

Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz¹

Andreas Zünd² und Christoph Errass³

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Der Polizeibegriff	2
I.	Der funktionelle Polizeibegriff	3
II.	Der organisatorische Polizeibegriff	4
III.	Der formelle Polizeibegriff	4
C.	Polizeiaufgabe	4
I.	Wenn eine Gefahr vorliegt ...	4
1.	Die polizeilichen Schutzgüter im Laufe der Zeit	5
2.	Die Polizeigüter	6
3.	Variabilität oder Invariabilität der Polizeigüter?	7
4.	Schutz vor Eigengefährdungen?	9
5.	Schaden	9
6.	Wahrscheinlichkeit	9
II.	... ist die Gefahr abzuwehren	10
D.	Polizeiliche Generalklausel	10
I.	Vorbemerkung	10
II.	Entwicklung der polizeilichen Generalklausel und erster Abschluss des Werdegangs	11
III.	Konkretisierung und Weiterentwicklung	13
IV.	Formel des Bundesgerichts	14
V.	Einwendungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Literatur	15
E.	Auseinandersetzung mit der Literatur und den bundesgerichtlichen Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel	19
I.	Ermächtigungsgrundlage oder materiell-rechtliche Grundlage	19
II.	Zu den bundesgerichtlichen Anwendungsvoraussetzungen	20
1.	Echte und unvorhersehbare Notfälle sowie fundamentales Rechtsgut	20
2.	Schwere und unmittelbare Gefahr, zeitliche Dringlichkeit	21
3.	Fehlen wirksamer gesetzlich vorgesehener Massnahmen	22
4.	Fazit	23

A. Einleitung

Einer der wesentlichen Gründe, warum Menschen sich zu einem Staat zusammenschliessen, liegt in der durch den Staat garantierten Sicherheit.⁴ Der Staat soll seinen Bürgerinnen und

¹ Diesem Artikel liegt der Beitrag der Schweiz für das Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und Liechtensteins vom 1. – 4. September 2010 in Vaduz zugrunde. Eine Vorversion war bereits in ZBJV 2011, 261 ff. veröffentlicht worden. Für die vorliegende Publikation wurde der Text aufgrund neuerer Bundesgerichtsentscheide etwas erweitert. Wir danken Dr. iur. Gerold Steinmann, Gerichtsschreiber und wissenschaftlicher Berater an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und seine Hinweise.

² Dr. iur., Bundesrichter, Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts.

³ PD Dr. iur., Advokat, Gerichtsschreiber an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts.

⁴ Vgl. dazu GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Staat als Prozess. Eine staatsrechtliche Skizze in sieben Aufzügen, Frankfurt/New York 2010, S. 14 ff. m.w.H.

Bürgern Sicherheit gewähren, damit sie ihr Leben in Freiheit gestalten können. Freiheit und Sicherheit bilden allerdings ein komplexes Spannungsverhältnis. Beide bedingen und bedrohen sich gegenseitig.⁵ Die Staatsaufgabe der Sicherheit wird in erster Linie von der Polizei wahrgenommen. Damit die Freiheit nicht verunmöglicht wird, ist polizeiliches Handeln zum Schutz der Sicherheit grundsätzlich auch an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden. So ist u.a. nach Art. 5 Abs. 1 BV⁶ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht. Eine Ausnahme davon⁷ bildet die sogenannte polizeiliche Generalklausel. Diese verleite – wie MARKUS MÜLLER und CHRISTOPH JENNI ausführen – allerdings zu Missbräuchen, denen selbst das Bundesgericht bisweilen erliege.⁸ Im Folgenden soll dargelegt werden, wo die polizeiliche Generalklausel zu situieren ist. Danach werden wir uns mit dieser vertieft beschäftigen.

B. Der Polizeibegriff

Die polizeiliche Generalklausel ist Gegenstand des Polizeirechts. Polizeirecht ist das Recht der Polizei. Polizei ist ein Lehnwort des griechischen Wortes „politeia“⁹, das über den lateinischen Ausdruck „politia“ in den französisch-¹⁰ und deutschsprachigen¹¹ Raum gelangte. Auslöser war die Übersetzung der lateinischen Fassung von Aristoteles Politik durch NICOLAS ORESME in die französische Sprache. Dabei übersetzte er „politia“ durch „policie“, wobei er diesen Begriff bereits teilweise „mit einem anzustrebenden Zustand guter Ordnung in Verbindung gebracht“ hatte und somit über den aristotelischen Begriff der Staatsverfassung hinausging.¹²

Mit dem Begriff „Policey“ bzw. „policie“ wurde dem Wortlaut nach in der griechischen Tradition verbleibend zunächst das Staatswesen, die gesamte Staatstätigkeit mit Ausnahme der kirchlichen¹³ Angelegenheiten bezeichnet.¹⁴ Im Laufe der Geschichte verengte sich dann die Tätigkeit auf jene Staatstätigkeit, welche wir heute als die Verwaltungstätigkeit

⁵ Vgl. dazu nur WINFRIED BRUGGER und CHRISTOPH GUSY, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL (2003) 2004, S. 101 ff. bzw. 151 ff.; jetzt MARKUS THIEL, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, Tübingen 2011, S. 137 ff.

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁷ ADOLF JULIUS MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, mit einem Vorwort zum Neudruck von Karl Korinek, unveränderter reprographischer Nachdruck der Ausgabe Wien und Berlin 1927, Darmstadt 1969, S. 247 f., konstatiert, dass vielfach bereits aus dem Wesen der Polizei eine Lockerung oder Durchbrechung des Grundsatzes der gesetzmässigen Verwaltung gefordert wurde.

⁸ MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel. Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit&Recht 2008, S. 4 ff., 4.

⁹ Vgl. MERKL (Fn. 7), S. 241.

¹⁰ In Frankreich wurde der Begriff erstmals 1360 nachgewiesen. Woher die Schreibenden den Begriff kannten, ist nicht bekannt (vgl. ANDREA ISELI, Gute Policey. Öffentliche Ordnung in der Frühen Neuzeit, Stuttgart 2009, S. 14).

¹¹ Der Begriff „Policey“ ist von den burgundischen in die deutschen Amtsstuben eingegangen (vgl. ISELI [Fn. 10], S. 15). Siehe auch DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. Köln etc., S. 2 f.; FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Neudruck für die Schweiz 1939, Zürich, S. 386.

¹² Vgl. ISELI (Fn. 10), S. 14.

¹³ Das lag vor allem in der Trennung der Welt in zwei Zuständigkeiten: einerseits in den weltlichen Zuständigkeitsbereich des Kaisers oder Königs, andererseits in den geistlichen Zuständigkeitsbereich des Papstes (dazu ISELI [Fn.], S. 16); siehe auch MÜLLER/JENNI (Fn.), S. 5.

¹⁴ Vgl. ARTUR WOLFFERS, Der Begriff der Polizei, ZBl 1941, S. 385 ff. und 409 ff., 385. Später sind allerdings die kirchlichen Angelegenheiten zum Gegenstand der Policey geworden (WOLFFERS, a.a.O., S. 388; ISELI [Fn. 10], S. 33 ff.).

bezeichnen.¹⁵ Der Begriff der Polizei hat somit eine lange Entwicklungsgeschichte hinter sich.¹⁶ Nach Auffassung von ADOLF JULIUS MERKL ist mit dem Begriff der Polizei wissenschaftlich zunächst eine Funktion bezeichnet worden.¹⁷ Durch den gemeinen Sprachgebrauch sei dann darunter ein bestimmtes Organ verstanden worden. Insoweit habe sich beim Polizeibegriff dasselbe wiederholt, was auch bei den Funktionen der Justiz und der Verwaltung habe beobachtet werden können.¹⁸ Heute haben sich grundsätzlich die drei folgenden Begriffe etabliert: der institutionelle oder organisatorische, der materielle oder der funktionelle und der formelle Polizeibegriff.¹⁹ Daneben werden aufgabenspezifische Polizeibegriffe verwendet (z.B. Sicherheitspolizei, Verkehrspolizei).²⁰

I. Der funktionelle Polizeibegriff²¹

Polizei im funktionellen Sinn umfasst alle Tätigkeiten staatlicher Behörden, welche die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Beseitigung von Störungen bezwecken.²² Sie meint damit „alle Tätigkeiten, die dem Schutz der Polizeigüter [...] dienen“²³. Der funktionelle Polizeibegriff umschreibt typische Funktionen der Polizei, welche sich im Schutz der Polizeigüter erschöpfen. Daraus ergibt sich, welches Mass an Gefahren ein Gemeinwesen hinzunehmen bereit ist.²⁴ Der Staat hat neben der Gefahrenabwehr allerdings auch andere Aufgaben zu erfüllen, insbesondere diejenige der Sozialgestaltung. Die Grenzziehung zwischen Gefahrenabwehr einerseits und der Sozialgestaltung andererseits ist angesichts der Verschränkung und gegenseitigen Bedingtheit kaum zu leisten.²⁵ Auf die Tätigkeiten im Einzelnen werden wir zurückkommen.

¹⁵ Die Trennung von Justiz und Verwaltung findet 1648 Aufnahme in den Westfälischen Friedensvertrag (vgl. WOLFFERS [Fn. 14], S. 385 m.w.H.).

