungsmassnahmen.²⁶⁸ Die Massnahmen wurden zum Schutz des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft erlassen, wobei es sich – nach der hier vertretenen Auffassung – um fundamentale Rechtsgüter und relevante Schutzgüter von Art. 185 Abs. 3 BV handelt.²⁶⁹ Mittelbar liegt deshalb auch das Interesse an der Schaffung von Rechtssicherheit zur Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und Behörden im Schutz dieser fundamentalen Rechtsgüter. Bei der Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und Behörden handelt es sich deshalb m.E. um ein gewichtiges öffentliches Interesse.

Als entgegenstehendes Interesse figuriert zunächst das öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung. Laut HÄNER wiegt das Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung umso stärker, je grösser die politische oder gesellschaftliche Bedeutung der Dokumente ist.²⁷⁰ Für den Fall, dass dem öffentlichen Interesse am Zugang ein privates Interesse entgegensteht, sieht Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. a VBGÖ vor, dass das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen kann, wenn die Zugänglichmachung, insb. aufgrund wichtiger Vorkommnisse, einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient. Für den vorliegenden Fall, in dem öffentliche Interessen einem Zugang entgegenstehen, kann m.E. nichts anderes gelten. Die Umstände, dass der Bund gestützt auf Notrecht Ausfallgarantien in der Höhe von 109 Milliarden zur Verfügung stellte und eine Notfusion ermöglichte, scheinen eine genügende Begründung für ein gewichtiges Transparenzinteresse zu sein.²⁷¹ Dass es sich bei den Geschehnissen rund um die CS im März 2023 um einen Sachverhalt mit einem

²⁶⁸ Vgl. vorne B.II.3.b.

²⁶⁹ Vgl. vorne C.II.2.a.

²⁷⁰ BSK BGÖ-HÄNER, Art. 7 N. 62 f.

²⁷¹ Vgl. dazu vorne B.II.2.

grossen Transparenzbedürfnis handelt, stellte auch der Bundesrat klar. Er sah deshalb eine weitgehende Informationstransparenz in diesem Kontext als notwendig an.²⁷²

Hinsichtlich des öffentlichen Interesses der Ressourcenschonung der Verwaltung und des privaten Interesses am Schutz der Geschäftsinformationen der Banken bestehen m.E. sachlich mildere Mittel.²⁷³ Dieser Umstand scheint jedoch nicht davon zu befreien, diese Interessen auch im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, da im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung alle involvierten Interessen gegeneinander abzuwägen sind.²⁷⁴ Die mangelnde sachliche Erforderlichkeit aufgrund der mildereren, aber gleich geeigneten Regelungen im BGÖ führt m.E. jedoch dazu, dass diese nur ein deutlich geringeres Gewicht beanspruchen können.²⁷⁵

ccc. Abwägung der Interessen

Schliesslich ist das öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung den entgegenstehenden Interessen gegenüberzustellen.

Auf der einen Seite steht das öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung. Diesem Informationsinteresse trägt der Bundesrat seiner Ansicht nach insofern Rechnung, indem er wichtige Erkenntnisse, Eckwerte und Rahmenbedingungen in geeigneter Form offenlegt.²⁷⁶ Unabhängig davon, ob diese Informationen offengelegt wurden oder nicht, verkennt der Bundesrat m.E. die Wirkung und Funktion des BGÖ: Das BGÖ steht neben der Verpflichtung des Bundesrates aus Art. 180 Abs. 2 BV, die Öffentlichkeit aktiv über seine Tätigkeiten zu informieren.²⁷⁷ Es regelt die Passivinformation.²⁷⁸ Ziel der Einführung des BGÖ war es, dass neben der Pflicht des Bundesrates zur aktiven Information auch ein subjektiv einklagbarer Anspruch auf Informationen besteht.²⁷⁹ Die aktive Information des Bundesrats vermag m.E. das öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung deshalb nicht zu befriedigen.

²⁷² Zum Ganzen EFD, Erläuterungen, 12.

²⁷³ Vgl. dazu vorne D.I.2.c.bb.

²⁷⁴ Vgl. dazu vorne D.I.2.c.cc.

²⁷⁵ So teilweise auch Bericht PUK, 581 f.

²⁷⁶ EFD, Erläuterungen, 12.

²⁷⁷ Vgl. dazu auch vorne B.I.5.c.

²⁷⁸ BSK BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ N. 37; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Kontext, Konzept N. 41.

²⁷⁹ Vgl. dazu auch vorne B.I.1.b.

Jedoch ist zu beachten, dass – unabhängig davon, ob Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO als zulässig erachtet wird – potenziell sehr viele Dokumente in diesem Kontext ohnehin nicht vom BGÖ erfasst werden. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass die SNB und die FINMA nicht vom persönlichen Geltungsbereich erfasst sind, was dazu führt, dass Dokumente, die von ihnen erstellt wurden oder ihnen übermittelt wurden, per se nicht öffentlich zugänglich sind.²⁸⁰ Andererseits ist auch der Bundesrat nicht vom persönlichen Geltungsbereich erfasst, was die Menge potenziell zugänglicher Dokumente zusätzlich verkleinert.²⁸¹

Auf der anderen Seite steht das öffentliche Interesse an der Schaffung von Rechtssicherheit. Naturgemäss lässt sich nicht abschliessend beurteilen, inwiefern der Verzicht auf einen BGÖ-Ausschluss zur Beeinträchtigung des Informationsflusses zwischen den Behörden und Banken geführt hätte. Für ein Überwiegen des Rechtssicherheitsinteresses sprechen jedoch mehrere Faktoren:

Erstens die fundamentale Bedeutung der geschützten Rechtsgüter: Das Schweizer Finanzsystem und die Schweizer Volkswirtschaft standen vor einer existenziellen Bedrohung. Gemäss Schätzungen der SNB hätte sich der wirtschaftliche Schaden eines CS-Untergangs im Worst-Case-Szenario auf rund 150% des Schweizer BIP belaufen können. Dies macht deutlich, dass es um die Abwendung einer systemischen Krise mit potenziell katastrophalen Folgen für die gesamte Bevölkerung ging.²⁸²

Zweitens die Rechtsunsicherheit durch die Ausnahme der SNB und FINMA vom persönlichen Geltungsbereich des BGÖ in Art. 2 Abs. 2 BGÖ: Es ist nachvollziehbar, dass eine gewisse Unklarheit bestand, ob und inwieweit Informationen, die von der SNB oder der FINMA an andere, dem BGÖ unterstellte Behörden weitergeleitet wurden, später öffentlich zugänglich gemacht werden müssten.²⁸³ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu erwähnen, dass sich der Informationsaustausch zwischen den Behörden und den Banken nicht auf die akuten Krisentage im März 2023 beschränkte: Bereits im November 2022 verfasste der Bundesrat aufgrund der bereits damals

²⁸⁰ Vgl. dazu vorne B.I.3.b.

²⁸¹ Vgl. dazu vorne B.I.3.a.

²⁸² Vgl. dazu vorne C.II.2.a.bb.

²⁸³ Vgl. dazu vorne B.I.3.b.

schwierigen Lage der CS einen Entwurf für eine Notverordnung.²⁸⁴ Bereits in diesem Entwurf sah der Bundesrat einen Ausschluss des BGÖ vor.²⁸⁵ Die Rechtsunsicherheit war dem Bundesrat folglich vier Monate vor der akuten Notlage bekannt. Er befasste sich in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich mit der Frage, inwiefern die Vorhersehbarkeit der Gefährdung einen Einfluss auf seine Notrechtskompetenz habe.²⁸⁶ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Unvorhersehbarkeit einer Gefahr im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²⁸⁷ In diesem Zeitraum wäre es dem Bundesrat m.E. möglich gewesen, gewisse Abklärungen zur Rechtslage vorzunehmen, um der Rechtsunsicherheit zu begegnen.²⁸⁸ Die Tragweite der Rechtsunsicherheit scheint sich vor diesem Hintergrund deshalb etwas zu relativieren, erscheint m.E. jedoch immer noch plausibel.

Drittens die zeitliche Dringlichkeit: Es gilt zu beachten, dass in den akuten Krisentagen aufgrund der Lage der CS höchste zeitliche Not bestand.²⁸⁹ Dass die CS oder die UBS deshalb gewisse Informationen und Daten nicht rechtzeitig oder vollständig zur Verfügung gestellt hätten, kann nicht ausgeschlossen werden. In dieser Situation war jede Verzögerung oder Zurückhaltung bei der Informationsweitergabe potenziell fatal. Die Plausibilität der Befürchtung, dass Banken aufgrund von Unsicherheiten bezüglich des BGÖ Informationen zurückhalten oder verzögert liefern könnten, ist ex ante nicht von der Hand zu weisen.

Das private Interesse der Banken am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse ist in der Abwägung zu berücksichtigen, kommt diesem jedoch nur ein geringes Gewicht zu. Zunächst hätte der Schutz der Geschäftsgeheimnisse durch Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ und Art. 2 Abs. 2 BGÖ sichergestellt werden können, was ein sachlich milderer Mittel dargestellt hätte. Hinzu kommt, dass die Banken gesetzlich normierten Auskunftspflichten unterliegen: Banken sind gestützt auf Art. 29 Abs. 1 FINMAG verpflichtet, der FINMA auf ihr Ersuchen hin sämtliche Unterlagen herauszugeben und Auskünfte zu erteilen, die die FINMA zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.²⁹⁰ Ebenso trifft

²⁸⁴ Bericht PUK, 582.

²⁸⁵ Bericht PUK, 582.

²⁸⁶ Bericht PUK, 321.

²⁸⁷ BGE 137 II 431 E. 3.3.2 S. 445. Vgl. dazu auch vorne C.II.3.a.

²⁸⁸ So auch Bericht PUK 582.

²⁸⁹ Vgl. dazu vorne C.II.b.bb.

²⁹⁰ Vgl. dazu NOBEL, § 5 N. 125 ff.