¹⁶ Dazu HANS MAIER, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl. 1980, S. 92 ff.; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993, S. 2 ff.; MERKL (Fn. 7), S. 241; ADRIAN LOBSIGER, Grundaufgaben des modernen Rechtsstaates Teil I: Grundaufgaben der Verwaltung, Polizei und Justiz sowie des zivilen Staatsschutzes, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1 Allgemeiner Teil, S. 155 ff., 169 ff.; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 3 ff.; GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000, S. 82 ff.

¹⁷ In diese Richtung ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010, S. 558 Rz. 2431, die unter Polizei nur die Funktion verstehen.

¹⁸ Vgl. MERKL (Fn. 7), S. 265.

¹⁹ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 7 ff., 26, 27 ff.; RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, Grundbegriffe, in: Rainer J. Schweizer (Fn. 16), S. 53 ff., 90 f.; WALTER KÄLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTEBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007, S. 20 f.

²⁰ Dazu PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bern 2009, S. 489 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER (Fn. 19), S. 91 Rz. 41.

²¹ Hier wird anstelle des materiellen Polizeibegriffs in Anbetracht des Umstandes, dass auch von der Verwaltung im funktionellen Sinn (vgl. etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [Fn. 20], S. 3) gesprochen wird, und der Tatsache, dass sich die Polizei nicht wesensmässig von der Verwaltung unterscheidet (dazu bereits MERKL [Fn. 7], S. 247, 262 f., 265 f.; REINHARD [Fn. 16], S. 9 f.), konsequent der funktionelle Polizeibegriff verwendet.

²² Vgl. ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Bern 1975, S. 15 m.w.H.; REINHARD (Fn. 16), S. 7; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 487; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 558 Rz. 2431; LOBSIGER (Fn. 16), S. 188; BODO PIEROTH/BERNHARD SCHLINK/MICHAEL KIESEL, Polizei- und Ordnungsrecht, München 2008, S. 8 f.

²³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 487 Rz. 3 i.f.

²⁴ Vgl. dazu CHRISTOPH GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2009, S. 4 Rz. 3 i.f.

²⁵ Dazu JOST (Fn. 22), passim.

II. Der organisatorische Polizeibegriff

Mit dem organisatorischen Polizeibegriff werden jene Verwaltungseinheiten bezeichnet, die organisationsrechtlich als Polizeibehörden ausgeschieden und hauptsächlich mit der Aufgabe der Gefahrenabwehr beauftragt sind.²⁶ Dazu gehören in der Schweiz vor allem die kommunalen und kantonalen Polizeikorps. Es handelt sich um die Polizei i.e.S. In der Umgangssprache werden diese Behörden als Polizei bezeichnet. Zur Polizei zählt aber auch die sogenannte Spezialpolizei, wie etwa die Bau- oder die Gesundheitspolizei; man bezeichnet diese auch als Polizei i.w.S. Im Unterschied zur Spezialpolizei steht der Polizei i.e.S., d.h. den Polizeikorps, die Befugnis zu, unmittelbaren Zwang gegen Sachen und Personen anzuwenden; ihr kommen auch die dazu notwendigen polizeilichen Mittel zu.²⁷ Spezialpolizeibehörden steht die Befugnis, Zwang anzuwenden, nur dann zu, wenn das Spezialgesetz dies ausdrücklich vorsieht. Trifft dies zu, so spricht man von Sonderpolizei.²⁸

III. Der formelle Polizeibegriff

Der Begriff der Polizei im formellen Sinn bezeichnet jene Tätigkeiten, die von der Polizei im organisatorischen Sinn wahrgenommen wird, unabhängig davon, wie dieses Handeln funktionell zu qualifizieren ist.²⁹ Darunter fallen demgemäss nicht nur Aufgaben der Gefahrenabwehr, sondern auch andere Verwaltungstätigkeiten, wie etwa die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten oder die Wohlfahrtspflege.

C. Polizeiaufgabe

Die polizeiliche Tätigkeit erschöpft sich – entsprechend dem funktionellen Polizeibegriff – in der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie in der Beseitigung von Störungen. Die Gefahrenabwehr stellt die Rechtsfolge des Tatbestandes „Gefahr“ dar: Wenn somit eine Gefahr oder eine Störung vorliegt, dann ist sie abzuwehren bzw. zu beseitigen.³⁰

I. Wenn eine Gefahr vorliegt ...

Unter Gefahr im polizeirechtlichen Sinn wird allgemein eine Sachlage verstanden, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an den polizeilichen Schutzgütern führt.³¹ Der Schaden muss somit nicht mit Gewissheit eintreten; eine Möglichkeit genügt bereits – oder wie das Bundesgericht vor allem im Zusammenhang mit der Versammlungsfreiheit formulierte: Eine Gefahr liegt dann vor, wenn ein Schaden für die Polizeigüter „mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit“ zu

²⁶ Dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 488 f. Rz. 8 ff.; REINHARD (Fn. 16), S. 26; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER (Fn. 19), S. 90.

²⁷ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 488; LOBSIGER (Fn. 16), S. 201 Rz. 97; MERKL (Fn. 7), S. 242.

²⁸ So TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 490 Rz. 18 mit Beispielen.

²⁹ Dazu etwa SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER (Fn. 19), S. 91; REINHARD (Fn. 16), S. 27 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (Fn. 19), S. 21; WOLF-RÜDIGER SCHENKE, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2009, S. 8.

³⁰ Vgl. dazu etwa Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009 E. 3.2., in: ZBl 2010, S. 519 ff., 521 f.

³¹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 499; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 220; HANSJÖRG SEILER, Recht und technische Risiken, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, Zürich 1997, S. 45, 153; CHRISTOPH ERRASS, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006, S. 72 m.w.H.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER (Fn. 19), S. 81; SCHENKE (Fn. 29), S. 36 f.; THIEL (Fn. 5), S. 51 f.

erwarten ist.³² Ist der Schaden bereits eingetreten, so liegt eine Störung vor. Sie ist eine realisierte Gefahr und der Gefahr insofern gleichzustellen.³³

Soweit ersichtlich definiert der Gesetzgeber den Begriff der Gefahr nicht.³⁴ Der Rechtsanwender ist daher in aller Regel auf die tradierte,³⁵ vor allem durch das allgemeine Verwaltungsrecht dogmatisch aufbereitete Definition verwiesen.³⁶ Allerdings hat der Bundesgesetzgeber in gewissen Bereichen des Spezialpolizeirechts den dem Begriff der Gefahr sehr nahe verwandten Begriff des Risikos³⁷ näher umschrieben: So wird etwa nach Art. 2 Abs. 5 StFV³⁸ das Risiko bestimmt durch das Ausmass der möglichen Schädigungen der Bevölkerung oder der Umwelt infolge von Störfällen und der Wahrscheinlichkeit, mit der diese eintritt. Die Freisetzungsverordnung³⁹ umschreibt das Risiko ähnlich: „Das Risiko wird bestimmt durch das Ausmass der möglichen Schädigungen der unter Ziffer 1 Absatz 1 [scil. Mensch, Tier, Umwelt, Biologische Vielfalt] genannten Schutzziele und der Wahrscheinlichkeit, mit der die Schädigungen eintreten.“⁴⁰

Im Spezialpolizeirecht verwendet der Gesetzgeber oftmals anstelle des Begriffs der Gefahr denjenigen der Gefährdung. Er wird dem Begriff der Gefahr gleichgestellt.⁴¹

Sicherheitspolizeirechtlich relevant sind konkrete Gefahren. Die allgemeine Gefahrenabwehrtätigkeit richtet sich ausschliesslich gegen konkrete Gefahren.⁴² Abstrakte Gefahren, welche typisierte Gefahrenlagen bezeichnen,⁴³ werden durch spezialgesetzliche Regelungen erfasst.⁴⁴

1. Die polizeilichen Schutzgüter im Laufe der Zeit

Die polizeilichen Schutzgüter haben sich im Laufe der Jahrhunderte geändert. Dies lassen die oben gemachten kurzen Ausführungen zum Polizeibegriff im funktionellen Sinn vermuten.

Während zunächst Polizeigüter lediglich im weltlichen Bereich des Staatswesens ausgemacht werden konnten, änderte sich dies mit dem Verlust der gottgegebenen Ordnung (Reformation). „Gute Policey“ umfasste danach auch den geistigen Bereich und umfasste während ihrer Blüte neben den uns noch heute bekannten Schutzgütern auch Religion⁴⁵, Familienleben, Spiel, Kleider, Armenwesen, Gesundheit, Markt⁴⁶, Preis, Lebensmittelver-

³² BGE 111 Ia 322, 323 E. 6a i.f.; 60 I 197, 209 E. 3b; 57 I 266, 272.

³³ So auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 499; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 220.

³⁴ Zu wenigen Regelungen in Deutschland etwa RALF POSCHER, Gefahrenabwehr. Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 1999, S. 17.

³⁵ Dazu warnend MERKL (Fn. 7), S. 247.

³⁶ So auch POSCHER (Fn. 34), S. 17.

³⁷ Zu den verschiedenen Begriffen und ihren gegenseitigen Abgrenzungen ERRASS (Fn. 31), S. 72 ff. m.w.H.; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 161 f.; dazu jetzt LIV JAECKEL, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, Tübingen 2010; siehe auch THIEL (Fn. 5), S. 67 ff.

³⁸ Verordnung über den Schutz von Störfällen (Störfallverordnung) vom 27. Februar 1991 (SR 814.012).