Finanzinstitute nach Art. 16a NBG eine Auskunftspflicht gegenüber der SNB.²⁹¹ Wäre die CS oder die UBS ihrer Auskunftspflicht aufgrund der Befürchtung einer späteren Offenlegung gestützt auf das BGÖ bewusst nicht nachgekommen, so hätte dies eine Pflichtverletzung dargestellt. Ein bewusst rechtswidriges Verhalten verdient gemäss dem BVGer keinen Schutz und ist im Rahmen einer Interessenabwägung nicht zu berücksichtigen.²⁹²

Schliesslich ist das Interesse an der Ressourcenschonung der Verwaltung zu berücksichtigen. Dieses vermag m.E. wenig zu überzeugen. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass ein sachlich milderes Mittel besteht,²⁹³ andererseits darauf, dass ein BGÖ-Ausschluss nichts an der Möglichkeit ändert, ein Zugangsgesuch nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ zu stellen. Dieses ist von der Behörde, unabhängig davon, aus welchem Grund der Zugang zu verweigern ist, zu beantworten.²⁹⁴ Zudem wurden die CS-Notfusion und die staatlichen Liquiditätssicherungen – erst nachdem dies beschlossen wurde – am 19. März 2023 öffentlich gemacht. Mögliche Zugangsgesuche wären daher erst nach den akuten Krisentagen eingetroffen.²⁹⁵

Unter Abwägung aller relevanten Interessen überwiegt m.E. deshalb in der vorliegenden Situation das öffentliche Interesse an der Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Behörden und Banken. Der BGÖ-Ausschluss diene der Sicherstellung der eingeführten Massnahmen zur Rettung der CS, die wiederum dem Schutz des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft, einem fundamentalen Rechtsgut von Art. 185 Abs. 3 BV, diene.²⁹⁶ Angesichts der Unsicherheit über die Reichweite des BGÖ aufgrund von Art. 2 Abs. 2 BGÖ erscheint plausibel, dass die Banken aufgrund des Risikos einer Offenlegung ihrer Geschäftsgeheimnisse die erforderlichen Informationen nicht rechtzeitig oder vollständig geliefert hätten. Nur ein genereller Ausschluss konnte m.E. diese Rechtsunsicherheit beseitigen. Art. 2 Abs. 2 BGÖ relativiert zudem die Tragweite des BGÖ-Ausschlusses. Aufgrund dieser Ausnahme sind bereits sehr viele potenzielle Dokumente nicht gestützt auf das BGÖ

²⁹¹ Zum Ganzen Komm. NBG-GRÜNEWALD, Art. 16a N. 12 f.

²⁹² BVGE 2014/42 E. 7.4.3 S. 739. Dieser Ansicht ist auch der EDÖB, vgl. dazu Bericht Notrecht, 72 f.

²⁹³ Vgl. dazu vorne D.I.2.c.bb.

²⁹⁴ BSK BGÖ-SCHNEIDER/ROTH, Art. 12 N. 56.

²⁹⁵ Vgl. dazu auch Bericht PUK, 582.

²⁹⁶ Vgl. dazu vorne C.II.2.a.bb.

einschbar, was das Informationsinteresse m.E. etwas relativiert. Vor diesem Hintergrund erscheint der BGÖ-Ausschluss auch zumutbar.

ddd. Ergebnis

Der Ausschluss des BGÖ in Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO war m.E. verhältnismässig. Er war geeignet, erforderlich und zumutbar, um den Informationsfluss zwischen den Behörden und Banken sicherzustellen und damit mittelbar den Schutz des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft zu erreichen. Dass der BGÖ-Ausschluss nicht ins ordentliche Recht übernommen werden soll, vermag diese Schlussfolgerung auch nicht umzustossen.²⁹⁷ Die ex-post-Erkennntnis, dass die Massnahme möglicherweise nicht optimal war, begründet nicht deren Unverhältnismässigkeit. Daraus zu folgern, dass die Massnahme – die ex ante zu beurteilen ist – unverhältnismässig war, würde nämlich einen Rückschufehler darstellen.²⁹⁸

II. Bindung an das Gesetzesrecht

Neben der Verfassungsmässigkeit der Notrechtsmassnahme interessiert zudem die Bindung an das Gesetzesrecht. Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, dass Normen des Notrechts nur *praeter legem* zulässig sind. Das bestehende Gesetzesrecht sei nur zu ergänzen, die Bestimmungen dürften nicht im Widerspruch dazu stehen.²⁹⁹ Dieser Teil stützt sich v.a. auf eine historische Auslegung von Art. 185 Abs. 3 BV, wonach Verordnungen nach Art. 185 Abs. 3 BV gemäss der Botschaft zur BV nicht widersprüchlich zu Erlassen der Bundesversammlungen sein dürfen.³⁰⁰

Der andere Teil der Lehre stellt sich – m.E. zu Recht – auf den Standpunkt, dass in der Form von Notverordnungen auch Bestimmungen *contra legem* aufgestellt werden dürfen. Die Bindung an ein Bundesgesetz ist im Hinblick auf die Funktion von Art. 185 Abs. 3 BV abzulehnen.³⁰¹ Der Bundesrat muss sich in einer ausserordentlichen Situation gerade deshalb auf die BV stützen, weil keine genügende gesetzliche Grundlage

²⁹⁷ Vgl. dazu vorne C.II.3.b.