³⁹ Verordnung vom 10. September 2008 über den Umgang mit Organismen in der Umwelt (FrSV; SR 814.911).

⁴⁰ Zu einer fast identischen Regelung siehe auch Ziff. 2.2 Abs. 1 Anh. 4 FrSV.

⁴¹ Vgl. SEILER (Fn. 31), S. 46; ERRASS (Fn. 31), S. 74 f.

⁴² Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 500 Rz. 27.

⁴³ Dazu ERRASS (Fn. 31), S. 97; SCHENKE (Fn. 29), S. 37 Rz. 70.

⁴⁴ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 500 Rz. 28.

⁴⁵ Fluchverbot in der Stadt Zürich (1344), Überwachen des Kirchgangs (ISELI [Fn. 10], S. 33 bzw. 35).

⁴⁶ So durfte im Land Glarus zum Schutz von ärmeren Einwohnern nur noch Butter zum eigenen "hus bedarff" eingekauft werden (vgl. ISELI [Fn. 10], S. 57 f.).

sorgung, der öffentliche Raum insgesamt (z.B. Strassensauberkeit).⁴⁷ Kurzum: Der Staat besass die Kompetenz „zum Erlass aller Anordnungen, welche die ‚irdische Glückseligkeit‘ der Untertanen verwirklichten“⁴⁸. Oder wie es der damalige Bundesrichter JAKOB DUBS beschrieben hatte: „Man nennt diese Periode die des väterlichen Regiments, das auch in die Republiken durchdrang. Es lag ihm offenbar ein wohlmeinender Gedanke zu Grunde. Aber merkwürdiger Weise hat sich von allen Arten von Regiment dieses väterliche am meisten verhasst gemacht, nicht etwa wegen grober Gewaltthaten oder grosser Bedrückungen, die doch nur vereinzelt vorkamen, sondern wegen des Geistes kleinlicher Bevormundung, der nicht nur auf dem Gebiete der Rechtsinstitutionen, sondern auch auf dem des Glaubens, der Sitte, des Familienlebens, der Arbeit Alles in seinen massregelnden Bereich zog und sich deshalb auf Schritt und Tritt lästig und oft auch lächerlich machte.“⁴⁹ Erst mit dem Liberalismus wurden das „Bevormundungssystem“ und die „drückende Allerweltsfürsorge“ abgeschüttelt.⁵⁰ Die zu schützenden Rechtsgüter wurden in der Folge auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung beschränkt, worunter der Schutz von Leib, Leben, Gesundheit, Eigentum sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstanden wurden. Wohlfahrtsfragen und das Private waren fortan ausgeschlossen.⁵¹

In der Moderne haben sich neue Technologien entwickelt, welche nicht nur Wohlstand brachten, sondern immer auch ein mehr oder weniger grosses Schadenspotenzial enthielten. Der Staat konnte sich deshalb nicht mehr auf das liberale Gefahrenabwehrmodell⁵² zurückziehen, sondern hatte auch Sicherheit in einem weit verstandenen Sinn zu gewährleisten.⁵³ Viele dieser neuen Gefahren⁵⁴ hat der Staat in Spezialpolizeierlassen geregelt.

2. Die Polizeigüter

Polizeiliche Schutzgüter werden heute unter dem *Oberbegriff*: Öffentliche Sicherheit und Ordnung, zusammengefasst.⁵⁵ Bereits ADOLF JULIUS MERKL hat moniert, dass der Begriff der Ordnungswahrung den Polizeibegriff unsicher mache.⁵⁶ Dieser Befund bestätigt sich – nach einer kurzen Durchsicht der einschlägigen Literatur – auch heute noch. Sowohl der Begriff der Sicherheit als auch derjenige der Ordnung sind alles andere als klar.⁵⁷ Im Folgenden kann

⁴⁷ Dazu umfassend ISELI (Fn. 10); siehe auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 493 f.; FLEINER (Fn. 11), S. 386; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 2 ff.; GUSY (Fn. 24), S. 2 ff.; PIEROTH/SCHLINK/KIESEL (Fn. 22), S. 1 ff.; MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 6 f.; SCHENKE (Fn. 29), S. 1; SCHUPPERT (Fn. 16), S. 82 ff.

⁴⁸ FLEINER (Fn. 11), S. 386.

⁴⁹ JAKOB DUBS, Das Öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Erster Theil, Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, Zürich 1877, S. 80.

⁵⁰ Vgl. DUBS (Fn. 49), S. 80.

⁵¹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 494.

⁵² Vgl. SCHUPPERT (Fn. 16), S. 84 f. m.w.H.

⁵³ Dazu etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 495; SCHUPPERT (Fn. 16), S. 85 ff.

⁵⁴ Dazu unten im Text. Zur Frage, ob damit auch neue Massnahmen notwendig werden (Rayonverbote, Einsatz bezahlter Informanten, Alkoholtstkäufe durch instruierte Jugendliche [vgl. NZZ vom 10. Juni 2010, S. 15 und 1. Juli 2010, S. 12]), vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn.), S. 513 f.

⁵⁵ Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER (Fn. 19), S. 73; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 494 f.; Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009 E. 3.4 („Der Ausdruck der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bildet [...] einen umfassenden offenen Oberbegriff zum Schutz von Polizeigütern“), in: ZBI 2010, S. 519 ff., 524 ff. (Zitat S. 525).

⁵⁶ MERKL (Fn. 7), S. 244 ff., insbes. 246.

⁵⁷ Siehe etwa REINHARD (Fn. 16), S. 51 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 494 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 558 f.; siehe auch PIERRE MOOR, Droit administratif, Volume 1: Les fondements généraux, 2. Aufl., Bern 1994, S. 392 ff. Siehe auch Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009 E. 3.4, in: ZBI 2010, S. 519 ff., 524 ff.

es nicht darum gehen, dass wir uns mit den Polizeigütern vertieft auseinandersetzen, weshalb wir der uns gegenwärtig am meisten überzeugenden Auffassung von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER⁵⁸ folgen.

- *Öffentliche Sicherheit*: Nach der herrschenden Lehre gehören zur öffentlichen Sicherheit die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, die Rechtsgüter des Einzelnen sowie die Einrichtungen des Staates.⁵⁹ Mit diesem weiten Inhalt wird indessen das Bild des Polizeistaates noch weiter transportiert, der für alles und jeden zuständig war.⁶⁰ Im Kern geht es nach TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER um den Schutz der vom Strafrecht als schützenswert bezeichneten Rechtsgüter. Neben der Aufklärung von Straftaten – Sache der Kriminalpolizei – geht es *im vorliegenden Zusammenhang* vor allem um die Verhinderung bevorstehender Straftaten.⁶¹ In Tat und Wahrheit dürfte dies auch die Mehrheit der vom Bundesgericht behandelten Fälle ausmachen.

- *Öffentliche Ordnung*: Zur öffentlichen Ordnung zählen alle Regeln, die für das geordnete Zusammenleben der Privaten unerlässlich sind. Damit sind Sozialnormen gemeint, die (noch) nicht Rechtsnormen geworden sind. Auch hier wirkt die „Periode des väterlichen Regiments“⁶² noch nach.⁶³

Das Bundesgericht kommt im Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009 zum Schluss, dass die „öffentliche Sicherheit nicht streng von der öffentlichen Ordnung getrennt werden“ könne. Dasselbe gelte auch für die einzelnen Massnahmen.⁶⁴

- *Einzelne polizeiliche Schutzgüter*: Als Unterbegriffe zum Begriff „Öffentliche Sicherheit und Ordnung“ haben sich im Laufe der Zeit (a) Leib, Leben, Freiheit und Eigentum, (b) öffentliche Gesundheit, (c) öffentliche Ruhe, (d) öffentliche Sittlichkeit und (e) Treu und Glauben im Geschäftsverkehr herauskristallisiert.⁶⁵

3. Variabilität oder Invariabilität der Polizeigüter?

Wie gezeigt, haben sich die Polizeigüter im Lauf der Zeit geändert. Trotz dieses geschichtlichen Befundes, ist heute umstritten, ob von einer Variabilität der Polizeigüter auszugehen ist. Während etwa JOST⁶⁶, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER⁶⁷ und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁶⁸ von der Variabilität der polizeilichen Schutzgüter ausgehen, vertreten REINHARD⁶⁹ und MÜLLER/JENNI⁷⁰ die gegenteilige Auffassung. Mit Bezug auf GYGI⁷¹ argumentieren diese, dass – genau betrachtet – Wertewandel und Zeitgeist nicht neue Polizeigüter, sondern lediglich neue Gefahren für bereits bestehende Schutzgüter

⁵⁸ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 494 ff.

⁵⁹ Statt aller SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER (Fn. 19), S. 74 ff.

⁶⁰ So gehört auch das Zivilrecht zur objektiven Rechtsordnung, dessen Durchsetzung sicherlich nicht der Polizei obliegen kann.

⁶¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 495 Rz. 11.

⁶² Siehe Fn. 49.

⁶³ Kritisch auch REINHARD (Fn. 16), S. 83.

⁶⁴ E. 3.4, in: ZBl 2010, S. 519 ff., 525.

⁶⁵ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 496 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 558 f; REINHARD (Fn. 16), S. 51 ff.

⁶⁶ JOST (Fn. 22), S. 25 m.w.H.: „Die Aufzählung der üblicherweise angeführten Polizeigüter ist nicht abschliessend; die Entwicklung kann dem polizeilichen Schutz weiterer Rechtsgüter rufen, während andere, bisher geschützte Anliegen ihre polizeirechtliche Relevanz verlieren können.“

⁶⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 493 Rz. 2 („Wandel der Zeit unterworfen“).

⁶⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 558 Rz. 2433 („herrschenden Ansicht“).

⁶⁹ REINHARD (Fn. 16), S. 73 ff., insbes. 74.

⁷⁰ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 9.

⁷¹ FRITZ GYGI, Zum Polizeibegriff, in: Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 305 ff., 314.

hervorbringen. Zweifellos trifft es zu, dass neue Gefahren vielfach die bereits bekannten klassischen Polizeigüter beeinträchtigen. Daraus folgt allerdings nicht, dass es nur einen festen Bestand an Polizeigütern gibt; ein Gut kann aufgrund alter oder neuer Gefahren durchaus in den Rang eines schützenswerten Rechtsguts aufsteigen, sofern sich diesbezüglich ein solcher gesellschaftlicher Konsens gebildet hat. Zudem kann – wie die Geschichte gezeigt hat – auch das Gegenteil zutreffen: Ehemals schützenswerte Rechtsgüter sind als polizeiliche Schutzgüter nicht mehr akzeptabel. So hat in neuerer Zeit PIERRE TSCHANNEN mit überzeugenden Gründen dargelegt, dass das Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit nicht mehr zu halten sei.⁷²

In der öffentlichen Beratung des Urteils 2C_127/2010 vom 15. Juli 2011, wo es um die Frage ging, ob die FINMA⁷³ die UBS rechtmässig verpflichten konnte, Kontendaten von 255 amerikanischen UBS-Kunden an die US-Steuerbehörde herauszugeben,⁷⁴ hat die Mehrheit des Bundesgerichts unter anderem festgehalten, dass die ökonomische Stabilität der Volkswirtschaft ein polizeiliches Rechtsgut⁷⁵ darstelle.⁷⁶ Insofern ist es über den herkömmlichen und seiner Ansicht nach variablen Polizeigutbegriff hinausgegangen. Es hat somit die bereits 1950 geäusserte Auffassung des ehemalige Bundesgerichtspräsidenten OTTO K. KAUFMANN⁷⁷ wieder aufgenommen, wonach die Wirtschaftskrisen die Angst der Massen⁷⁸ seien und in der Abwehr dieser Gefahren eine neue Polizeiaufgabe liege, die den herkömmlichen verwaltungsrechtlichen Polizeibegriff sprengt.⁷⁹ Wohl noch etwas zurückhaltender äussern sich RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN.⁸⁰ Doch auch nach ihrer Auffassung hängen Gefahrenabwehr und die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte⁸¹ oder m.a.W. das wirtschaftliche Gleichgewicht⁸² eng zusammen,⁸³ weshalb es sich beim Funktionenschutz in erster Linie nicht um Wirtschaftspolitik, sondern um wirtschaftspolizeiliche Massnahmen handelt. Erste Ansätze wurden bereits in den 1930er Jahren während der Wirtschaftskrise entwickelt (z.B. Bankenrettung)⁸⁴.

⁷² PIERRE TSCHANNEN, „Öffentliche Sittlichkeit“: Sozialnorm als polizeiliches Schutzgut?, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor* (ed. B. Bovay/M.S. Nguyen), Berne 2005, S. 553 ff.

⁷³ Zur FINMA siehe Art. 4 ff. FINMAG (Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Finanzmarktaufsichtsgesetz) vom 22. Juni 2007 [SR 956.1]).

⁷⁴ Dazu den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010, Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA (BBl 2011 3099) und die Stellungnahme des Bundesrates (BBl 2011 3459); siehe auch den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), in: ZBl 2010, 451 ff.

⁷⁵ Inwiefern es sich dabei um ein fundamentales Rechtsgut handelt, muss die z.Z. noch nicht vorliegende schriftliche Begründung des Urteils zeigen. Hinweise bietet etwa BGE 111 Ia 246, 248 E. 3a, der von „des situations de guerre, de catastrophe ou de crise généralisée“ spricht.

⁷⁶ Vgl. NZZ vom 16. Juli 2011, S. 29; Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil 2C_127/2010 vom 15. Juli 2011 (www.bger.ch/index/press/press-inherit-template/press-mitteilungen.htm).

⁷⁷ OTTO K. KAUFMANN, Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, in: *Staat und Wirtschaft*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky, Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, S. 33 ff., 46.

⁷⁸ So bereits der Bundesrat in seiner Botschaft an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934, BBl 1934 I 171, 171 f.

⁷⁹ Dazu auch JOST (Fn. 22), S. 48 f.

⁸⁰ RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. Basel 2011, S. 7 f. Rz. 20 ff., S. 616 ff. Rz. 1-17, S. 623 Rz. 27 f.

⁸¹ Art. 5 Satz 1 i.f. FINMAG.

⁸² Vgl. JOST (Fn. 22), S. 48 (Titel).

⁸³ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 80), S. 7 f. Rz. 22, S. 616 ff.

⁸⁴ Zu zwei Bankenrettungen vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die finanzielle Beteiligung des Bundes an der Reorganisation der Schweizerischen Diskontbank vom 8. April 1933 (BBl 1933 I 609) und Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die finanzielle Beteiligung des Bundes an der Reorganisation der Schweizerischen Volksbank vom 29. November 1933 (BBl 1933 II 801) sowie ANDREAS KLEY, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 2011 I 123 ff.

4. *Schutz vor Eigengefährdungen?*

Polizeigüter dürfen nur dann geschützt werden, wenn ein öffentliches Interesse am polizeilichen Schutz besteht⁸⁵ – Konsequenz des liberalen Grundmodells. Das öffentliche Interesse stellt sicher, dass der Einzelne polizeilich nicht vor sich selbst geschützt wird. Selbstgefährdung stellt deshalb grundsätzlich keinen Anlass für polizeiliches Eingreifen dar.⁸⁶ Sobald allerdings zugleich Dritte gefährdet werden, ist polizeiliches Handeln erlaubt.⁸⁷ Sofern es sich um Selbstmord oder Selbstgefährdung mit wahrscheinlicher Todesfolge handelt, ist nach h.L. anerkannt, dass die Polizei zum Schutz des Lebens als höchstes Rechtsgut eingreifen darf.⁸⁸ In BGE 136 IV 97, 114 ff. E. 6.3.1 ff., worin u.a. beurteilt werden musste, ob der in einer Strafanstalt sich befindende, protesthungerstreikende Herr Rappaz zwangsernährt werden durfte, hat sich das Bundesgericht mangels gesetzlicher Grundlage zur Einschränkung der Meinungsfreiheit und der persönlichen Freiheit auf die polizeiliche Generalklausel gestützt. Implizit ausgehend von der dargestellten Doktrin hat es die Zwangsernährung als Massnahme *zum Schutz vor Selbstgefährdung* für zulässig erklärt.⁸⁹

5. *Schaden*

Als Folge der polizeiwidrigen Tätigkeit muss ein Schaden beim zu schützenden Polizeigut resultieren, damit der die Gefahrenabwehr auslösende Tatbestand gegeben ist. Ein Schaden liegt somit dann vor, wenn eine Verletzung eines Polizeiguts eingetreten ist.⁹⁰ Schaden ist dabei ein normatives Element. Schaden meint die objektive Minderung eines vorhandenen normalen Bestands von Rechtsgütern.⁹¹ Er umfasst nur erhebliche Beeinträchtigungen, nicht bloss Belästigungen,⁹² Nachteile, Unbequemlichkeiten oder Geschmacklosigkeiten.⁹³

6. *Wahrscheinlichkeit*

Das zweite normative Element ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit des missbilligten Erfolgs. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit wird nicht gefordert; andererseits genügt aber auch nicht jede entfernte Möglichkeit eines Schadens.⁹⁴ Ob die Gefahrenlage zu einem Schaden führen wird (hypothetischer Geschehensablauf), ist anhand einer Prognose zu bestimmen, die angesichts unseres begrenzten Erkenntnisvermögens mehr oder weniger

⁸⁵ Vgl. etwa JOST (Fn. 22), S. 50; REINHARD (Fn. 16), S. 98.

⁸⁶ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 98; JOST (Fn. 22), S. 50 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 500; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 559.

⁸⁷ Vgl. etwa REINHARD (Fn. 16), S. 98. In BGE 126 I 112 war vor Bundesgericht nur noch von Fremdgefährdung die Rede, während auf kantonaler Ebene auch noch von Eigengefährdung gesprochen wurde.

⁸⁸ Dazu REINHARD (Fn. 16), S. 98; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn.), S. 501. Noch mit alter Begründung etwa ERWIN RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht. Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1953, S. 78; JOST (Fn. 22), S. 52. Zugleich wird damit auch auf die Fundamentalität des Rechtsguts rekurriert (dazu unten bei Ziff. E.II.1).

⁸⁹ Kritisch OLIVIER GUILLOD/DOMINIQUE SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in: Jusletter 8. November 2010; ADRIAN KRÄHENMANN/ANDREAS SCHWEIZER/TOBIAS TSCHUMI, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011, Rz. 23 ff. Eine Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung und der Literatur kann nicht im Rahmen dieses Artikels erfolgen.

⁹⁰ Vgl. etwa REINHARD (Fn. 16), S. 106.