²⁹⁸ Vgl. dazu MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 142 f.

²⁹⁹ BIAGGINI, Notrecht, 242, 254 ff.; KIENER, 465 f.; KLEY, 273.

³⁰⁰ Botsch. BV, 418 f.

³⁰¹ Zur Funktion des Notrechts vgl. vorne C.I.1.

besteht. Würde er dabei bestehendes Gesetzesrecht nicht durchbrechen dürfen, so würde dies den Zweck des Notrechts vereiteln: Dieses tritt vorübergehend an die Stelle des formellen Gesetzes.³⁰² Es muss dem Bundesrat deshalb auch möglich sein, soweit notwendig, bestehende Bundesgesetze zu durchbrechen.³⁰³

Diese Auffassung ist jedoch in zweierlei Hinsicht zu relativieren: Einerseits bleibt der Bundesrat an ein Bundesgesetz insofern gebunden, als dieses für eine bestimmte Gefahrensituation bestimmte Regelungen vorsieht. Dies ergibt sich bereits aus dem Subsidiaritätsprinzip.³⁰⁴ Andererseits hat der Bundesrat auch dann auf die Schaffung einer rechtlichen Grundlage durch Notrecht zu verzichten, wenn sich aus den Materialien einer ordentlichen gesetzlichen Grundlage ausdrücklich ergibt, dass die fehlende gesetzliche Grundlage ein qualifiziertes Schweigen darstellt. Liegt ein qualifiziertes Schweigen vor, so hat der Bundesrat das damit verbundene Risiko und die möglichen Schäden zu respektieren und darf nicht eigenmächtig durch Notrecht eingreifen.³⁰⁵ Vorliegend sind keine Hinweise ersichtlich, die darauf schliessen würden, dass eine Massnahme contra legem nicht zulässig wäre. Folglich ist der BGÖ-Ausschluss auch im Hinblick auf die Gesetzesbindung als zulässig zu betrachten.

III. Schlussfolgerung

In der Lehre bestehen unterschiedliche Auffassungen zur umfassenden Bindung von Notrechtsmassnahmen an die BV. Zwingend einzuhalten sind die grundlegenden Bestimmungen der BV, wozu insb. Art. 5 und Art. 36 BV gezählt werden. Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO hat deshalb insb. das Legalitätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsprinzip einzuhalten.

³⁰² Vgl. dazu auch vorne C.I.2.

³⁰³ Zum Ganzen BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 42 i.V.m. Art. 184 N. 41 f.; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 155; TSCHANNEN, N. 1673; Gl. M. LEHNER, 104 ff.; RECHSTEINER, N. 472; STÖCKLI, Regierung und Parlament, 24 f.; TRÜMLER, N. 317 f.; WALDMANN, 24. Zumindest implizit erwog auch das BGer in diese Richtung, BGE 137 II 431 E. 3.3.2 S. 445.

³⁰⁴ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 42 i.V. m. Art. 184 N. 43; TRÜMLER, N. 316. Vgl. dazu auch vorne C.II.2.c.

³⁰⁵ Zum Ganzen BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 42 i.V.m. Art. 184 N. 43; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 132; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 159.

In Bezug auf das Legalitätsprinzip ist festzuhalten, dass das Inkrafttreten der Notverordnung vor der Publikation problematisch erscheint, da dies dem Erfordernis der genügenden Kundmachung zuwiderläuft. Stellt man für das Inkrafttreten auf den Zeitpunkt der Publikation ab, so scheint das Legalitätsprinzip m.E. gewahrt. Hinsichtlich des öffentlichen Interesses bestehen keine Probleme, da ein solches bereits in den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV aufgeht.

Die Anforderungen an das Verhältnismässigkeitsprinzip sind in einer ausserordentlichen Situation herabgesetzt. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung wurde festgestellt, dass der BGÖ-Ausschluss geeignet war, die vom Bundesrat hervorgebrachten Interessen zu erreichen. In Bezug auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse und die Schonung der Ressourcen der Verwaltung wäre jedoch ein milderer, aber gleich geeignetes Mittel vorhanden gewesen, nämlich die Anwendung der Bestimmungen des BGÖ. Entscheidend war daher die Schaffung von Rechtssicherheit zur Sicherstellung des Informationsflusses zwischen den Banken und den Behörden. Angesichts der akuten Krisensituation und der fundamentalen Schutzgüter war der Ausschluss des BGÖ zumutbar, da der Schutz des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft das öffentliche Interesse am Zugang zu Informationen überwog.

Notrecht muss bestehendes Gesetzesrecht durchbrechen können. Grenzen bestehen einzig dort, wo spezialgesetzliche Regelungen vorliegen oder ein qualifiziertes Schweigen auszumachen ist. Solche Schranken sind im vorliegenden Fall nicht gegeben, weshalb der BGÖ-Ausschluss auch in dieser Hinsicht als rechtmässig einzustufen ist. Insgesamt erweist sich deshalb Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO als zulässig.