⁹¹ Vgl. SCHENKE (Fn. 29), S. 37 Rz. 69.

⁹² Mit Art. 74 BV (Umweltschutz) ist die Grundlage geschaffen worden, um im Umweltschutzgesetz (d.h. im Spezialpolizeirecht) Regelungen zum Schutz auch bloss lästiger Einwirkungen zu schaffen. Für Deutschland siehe etwa DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 222.

⁹³ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 106; JOST (Fn. 22), S. 69; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 499; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 221; SCHENKE (Fn. 29), S. 39.

⁹⁴ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 107; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 500; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 223.

ungewiss ist.⁹⁵ Während früher nur die allgemeine Lebenserfahrung genügte, sind nun daneben auch spezielles Erfahrungswissen und wissenschaftliche Erkenntnisse notwendig.⁹⁶

II. ... ist die Gefahr abzuwehren

Ist aufgrund der Prognose mit einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens zu rechnen, sind die notwendigen Massnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen.⁹⁷

Polizeiliches Handeln unterliegt dabei den allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns: Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV).⁹⁸ Diese Grundsätze erfahren allerdings im polizeirechtlichen Kontext spezifische Ausprägungen. So wird das Verhältnismässigkeitsprinzip teilweise durch das Störerprinzip konkretisiert.⁹⁹ Der Polizei steht zudem ein gewisser Ermessensspielraum zu, um Prioritäten¹⁰⁰ setzen zu können (Opportunitätsprinzip). Daneben ist auch das Verursacherprinzip zu beachten,¹⁰¹ welches ausserhalb von Ersatzmassnahmen allerdings nur gilt, soweit es spezialgesetzlich vorgesehen ist.¹⁰² Während das Störerprinzip die Frage beantwortet, wer (Zustands-, Verhaltensstörer, allenfalls Zweckveranlasser)¹⁰³ die polizeilichen Massnahmen zu treffen oder zu dulden hat (sachgerechte Massnahmenanlastung), regelt das Verursacherprinzip, wer die Kosten dieser Massnahmen zu tragen hat (sachgerechte Kostenanlastung). Vielfach stimmt der Störer mit dem Verursacher überein. Von der gesetzlichen Grundlage kann unter bestimmten Voraussetzungen abgesehen werden (polizeiliche Generalklausel). Mit diesem Aspekt werden wir uns nun beschäftigen.

D. Polizeiliche Generalklausel

I. Vorbemerkung

Wie alles Verwaltungshandeln bedarf auch polizeiliches Handeln einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV) – angesichts der möglichen schweren Grundrechtsbeeinträchtigungen eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Dies hat sich nun auch in allen kantonalen Polizeigesetzen niedergeschlagen.¹⁰⁴ Da sich die möglichen polizeiwidrigen Zustände kaum vorwegnehmend generalisieren lassen, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – und auch nach der Lehre¹⁰⁵ – Abstriche an der Normdichte durchaus zulässig.¹⁰⁶ Bereits ADOLF JULIUS MERKL, ein Verfechter des Legalitätsprinzips auch im Polizeirecht, hat festgestellt, dass nicht die „Unanwendbarkeit, sondern höchstens die besondere Art der Anwendung des Legalitätsprinzips“ die Polizei von

⁹⁵ Zur Verminderung der Erkenntnisdefizite, die die Prognose unsicher machen, vgl. DIETRICH MURSWIEK, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985, S. 382 f. (diagnostisches, prognostisches und hypothetisches Wahrscheinlichkeitsurteil), siehe auch S. 378 ff. Siehe auch ERRASS (Fn. 31), S. 95 f.

⁹⁶ Dazu ERRASS (Fn. 31), S. 72 m.w.H.; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Fn. 11), S. 224.

⁹⁷ Dazu etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 506 ff.

⁹⁸ Vgl. etwa BGE 136 I 87, 91 ff. E. 3.2.

⁹⁹ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 176.

¹⁰⁰ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 171 f., 172 ff.

¹⁰¹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 526 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 571 f.

¹⁰² Vgl. BGE 127 I 60, 63 ff. E. 2.

¹⁰³ Dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 569 ff.

¹⁰⁴ Dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 516.

¹⁰⁵ Z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 516.

¹⁰⁶ BGE 136 I 87, 90 E. 3.1; 131 I 49, 58 f. E. 6.2 und 6.3; 128 I 327, 340 E. 4.2.

der sonstigen Verwaltung unterscheidet.¹⁰⁷ Er hat indes zumindest eine Kompetenznorm gefordert, die den Staatswillen, unter bestimmten Umständen Zwang anzuwenden, erkennen lässt.¹⁰⁸ In den frühen Entscheidungen¹⁰⁹ des Bundesgerichts, worin es vor allem um die Zulässigkeit von polizeilichen (Not-)Verordnungen ohne gesetzliche Grundlage ging, stand diese Frage denn auch oft im Zentrum.¹¹⁰ Es verwies indessen auch darauf, dass die Exekutive allenfalls „von einem, allerdings in der Verfassung nicht ausdrücklich anerkannten, aber nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen bestehenden Notrechte der Regierung Gebrauch“¹¹¹ machen könne bzw. dass es ihr „unter gewissen ausserordentlichen Verhältnissen [zustehe,] Befugnisse auszuüben, die der Regel nach nur dem Gesetzgeber zustehen.“¹¹²

Fehlt eine gesetzliche Grundlage kann die Polizei nur gestützt auf die polizeiliche Generalklausel tätig werden.¹¹³ Darauf ist nachfolgend vertieft einzugehen.

II. Entwicklung der polizeilichen Generalklausel und erster Abschluss des Werdegangs

Der Begriff der polizeilichen Generalklausel in der Formel „generelle Polizeiklausel“ taucht wohl erstmals bei ZACCARIA GIACOMETTI¹¹⁴ auf.¹¹⁵ In der Sache ist das Thema im Bund¹¹⁶ und auch bei den Kantonen seit 1848 bekannt. Auch das Bundesgericht spricht bereits in Band 8 von „Nothverordnungsrecht“¹¹⁷. Und FRITZ FLEINER wirft in seinem berühmten Bundesstaatsrecht die Frage auf, ob die Verwaltungsbehörden ermächtigt sind, auch ohne besondere gesetzliche Grundlage dem Bürger Beschränkungen aufzuerlegen, wenn Rücksichten der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit dies rechtfertigen, um sie lapidar damit zu beantworten, dass „die Praxis [...] in der Schweiz diese Frage [bejaht]“¹¹⁸: „In der Schweiz hat die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit von jeher kraft Gewohnheitsrechts als oberste Aufgabe der leitenden Regierungsbehörden der Kantone und des Bundes gegolten, mag die Verfassung sie ihnen

¹⁰⁷ MERKL (Fn. 7), S. 249. Wohl ähnlich ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 175 f. („insofern wird aber das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nur noch formell, nicht mehr materiell gewahrt“ [S. 176]); ERWIN RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht. Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1951, S. 46.

¹⁰⁸ Vgl. MERKL (Fn. 7), S. 248. MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 11, bezeichnen diese Ermächtigungsnorm nun als „kleine Generalklausel“. Die kleine Generalklausel stellt kein Notfallinstrument dar, sondern lediglich die relativ unbestimmte generelle Handlungsgrundlage für die alltägliche Gefahrenabwehr.

¹⁰⁹ Zu einer Übersicht über die schwankende Rechtsprechung vgl. ROLF ROBERT DÜRR, Die polizeiliche Generalklausel, Zürich 1967, S. 92 ff. So auch noch in BGE 83 I 111, 115 E. 2b („Sonderbestimmung“).

¹¹⁰ Vgl. etwa BGE 22 I 997, 1003 ff. E. 2. (prägnant S. 1007); 57 I 266, 272, 274 f.; 60 I 108, 121 f. E. 3.

¹¹¹ BGE 22 I 997, 1007 E. 3.

¹¹² BGE 22 I 997, 1007 E. 3. Siehe auch BGE 57 I 266, 275; 83 I 111, 115 und 117 E. 2b bzw. 2c.

¹¹³ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 517; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 564 f.; MOOR (Fn. 57), S. 254, 337.

¹¹⁴ GIACOMETTI (Fn. 107), S. 176 bei Fn. 44.

¹¹⁵ MÜLLER/JENNI ([Fn. 8], S. 9) und DÜRR ([Fn. 109], S. 13) vertreten dabei die Ansicht, dass GIACOMETTI nur die positivrechtliche Generalermächtigung beschrieben habe. U.E. lässt sich durchaus auch die Auffassung vertreten, dass damit auch die ungeschriebene Norm darunter fällt, hat er doch wenige Zeilen später unter Verweis auf FRITZ FLEINER (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 321 [dazu sogleich im Text]) festgehalten, dass „auch ohne derartige formelle positivrechtliche Grundlage [...] nach der Praxis Verwaltungsbehörden kraft Gewohnheitsrecht zur Beschränkung der Freiheitsrechte ermächtigt [erscheinen], wenn die öffentliche Ordnung und Sicherheit ein Einschreiten erfordert“ (S. 176 bei Fn. 46). Insofern kann man von einer Gleichstellung der beiden Normen ausgehen.

¹¹⁶ Art. 90 Ziff. 10 BV 1848 (BBl 1849 I 3 ff.); siehe auch das Dringlichkeitsrecht nach Ziff. 11 (Truppen aufzubieten).