E. Gerichtliche Kontrolle von Notrecht

Nachdem die Rechtmässigkeit des BGÖ-Ausschlusses geprüft wurde, stellt sich abschliessend die Frage der gerichtlichen Kontrolle von Notrecht(-massnahmen).

I. Gerichtliche Überprüfbarkeit von Notverordnungen

1. Keine abstrakte Normenkontrolle

Verordnungen des Bundesrates können nach Art. 189 Abs. 4 BV – wie sämtliche Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung – nicht beim BGer angefochten werden, ausser eine gesetzliche Ausnahme sieht dies ausdrücklich vor.³⁰⁶ Eine Überprüfung von (Not-)Verordnungen, die sich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV stützen, ist gesetzlich nicht vorgesehen, weshalb eine abstrakte Normenkontrolle ausser Betracht fällt.³⁰⁷

2. Konkrete Normenkontrolle

Die Anfechtung einer Notverordnung kommt deshalb nur im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle in Betracht, indem im Einzelfall eine Verfügung, die sich auf die besagte Notverordnung stützt, angefochten wird.³⁰⁸ Im Rahmen der konkreten Normenkontrolle überprüft die Beschwerdeinstanz vorfrageweise, ob die Norm gegen übergeordnetes Recht verstösst.³⁰⁹ Kommt das Gericht zum Ergebnis, dass die Norm fehlerhaft ist, so wird nur die angefochtene Verfügung aufgehoben, jedoch nicht die fehlerhafte Bestimmung.³¹⁰ Die Norm bleibt formell in Kraft, findet in der Praxis jedoch keine Anwendung mehr.³¹¹

Konkret bedeutet dies, dass Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO deshalb im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle nur dann geprüft werden kann, wenn eine Behörde in einer Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG gestützt darauf den Zugang zu amtlichen Dokumenten verweigert.³¹² In einem solchen Fall können und müssen die Gerichte die Rechtmässigkeit von Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO vorfrageweise prüfen.³¹³

³⁰⁶ Botsch. Justizreform, 531; BSK BV-SEFEROVIC, Art. 189 N. 59.

³⁰⁷ GERBER, N. 6 f.; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 161 i.V.m. Art. 184 N. 160. Zu gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen vgl. BSK BV-SEFEROVIC, Art. 189 N. 61 ff.

³⁰⁸ BSK BV-KÜNZLI, Art. 185 N. 48 i.V.m. Art. 184 N. 51; SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 161 i.V.m. Art. 184 N. 160.

³⁰⁹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1714.

³¹⁰ BGE 116 V 198 E. 3b S. 216.

³¹¹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1714.

³¹² Zum Verfahren vgl. ausführlich MADER, Öffentlichkeitsgesetz, 29 ff.

³¹³ BVGE 2011/61 E. 5.4.2.1 S. 1236. Zur konkreten Normenkontrolle vgl. auch TSCHANNEN, N. 498 ff.

Fraglich ist jedoch, ob eine Beschwerde vor dem BVGer und BGer aufgrund der Ausnahme in Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG überhaupt zulässig ist. In Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und im gleich lautenden Art. 83 lit. a BGG werden «Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt» von der Beschwerde ans BVGer bzw. BGer ausgenommen.³¹⁴ Es handelt sich um eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie aus Art. 29a BV.³¹⁵ Erfasst sind Anordnungen, die einen starken politischen Charakter und weiten Ermessensspielraum aufweisen und deshalb für eine gerichtliche Kontrolle ungeeignet sind.³¹⁶

In der Literatur wird der Hauptanwendungsbereich von Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG bzw. Art. 83 lit. a BGG im Erlass von Verfügungen, die gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV erlassen werden bzw. auf darauf gestützte Notverordnungen, angesehen.³¹⁷ Daraus zu folgern, dass sämtliche Anordnungen, die gestützt auf eine Notverordnung erlassen werden, der gerichtlichen Überprüfung unzugänglich wären, greift jedoch zu kurz: Die Ausnahmebestimmung ist restriktiv auszulegen.³¹⁸ STÖCKLI fordert deshalb, dass die Verweigerung des Rechtsschutzes nur auf die innere und äussere Sicherheit i.e.S. anzuwenden sei, weshalb bei Notverordnungen, die zum Schutz der ökonomischen Stabilität erlassen wurden, der Rechtsschutz offen zu stehen hat.³¹⁹

Das BVGer teilte diese Ansicht, indem es auf eine Beschwerde eintrat, die eine Massnahme zur Bewältigung der wirtschaftlichen und sozialen Probleme im Zuge der COVID-19-Pandemie zum Gegenstand hatte.³²⁰ Es ist deshalb davon auszugehen, dass das BVGer bzw. BGer – vorbehalten der hier nicht weiter diskutierten weiteren Eintretensvoraussetzungen – auch auf eine Beschwerde in Hinblick auf die Verweigerung

³¹⁴ SHK BGG-SEILER, Art. 83 N. 11. Zum Verhältnis von Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG vgl. BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N. 30.

³¹⁵ BVGE 2013/33 E. 1.2 S. 522.

³¹⁶ Botsch. Bundesrechtspflege, 4322 f.; BGE 121 II 248 E. 1a S. 251. Vgl. auch BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N. 20.

³¹⁷ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N. 23; RECHSTEINER, N. 928; SHK BGG-SEILER, Art. 83 N. 12.

³¹⁸ Botsch. Bundesrechtspflege, 4322; BGE 121 II 248 E. 1a S. 251.

³¹⁹ STÖCKLI, Gewaltenteilung, N. 29.

³²⁰ Urteil (des BVGer) A-4372/2020 vom 18. März 2021 E. 1.1.

des Zugangsrechts zu amtlichen Dokumenten gestützt auf Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO eintreten würde.

3. Inhaltliche Überprüfung

a. Keine Kontrolle der Anwendungsvoraussetzungen

Wie bereits ausgeführt, obliegt dem Bundesrat die alleinige Entscheidung, ob die Anwendungsvoraussetzungen zum Erlass einer Verordnung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 oder Art. 185 Abs. 3 BV gegeben sind.³²¹ Dieser Entscheid ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der gerichtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen.³²² Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Frage, ob der Bundesrat seinen Ermessensspielraum offensichtlich missbräuchlich ausgeübt hat.³²³ Die Frage, ob die Anwendungsvoraussetzungen aus Art. 185 Abs. 3 BV erfüllt sind oder nicht, ist deshalb einer gerichtlichen Überprüfung praktisch entzogen.³²⁴

b. Kontrolle der Schranken der Verordnungskompetenz

Dem Bundesrat kommt ein weites Ermessen zu, welche Massnahmen er ergreifen will. Er ist beim Erlass von Notrechtsmassnahmen jedoch an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns und die Grundrechte gebunden.³²⁵ Nach Art. 95 lit. a BGG kann mittels Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden.³²⁶ Insb. die justiziablen Verfassungsprinzipien, wie das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV, können gestützt auf Art. 95 lit. a BGG selbständig gerügt werden.³²⁷ Nach LEHNER konzentriert sich die inhaltliche Überprüfung von Notrechtsmassnahmen deshalb auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung.³²⁸

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Verhältnismässigkeitsprinzip mit freier Kognition zu prüfen, sofern die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht in Frage steht.³²⁹ Gemäss dem BVGer ist der Ermessensspielraum, der Art. 185 Abs. 3

³²¹ Vgl. dazu auch vorne C.II.1.

³²² BGE 137 II 431 E. 3.2.1 S. 442.

³²³ BGE 64 I 365 E. 4 S. 374.

³²⁴ LEHNER, 197 f.

³²⁵ Vgl. vorne D.I.1.

³²⁶ BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N. 46.

³²⁷ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1546; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N. 47a.

³²⁸ LEHNER, 202.

³²⁹ BGE 140 II 194 E. 5.8.2 S. 199 f.

BV dem Bundesrat einräumt – analog zur Rechtsprechung zu unselbständigen Verordnungen³³⁰ – verbindlich.³³¹ Es ist der gerichtlichen Instanz deshalb untersagt, ihr Ermessen über jenes des Bundesrates zu setzen. Die Beurteilung der Zweckmässigkeit einer Regelung hat das Gericht deshalb zu unterlassen.³³² Hier beschränkt sich die Prüfung der Gerichte auf eine Plausibilitätskontrolle.³³³ Mit freier Kognition hat das Gericht hingegen die Methodik zur Verhältnismässigkeitsprüfung zu bewerten.³³⁴ In diesem Zusammenhang kommt jedoch aufgrund der besonderen Situation, in der eine Notrechtsmassnahme erlassen wird, eine Einschränkung hinzu: Für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit gelten herabgesetzte Anforderungen, weshalb eine erhebliche Plausibilität für die Wirksamkeit einer Massnahme genügt.³³⁵

4. Mangelnder Rechtsschutz

Wie soeben ausgeführt, ist die gerichtliche Kontrolle von Notverordnungen stark eingeschränkt. Einerseits besteht nur die Möglichkeit einer konkreten Normenkontrolle, nicht jedoch einer abstrakten. Andererseits wird der Rechtsschutz zusätzlich durch Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG bzw. Art. 83 lit. a BGG eingeschränkt, indem gewisse Entscheide von der Beschwerde ans BVGer bzw. BGer ausgenommen sind. Ferner besteht aufgrund des erheblichen Ermessens, das dem Bundesrat bei der Anrufung seiner Notrechtsinstrumente und der Ausgestaltung der Notrechtsmassnahmen zukommt, nur eine eingeschränkte Möglichkeit, Notrechtshandlungen des Bundesrates gerichtlich zu kontrollieren. In Bezug auf die Kontrolle von Notrecht bestehen deshalb gewisse Rechtsschutzlücken.³³⁶

In der Lehre wird von verschiedenen Autoren die Schaffung einer abstrakten Normenkontrolle gefordert.³³⁷ Die Einführung einer solchen würde Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 BV nicht entgegenstehen.³³⁸ M.E. würde die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle der Problematik des Notrechts jedoch nur teilweise begegnen. Unabhängig davon, ob eine abstrakte Normenkontrolle eingeführt würde, besteht die

³³⁰ Vgl. bspw. BGE 143 II 87 E. 4.4 S. 92.