¹¹⁷ BGE 8 68, 73 E. 4.

¹¹⁸ FLEINER (Fn. 115), S. 321.

ausdrücklich übertragen oder als stillschweigende Zuständigkeit vorausgesetzt haben.“¹¹⁹ Auch das Bundesgericht spricht in mehreren Fällen von der primären Staatsaufgabe, von der elementaren polizeilichen Aufgabe oder etwa von den *devoirs élémentaires*.¹²⁰

Es zeigt sich, dass das Bundesgericht bereits früh mit Konstellationen, bei denen keine genügende generell-abstrakte Grundlage (Gesetz oder Verordnung)¹²¹ vorhanden war, konfrontiert wurde. Mangels einer positivierten generell-abstrakten Grundlage liess das Bundesgericht auch eine „ungeschriebene“ Grundlage zu.¹²² Allerdings war die Rechtsprechung bis 1957 – so nach der eingehenden Analyse von DÜRR – keineswegs einheitlich.¹²³ In der Lehre wurde die Zulässigkeit von Regelungen, welche sich auf keine generell-abstrakte Grundlage stützten und in die Grundrechte eingriffen, kontrovers, wohl aber – vor allem aufgrund der Missachtung der Gewaltenteilung – überwiegend kritisch beurteilt.¹²⁴ Den Begriff der „Polizeilichen Generalklausel“ verwendete das Bundesgericht erstmals in BGE 83 I 111, 117 E. 2c („allgemeine Polizeiklausel“).

In BGE 83 I 111 hat das Bundesgericht – so DÜRR¹²⁵ – eine erste Entwicklung der polizeilichen Generalklausel abgeschlossen sowie deren Anwendungsfeld und -voraussetzungen umschrieben. Es hat Folgendes festgehalten: „Notverordnungen dürfen jedoch nur erlassen werden, wenn es sich darum handelt, eine infolge bestimmter Ereignisse unmittelbar drohende Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit zu verhindern, der gegenüber der Erlass gesetzlicher Normen wegen der Langsamkeit der ordentlichen Gesetzgebung als Abwehrmittel versagen müsste [...]“.¹²⁶ Oder etwas kürzer formuliert bei der nachfolgenden Subsumtion: wenn eine „unmittelbar drohende Gefahr [...], die [...] auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung nicht rechtzeitig hätte[] abgewende[t werden] können“¹²⁷. Im Einzelnen lassen sich folgende Kriterien ausmachen: Die polizeiliche Generalklausel kommt nur dann zur Anwendung, wenn vorliegt:

- eine unmittelbar drohende Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit, und
- zeitliche Dringlichkeit, d.h., der normale gesetzliche Prozess kommt aufgrund seiner Langsamkeit zu spät, um die konkrete Gefahr abzuwehren.

Damit hat das Bundesgericht deutlich gemacht, dass nur eine Notsituation erlaubt, die ordentliche Staatsfunktionenaufteilung zu durchbrechen.¹²⁸ Zudem ist erforderlich, dass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nicht mehr genügend schnell die geeigneten Mittel bereitstellen kann, damit die drohende Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit abgewehrt werden kann.

¹¹⁹ FLEINER (Fn. 115), S. 321.

¹²⁰ Vgl. die Nachweise bei DÜRR (Fn. 109), S. 95.

¹²¹ GIACOMETTI (Fn. 107), S. 175.

¹²² Siehe oben Fn. 112

¹²³ Vgl. DÜRR (Fn. 109), S. 92 ff. zu den verschiedenen Rechtsprechungslinien.

¹²⁴ Dazu die Hinweise bei DÜRR (Fn. 109), S. 70 ff.

¹²⁵ DÜRR (Fn. 109), S. 99.

¹²⁶ BGE 83 I 111, 117 E 2c. Bereits ähnlich BGE 46 I 256, 260/1 E. 3; 57 I 266, 275 („[...] wenn es sich darum handelt, eine infolge bestimmter Ereignisse unmittelbar drohende Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu verhindern, der gegenüber der Erlass gesetzlicher Normen wegen der Langsamkeit des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens als Abwehrmittel versagen müsste“ mit Hinweis auf FLEINER [Fn. 115], S. 321).

¹²⁷ BGE 83 I 111, 117 E. 2c i.f.

¹²⁸ BGE 83 I 111, 118 E. 3.

III. Konkretisierung und Weiterentwicklung

In späteren Entscheiden hat das Bundesgericht die in BGE 83 I 111 herausgearbeiteten Kriterien konkretisiert, verfeinert und weiterentwickelt:

- Zunächst ist auf die Grundlage der polizeilichen Generalklausel einzugehen: In BGE 83 I 111, 117 E. 2c, hat das Bundesgericht festgehalten, dass die staatsrechtliche Praxis den Kantonsregierungen gestützt auf deren Polizeigewalt ein Notverordnungsrecht zuspricht. DÜRR hat daraus gefolgert, dass eine positive Bestimmung nur sekundäre und in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung habe. An primärer Stelle stehe der Regierungsrat und die – auf Verfassungsebene stehende – gewohnheitsrechtliche Generalklausel, für Ruhe und Ordnung zu sorgen. „Eine allfällige positive Verfassungsbestimmung [habe] nur bestätigende Funktion.“¹²⁹ Ob sich diese Auffassung tatsächlich aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid herauslesen lässt, kann in diesem Zusammenhang offenbleiben. In der Lehre wird grundsätzlich festgehalten, dass es sich bei der polizeilichen Generalklausel sowohl um einen geschriebenen als auch um einen ungeschriebenen Grundsatz handelt.¹³⁰
- In BGE 85 I 225 hat das Bundesgericht im Rahmen eines Bauprojekts in der Stadt Baden festgehalten, dass zwar der ständig wachsende Verkehr neue Aufgaben schaffe. „Sie stellen sich aber nicht plötzlich und unvermutet, sondern sind eine Folge der ständigen Zunahme der Motorfahrzeuge, die dem Gemeinwesen ermöglicht, auf dem gesetzlichen Weg die erforderlichen Massnahmen zu treffen.“¹³¹ Eine Bestätigung dieses Gedankens findet sich in BGE 88 I 173, 177 f. E. 2. Es handelt sich dabei allerdings noch nicht um ein eigenständiges Kriterium,¹³² sondern um eine Konkretisierung des Kriteriums der zeitlichen Dringlichkeit.¹³³ Schon beinahe als eigenständiges Kriterium taucht es dagegen in BGE 101 Ia 575, 578 ff. E. 3d i.f. auf.¹³⁴ Eine weitere Konkretisierung und die Hervorhebung als eigenständiges Kriterium erfolgen schliesslich in BGE 121 I 22, 28 E. 4b/aa, der auch unter dem Fall „Anouk Hasler“ bekannt geworden ist. Allerdings nimmt dieser Entscheid nicht auf die drei oben erwähnten Urteile Bezug, obwohl in den ersten beiden bereits das Element der Unvorhersehbarkeit der Gefahr angelegt ist bzw. im letzten dies ausdrücklich hervorgehoben wird, sondern auf die Literatur.¹³⁵ Seit diesem Entscheid gehört die folgende Formel zur Umschreibung der polizeilichen Generalklausel: „Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden“¹³⁶. Allerdings hat das Bundesgericht dieses Element nicht immer konsequent angewendet.

¹²⁹ DÜRR (Fn. 109), S. 102.

¹³⁰ Vgl. REINHARD (Fn. 16), S. 158; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 517; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 565 Rz. 2467.

¹³¹ BGE 85 I 225, 234 E. 2 i.f.

¹³² So auch MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 10. Siehe auch DÜRR (Fn. 109), S. 102 nach Fn. 16.

¹³³ In diese Richtung wohl auch DÜRR (Fn. 109), S. 102 nach Fn. 16.

¹³⁴ So versteht es zumindest der ehemalige Bundesrichter und Bundesgerichtspräsident ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, Bd. 1 und 2 (durchnummeriert), S. 86 unten.

¹³⁵ Zur Herkunft des Arguments aus der Literatur (Jörg Paul Müller) vgl. MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 16.

¹³⁶ Zuletzt Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1, in: ZBI 2010, S. 469 ff., 474; BGE 136 I 87, 91 E. 3.1 i.f.; 130 I 369, 381 E. 7.3.

- BGE 83 I 111 spricht – bei der Darstellung des anwendbaren Rechts – nur von einer unmittelbaren drohenden Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit.¹³⁷ In späteren Entscheiden erfolgt eine zweifache Ausdehnung. Das Bundesgericht führt das Kriterium der schweren Schädigung oder Gefährdung (*danger sérieux*;¹³⁸ *pericoli gravi*¹³⁹) zum einen nun konsequent auf; es hat zwar bereits früher teilweise von diesem Kriterium (*danger sérieux*)¹⁴⁰ gesprochen.¹⁴¹ Zum zweiten findet – soweit ersichtlich – erstmals in BGE 111 Ia 246, 248 E. 3a eine Konkretisierung der Rechtsgüter statt. Die polizeiliche Generalklausel erlaubt der Regierung „d’intervenir immédiatement face à un danger imminent pour l’Etat, les personnes et les biens, allant de troubles communs à des situations de guerre, de catastrophe ou de crise généralisée“. Im Entscheid Anouk Hasler wurde daraus – so muss gefolgert werden – schliesslich die heute¹⁴² immer noch gültige, allerdings nicht immer konsequent¹⁴³ verwendete Formel, „dass ohne sofortiges Handeln der Behörden *fundamentale* Rechtsgüter [...] gefährdet würden“¹⁴⁴. In BGE 111 Ia 246, 248 E. 3a wäre eigentlich die Richtung für die Bestimmung der Rechtsgüter vorgegeben gewesen, doch sind danach fundamentale Rechtsgüter auch weniger fundamental, wie etwa der Entscheid über die Bildungseinrichtung im Kanton Zürich zeigt (BGE 121 I 22).

IV. Formel des Bundesgerichts

Das Resultat dieser Rechtsprechungsentwicklung äussert sich in der folgenden Formel des Bundesgerichts:

*Die polizeiliche Generalklausel vermag nach Art. 36 Abs. 1 BV eine fehlende gesetzliche Grundlage zu ersetzen und – selbst schwerwiegende – Eingriffe in Grundrechte legitimieren, wenn und soweit die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, die unten den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln; diese müssen allerdings mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, vereinbar sein. Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden.*¹⁴⁵

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht in einem einzigen Fall ausgeführt, dass nur bei einem nicht schweren Fall sich der Eingriff auch auf die polizeiliche Generalklausel stützen dürfe.¹⁴⁶ Bei einem schweren

¹³⁷ In E. 3 – der eigentlichen Subsumtion – hat das Bundesgericht allerdings von einer ernsthaften, nicht anders abwendbaren Gefahr gesprochen. Im Übrigen ist dieser Wortlaut fast identisch mit dem 2000 in Kraft gesetzten Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV.

¹³⁸ Etwa BGE 88 I 173, 176 E. 2b; siehe auch BGE 111 Ia 246, 248 E. 3a („gravité [...] du danger“).

¹³⁹ Etwa BGE 100 Ia 144, 146 E. 4a.

¹⁴⁰ BGE 63 I 213, 222 E. 3.

¹⁴¹ Siehe auch die Hinweise bei DÜRR (Fn. 109), S. 106.

¹⁴² Siehe etwa Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1, in: ZBl 2010, S. 469 ff., 474.

¹⁴³ Z.B. BGE 128 I 327, 336 E 3.2.

¹⁴⁴ BGE 121 I 22, 28 E. 4b/aa (Hervorhebung A.Z. und C.E.).

¹⁴⁵ Z.B. BGE 126 I 112, 118 E. 4b; Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1, in: ZBl 2010, S. 469 ff., 474.

¹⁴⁶ Urteil 1P.32/2005 vom 11. Juli 2005.

Grundrechtseingriff in verfassungsmässige Individualrechte bedürfe es einer klaren ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. In nachfolgenden Entscheidungen wurde diese Auffassung nicht mehr vertreten.¹⁴⁷

Es lassen sich somit folgende fünf Voraussetzungen anführen, welche kumulativ erfüllt sein müssen, damit die polizeiliche Generalklausel angewendet werden kann:

- es muss sich um ein fundamentales Rechtsgut handeln;
- dieses Rechtsgut wird von einer schweren und unmittelbaren Gefahr beeinträchtigt;
- es ist zeitliche Dringlichkeit gefordert;
Bisweilen wird die zeitliche Dringlichkeit dem Kriterium der Gefahr zugeordnet.¹⁴⁸ Wie an diesem Kriterium festgestellt werden kann, stellt im Unterschied zu Deutschland die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz „ein Notfallinstrument mit *Ausnahmecharakter*“¹⁴⁹ dar.
- Es stehen keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr zur Verfügung.
- Die Gefahrenlage war für den Gesetzgeber atypisch und/oder unvorhersehbar.

Im Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009¹⁵⁰ hat das Bundesgericht bezüglich dieses Kriteriums folgende *Konkretisierung* vorgenommen:

„Das Bundesgericht verlangt zudem, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle zu beschränken sei; ihre Anrufung sei grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden [...]. Handelt es sich bei der Gefährdung um eine solche von Leib und Leben, somit um einen Fall ‚ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbaren Gefahr‘ (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV), ist dieses zusätzliche Kriterium indes nicht sachgerecht [...]. Ein Untätigsein des Gesetzgebers darf – wie vorliegendenfalls – dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil gereichen, zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen [...].“

Liegt somit eine Situation vor, bei der der Staat aufgrund seiner Schutzpflichten zum Handeln verpflichtet wäre, ist es nicht sachgerecht, das mit dem Entscheid Anouk Hasler geschaffene Kriterium zu verwenden. Bereits in BGE 126 I 112, 120 f. E. 5c hat das Bundesgericht im Ergebnis ähnlich entschieden – allerdings ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen.¹⁵¹

V. Einwendungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Literatur

Die dargestellte Rechtsprechung ist in verschiedenen Phasen kritisiert worden. Ein erster Schub erfolgte in den 1920er- und 1930er-Jahren.¹⁵² DÜRR hat zudem die Rechtsprechung¹⁵³ und Literatur¹⁵⁴ bis zum Jahre 1967 aufgearbeitet, einlässlich kommentiert und kritisiert.

¹⁴⁷ Vgl. 130 I 369, 381 E. 7.3; Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1, in: ZBl 2010, S. 469 ff., 474.

¹⁴⁸ Z.B. MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14; wohl auch REINHARD (Fn. 16), S. 160; JOST (Fn. 22), S. 119. In unserem Sinn etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 517; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 566.

¹⁴⁹ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 8, 18; siehe auch REINHARD (Fn. 16), S. 158 Fn. 68.

¹⁵⁰ ZBl 2010, S. 469 ff.

¹⁵¹ Zu diesem Entscheid MARKUS MÜLLER, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, ZBJV 2000, S. 725 ff.

¹⁵² Dazu die Zusammenfassung bei DÜRR (Fn. 109), S. 70 ff.

¹⁵³ Vgl. DÜRR (Fn. 109), S. 70 ff.

¹⁵⁴ Siehe Fn. 152.

Nachfolgend soll auf die Kritik der zeitgenössischen Literatur eingegangen werden, wobei die Lehrbücher kaum die bundesgerichtliche Rechtsprechung kritisieren.¹⁵⁵

In jüngerer Zeit hat vor allem MARKUS MÜLLER (teilweise zusammen mit CHRISTOPH JENNI) die Rechtsprechung des Bundesgerichts kritisiert:

- Anlass für eine erste Kritik bildete BGE 126 I 112 ff. Es ging dabei um einen jungen Mann, der an einer schizophrenen Psychose verbunden mit Polytoxikomanie litt und in die Psychiatrische Klinik Bern eingewiesen wurde. Er entwich, kehrte aber drei Tage später wieder freiwillig in die Klinik zurück. Einen Tag später wurde er isoliert und zwangsweise mit Medikamenten beruhigt, da er sich selbst und Dritte zu gefährden drohte. Strittig war vor Bundesgericht, ob dies während der ersten beiden Tagen verfassungsgemäss war. Mangels einer gesetzlichen Grundlage stützte sich die Klinik auf die polizeiliche Generalklausel. Das Bundesgericht erachtete die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel als heikel, handle es sich doch in diesen Fällen um typische Gefährdungslagen, welche einer gesetzlichen Regelung zugänglich seien.¹⁵⁶ Die Anwendbarkeit wurde schliesslich mit den besonderen Umständen begründet.

MÜLLER führt – im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – zunächst aus, dass die polizeiliche Generalklausel nur einen engen Anwendungsbereich habe, dieser sei deshalb auf atypische Gefährdungslagen eingeschränkt.¹⁵⁷ Mit dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid habe das Bundesgericht den Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel indes auf typische und daher voraussehbare Gefährdungslagen ausgedehnt.¹⁵⁸ Korrekterweise wäre diesfalls ein Entscheid der Legislative unter Berücksichtigung des Gewaltenteilungsgrundsatzes notwendig gewesen.¹⁵⁹ Durch die Ausdehnung des Geltungsbereiches der polizeilichen Generalklausel auf typische Gefährdungslagen drohten die Leitideen des Gesetzmässigkeitsprinzips unterlaufen zu werden. Selbst wenn gewisse Situationen praxisfern beurteilt würden, sei auf eine gewisse Strenge zu pochen.¹⁶⁰ Im Übrigen könnte das Psychiatriepersonal durchaus auch alternative, weniger schwere sowie weniger demütigende und kränkende Interventionen in Betracht ziehen. Allenfalls liesse sich die polizeiliche Generalklausel „als Ausweg in ‚Extremsituationen‘“¹⁶¹ heranziehen. Deren Grund liege in einem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund.¹⁶² Für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel wären „Konstellationen [vorausgesetzt], die ohne den Einsatz von Zwangsmassnahmen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer ernsthaften und schwerwiegenden Gefährdung von Menschen führen würden“¹⁶³.

¹⁵⁵ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 517; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 565 ff.; MOOR (Fn. 57), S. 83, 217, 254, 337 f.; GRISEL (Fn. 134), S. 86 f.

¹⁵⁶ BGE 126 I 112, 118 E. 4c.

¹⁵⁷ MÜLLER (Fn. 151), S. 735 (siehe insbesondere den Titel III.2.).

¹⁵⁸ MÜLLER (Fn. 151), S. 736 f.

¹⁵⁹ MÜLLER (Fn. 151), S. 736 ff.

¹⁶⁰ MÜLLER (Fn. 151), S. 740. In diesem Sinne auch MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, 62; *derselbe*, Beeinträchtigung von Grundrechten, in: Merten/Papier/Müller/Thürer, Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, § 208 N 69; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 80.