³³¹ Urteil (des BVGer) A-4372/2020 vom 18. März 2021 E. 6.3.

³³² Zum Ganzen BGE 143 II 87 E. 4.4 S. 92.

³³³ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 116.

³³⁴ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 116.

³³⁵ Vgl. dazu vorne D.I.2.c.

³³⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 185 N. 12; TRÜMLER, N. 470.

³³⁷ BIAGGINI, Entwicklungen, 31; STÖCKLI, Gewaltenteilung, N. 36. Wohl auch TRÜMLER, N. 470.

³³⁸ STÖCKLI, Gewaltenteilung, N. 36.

zentrale Problematik m.E. darin, dass das Ermessen des Bundesrates, welches ihm durch die Notrechtsinstrumente eingeräumt wird, ein Missbrauchspotenzial birgt. Dieses grosse Ermessen des Bundesrats ist jedoch gleichzeitig notwendig, um die Handlungsfähigkeit der Exekutive in einer Krise zu wahren und kann deshalb nur schlecht überprüft werden. Damit besteht ein Spannungsfeld zwischen dem Erfordernis einer weitgehenden Entscheidungsfreiheit des Bundesrates in Notlagen und dem Bedürfnis einer Kontrolle der Notrechtshandlungen.

Umso wichtiger erscheint deshalb eine genügende politische Kontrolle. Grundvoraussetzung für die politische Kontrolle ist es, die Anwendung von Notrecht nachvollziehen zu können. Dafür ist es notwendig, dass der Bundesrat die rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass der konkreten Notrechtsmassnahmen jeweils sorgfältig prüft und begründet.³³⁹ Zum jetzigen Zeitpunkt bestehen keine gesetzlichen Regelungen, die den Bundesrat konkret verpflichten, Rechenschaft über die Anwendung von Notrecht abzulegen. Eine parlamentarische Initiative, die die Einführung einer solchen Begründungspflicht fordert – analog zur Begründungspflicht bei Gesetzesentwürfen (Art. 141 ParlG) – befindet sich aktuell zur Ausarbeitung eines Entwurfs in der Staatspolitischen Kommission des Ständerates.³⁴⁰ Die Einführung einer solchen Begründungspflicht ist m.E. zu begrüßen.

5. Politische Kontrolle

Nach Art. 169 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 ParlG übt die Bundesversammlung die Oberaufsicht über den Bundesrat aus. Der Bundesrat und auch die Mehrheit der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates sind der Ansicht, dass in erster Linie nicht die Gerichte, sondern das Parlament bundesrätliche Notverordnungen kontrollieren soll.³⁴¹ Das Parlament verfügt dabei über ein vielfältiges Instrumentarium, um die Notrechtshandlungen des Bundesrates zu kontrollieren.

Zunächst hat das Parlament nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV die Möglichkeit, selbst eine verfassungsunmittelbare Verordnung zu erlassen, mit dessen Inkrafttreten die Notverordnung ausser Kraft tritt (Art. 7d Abs. 2 lit. c RVOG). Auch der nachträgliche Erlass

³³⁹ Zum Ganzen TRÜMLER, N. 502; STÖCKLI, Gewaltenteilung, N. 37.

³⁴⁰ Zum Ganzen Pa. Iv. Caroni.

³⁴¹ Bericht Handlungsfähigkeit, 52 f.; Stellungnahme Bundesrat, 13.

eines dringlichen Bundesgesetzes i.S.v. Art. 165 Abs. 1 BV geht dem bundesrätlichen Notrecht vor.³⁴² Ferner ist auch die zeitliche Befristung von Notverordnungen in Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG Ausdruck politischer Kontrolle, indem der Bundesrat verpflichtet wird, nach dem Erlass einer Notverordnung binnen sechs Monaten dem Parlament einen Gesetzesentwurf vorzulegen. Dadurch muss sich der Bundesrat bereits im Zeitpunkt des Erlasses damit befassen, wie er den Inhalt dem Parlament unterbreiten will.³⁴³

Weiter übt die Bundesversammlung nach Art. 169 Abs. 1 BV und Art. 26 Abs. 1 ParlG die Oberaufsicht über den Bundesrat aus. Durch das System der ständigen Kommissionen wird im Grundsatz eine wirksame disziplinarisch-politische Kontrolle von Notrechtshandlungen des Bundesrates gewährleistet.³⁴⁴ Zudem hat das Parlament im Rahmen seiner Oberaufsicht auch die Möglichkeit der Einsetzung einer PUK, wenn Vorkommnisse von grosser Tragweite einer Klärung bedürfen (Art. 163 Abs. 1 ParlG). Eine solche wurde im Nachgang der CS-Krise eingesetzt.³⁴⁵

Letztendlich hat sich der Bundesrat mit der Gesamterneuerungswahl auch alle vier Jahre allg. politisch zu verantworten.³⁴⁶

II. Schlussfolgerung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die gerichtliche Kontrolle von Notrecht nur begrenzt möglich ist. Einerseits fehlt eine abstrakte Normenkontrolle, andererseits wird die konkrete Normenkontrolle durch die Ausnahmetatbestände in Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG sowie den grossen Ermessensspielraum des Bundesrates stark eingeschränkt. Daraus ergeben sich gewisse Rechtsschutzlücken. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen der notwendigen Handlungsfreiheit des Bundesrates und der Kontrolle der Notrechtshandlungen. Vor diesem Hintergrund kommt der politischen Kontrolle durch das Parlament eine besondere Bedeutung zu.

³⁴² SG Komm. BV-SAXER/BRUNNER, Art. 185 N. 152.

³⁴³ Bericht Demokratie, 1582 f.

³⁴⁴ TRÜMLER, N. 471.

³⁴⁵ Vgl. dazu Bericht PUK, 50 ff.

³⁴⁶ TRÜMLER, N. 270, 298.

F. Fazit

Die vorliegende Arbeit zeigt auf, dass der Bundesrat am 16. März 2023 zum Erlass der PLB-NVO gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV berechtigt war. Die Verhinderung eines ungeordneten Untergangs der CS durch die Schaffung der PLB-NVO diente dem Schutz des Schweizer Finanzsystems und der Schweizer Volkswirtschaft, was nach der hier vertretenen Auffassung ein fundamentales Rechtsgut i.S.v. Art. 185 Abs. 3 BV darstellt. Ferner herrschte auch sachliche und zeitliche Dringlichkeit, da die Zahlungsunfähigkeit der CS, verursacht durch die massiven Liquiditätsabflüsse, unmittelbar drohte. Zur Bewältigung dieser Situation bestand zudem keine ordentliche gesetzliche Grundlage.

Im Rahmen seiner Notrechtskompetenz hat der Bundesrat einen grossen Ermessensspielraum, um auf mögliche Gefahrenlagen möglichst gut reagieren zu können. Dabei ist er jedoch an die grundlegenden Bestimmungen der BV – insb. die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns und die Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen – gebunden. Da der Zugang zu amtlichen Dokumenten kein verfassungsmässiger, sondern nur ein gesetzlicher Anspruch ist, hat der BGÖ-Ausschluss in Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO einer Überprüfung von Art. 5 BV standzuhalten. Dabei stehen das Legalitätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Vordergrund.

Das Inkrafttreten des BGÖ-Ausschlusses vor dessen Publikation ist m.E. nicht mit dem Legalitätsprinzip vereinbar. Das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 3 PLB-NVO scheint deshalb nur dann gewahrt, wenn man für den Zeitpunkt des Inkrafttretens auf den Zeitpunkt der Publikation vom 19. März 2023 abstellt.

Die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit in einer Krise sind aufgrund der unsicheren Kenntnisse herabgesetzt. Die Geltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ändert sich im Rahmen einer Krise jedoch nicht grundlegend und eine Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme erscheint möglich. Der BGÖ-Ausschluss in der PLB-NVO war m.E. verhältnismässig. Im Vordergrund stand die Schaffung von Rechtssicherheit, um den Informationsaustausch zwischen den Behörden und Banken zu gewährleisten. Dass zum Zeitpunkt der CS-Krise eine Rechtsunsicherheit aufgrund der Geltung des BGÖ bestanden hat, ist insb. dem Ausschluss der SNB und FINMA

vom persönlichen Geltungsbereich des BGÖ geschuldet. Dieser Ausschluss relativiert zudem das Transparenzinteresse der Öffentlichkeit, da potenziell sehr viele Dokumente ohnehin nicht vom Zugangsrecht des BGÖ erfasst wären. Gleichwohl ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beurteilung der Verhältnismässigkeit stets einzelfallabhängig ist, sodass ein BGÖ-Ausschluss in einer anderen Notrechtslage durchaus als unverhältnismässig beurteilt werden könnte.

Die gerichtliche Überprüfung von Notrecht erfolgt nur eingeschränkt, da der grosse Ermessensspielraum des Bundesrates auch von den Gerichten zu respektieren ist. Bei der Kontrolle der Notrechtshandlungen des Bundesrates kommt dem Parlament deshalb eine bedeutende Rolle zu. Dieses hat von seinen verschiedenen Kontrollinstrumenten Gebrauch zu machen. Voraussetzung dafür ist, dass der Bundesrat seine Notrechtshandlungen ausreichend begründet, weshalb die Einführung einer gesetzlichen Begründungspflicht von Notrechtsmassnahmen m.E. zu begrüssen ist.

Über die vorliegend beantworteten Fragen hinaus bleiben jedoch weitere Aspekte offen: So wurde nicht behandelt, inwiefern der BGÖ-Ausschluss genau wirkt – insb. ob er auch rückwirkend auf Dokumente Anwendung findet, die vor Inkrafttreten der PLB-NVO erstellt wurden. Ebenso ungeklärt ist die Frage, ob die übrigen Massnahmen der PLB-NVO einer verfassungsmässigen Überprüfung standhalten würden.

Selbständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.»³⁴⁷

Ort, Datum

Unterschrift

³⁴⁷ Art. 42 Abs. 2 RSL RW.