¹⁶¹ MÜLLER (Fn. 151), S. 740 (Titel).

¹⁶² MÜLLER (Fn. 151), S. 741.

¹⁶³ MÜLLER (Fn. 151), S. 742.

Der EGMR erachtete eine Beschwerde im oben dargestellten Fall (BGE 126 I 112 ff.) als unzulässig¹⁶⁴ (Fall *Schneiter c. Schweiz*).¹⁶⁵ In BGE 127 I 6, 18 E. 7a hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass der Kanton für die Behandlung von geisteskranken Personen eine gesetzliche Grundlage schaffen müsse; es hat somit nicht mehr die polizeiliche Generalklausel in Betracht gezogen.

- Anlass für eine weitere Auseinandersetzung bildet nach MÜLLER, nunmehr zusammen mit JENNI, die obgenannte¹⁶⁶ Formel des Bundesgerichts. „[D]ie einzelnen Voraussetzungen [seien] aus heutiger Optik kritisch zu hinterfragen“¹⁶⁷. Die polizeiliche Generalklausel sei „[e]in Institut mit Reformbedarf“¹⁶⁸; es bestehe m.a.W. ein Erneuerungsbedarf, habe doch die polizeiliche Generalklausel seine Konturen verloren, da sich sein Einsatz überwiegend nach pragmatischen Gesichtspunkten bestimme.¹⁶⁹ Die beiden Autoren richten dabei ihr Augenmerk vor allem auf das Element „fundamentales Rechtsgut“ sowie „echter, unvorhersehbarer Notfall“.¹⁷⁰
 - Zunächst werfen die beiden Autoren die Frage auf, ob das fundamentale Rechtsgut dem allgemeinen Polizeigut des Polizeirechts entspreche. Angesichts der begrifflichen Diffusheit sei es nicht verwunderlich, dass die polizeiliche Generalklausel selbst im Leistungsverwaltungsrecht¹⁷¹ zur Anwendung gekommen sei. Zur Lösung dieser Frage dürfe deshalb nicht allein auf die Rechtsprechung abgestellt werden, sondern es sei vom Zweck und von der Funktion der polizeilichen Generalklausel als Notfallinstrument auszugehen. Dies indiziere einen engen Polizeigutbegriff.¹⁷² Nach Auffassung der Autoren umfasse der Polizeigutbegriff der polizeilichen Generalklausel nur eine Teilmenge der üblichen Polizeigüter. „Dazu gehör[t]en Rechtsgüter, die für Private (Leib, Leben, Gesundheit) und für den Staat (innerer/äusserer Frieden, äussere Unabhängigkeit) von existentieller Bedeutung [seien].“¹⁷³ „Dem Staat [dürfe] durch die polizeiliche Generalklausel ein Interventionsrecht – oder besser: eine Interventionspflicht – nur im Fall qualifizierter Störungen und Gefahren zugestanden [werden].“¹⁷⁴
 - Die Schwere der Gefahr liege dann vor, wenn für das fundamentale Rechtsgut eine erhebliche Beeinträchtigung drohe. Diese könne sich entweder aufgrund der Intensität in sachlicher oder personeller Hinsicht ergeben.¹⁷⁵ Zeitlich unmittelbar sei eine Gefahr, wenn keine genügende Zeit mehr bestehe, eine hinreichende Rechtsgrundlage auf dem ordentlichen Rechtssetzungsweg zu erstellen.¹⁷⁶
 - Was das Kriterium des echten, unvorhersehbaren Notfalls betrifft, weisen die Autoren zunächst darauf hin, dass es sich – jedenfalls in dieser Klarheit – um eine junge Voraussetzung handle. Erst ein Entscheid aus dem Jahre 1995 hätte dem Gericht erlaubt, diesen Aspekt zu einem eigenständigen Kriterium auszubauen.¹⁷⁷

¹⁶⁴ Der EGMR beurteilte die Sache eigentlich materiell, d.h., er trat auf die Beschwerde ein und wies sie materiell begründet ab.

¹⁶⁵ VPB 2005 (69) Nr. 129.

¹⁶⁶ Siehe den Text bei Fn. 145.

¹⁶⁷ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 12.

¹⁶⁸ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 4 (Untertitel).

¹⁶⁹ So TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 518.

¹⁷⁰ In der Sache ähnlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 518 f.

¹⁷¹ BGE 121 I 22.

¹⁷² MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 13.

¹⁷³ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14.

¹⁷⁴ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14.

¹⁷⁵ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14.

¹⁷⁶ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14 f.

¹⁷⁷ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 15.

¹⁷⁸ In diesem Entscheid werde – mit Ausnahme eines nicht relevanten Entscheids – lediglich Literatur zitiert, in welcher sich indes auch kein Bekenntnis zur „atypischen und nicht erkennbaren Gefährdungslage“ als zusätzlichen Anwendungsvoraussetzung der polizeilichen Generalklausel finde.¹⁷⁹ Diesem Kriterium fehle zudem die Praxistauglichkeit. Es bestehe nämlich die „Gefahr, dass sich der Gesetzgeber genau um solche heikle[n] Entscheide drück[e] und auf diese Weise die Verantwortung in sensiblen Fragen der Rechtsanwendung über[lasse]“¹⁸⁰. Die fehlende Praxistauglichkeit zeige sich einmal darin, dass in der modernen Welt kaum noch etwas *nicht* vorhersehbar sei. Zum Zweiten frage sich, was zu geschehen habe, wenn eine schwere, unmittelbare, jedoch vorhersehbare Gefährdung eines fundamentalen Rechtsguts drohe, die Gesetzgebung aber keine Grundlage zu staatlichen Interventionen enthalte. Als Lösung schlagen die Autoren vor, entweder für Extremsituationen auf einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund abzustellen oder die Rechtsfigur der polizeilichen Generalklausel zu reformieren.¹⁸¹ „Deren Anwendung [sei] noch eindeutiger auf wirklich fundamentale Rechtsgüter einzuschränken und, vor allem: die Unvorhersehbarkeit der Gefahr [sei] als Anwendungsvoraussetzung ersatzlos fallen zu lassen.“¹⁸²

Am 8. Oktober 2009 hat der EGMR in der Sache *Gsell c. Schweiz* (requête no 12675/05), dem der BGE 130 I 369 (WEF: Verweigerung der Weiterreise eines Journalisten nach Davos) zugrunde liegt, u.a. – allerdings ohne im Einzelnen darauf einzugehen¹⁸³ – das Kriterium des echten, unvorhersehbaren Notfalls akzeptiert, im zu beurteilenden Fall dessen Anwendbarkeit indessen verneint, da die Ereignisse vorhersehbar und sich wiederholend gewesen seien (E. 56 ff.).

Der bereits mehrfach erwähnte Bundesgerichtsentscheid 2C_166/2009 vom 30. November 2009 (Euthanasie eines Hundes)¹⁸⁴, worin das Bundesgericht u.a. das Kriterium des echten, unvorhersehbaren Notfalls *konkretisiert* und festgehalten hat, dass dieses bei Gefährdungen von Leib und Leben nicht sachgerecht sei und ein Untätigsein des Gesetzgebers dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil gereichen dürfe (E. 2.3.2.1), bildete wiederum Anlass für negative, aber auch für positive Kritik:¹⁸⁵

- MOHLER konstatiert, dass die erwähnte Passage in E. 2.3.2.1 „eine wesentliche Praxisänderung“ darstelle, „was angesichts des hier relevierten EGMR-Urteils erstaun[e]“¹⁸⁶. Zudem stünde dieser Entscheid auch in Widerspruch zu BGE 136 I 87,

¹⁷⁸ Wie wir bereits oben festgehalten haben, ist dieses Kriterium allerdings in drei Entscheiden über mehrere Jahre entwickelt worden. Schon beinahe als eigenständiges Kriterium taucht es in BGE 101 Ia 575, 578 ff. E. 3d i.f. auf.

¹⁷⁹ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 16.

¹⁸⁰ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 17.

¹⁸¹ MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 17 f.

¹⁸² MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 18.

¹⁸³ MARKUS H.F. MOHLER, Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, jusletter vom 11. Januar 2010, Rz. 14, geht u.E. zu weit, wenn er die Auffassung vertritt, dass nach dem Entscheid des EGMR in der Sache *Gsell c. Schweiz* ein ersatzloser Verzicht auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit der Gefahr völkerrechtlich fraglich sein dürfte. Der EGMR hat sich erstens mit dem besagten Kriterium nicht auseinandergesetzt und zweitens das Bundesgericht lediglich auf die korrekte Anwendung seiner bisherigen Praxis verpflichtet (so auch MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, *Notrecht ...* abermals zur polizeilichen Generalklausel, *Sicherheit&Recht* 2010, S. 101 ff., 103).

¹⁸⁴ ZBl 2010, S. 469 ff.

¹⁸⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17) rezipieren lediglich diesen Punkt des Entscheids ohne eigentliche Stellungnahme (S. 566, Rz. 2470).

¹⁸⁶ MOHLER (Fn. 183), Rz. 22.

91 E. 3.1.¹⁸⁷ Mit dem Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 sei die durch das EGMR-Urteil geschaffene Klarheit wieder einer Rechtsunsicherheit gewichen.¹⁸⁸

- MÜLLER/JENNI¹⁸⁹ begrüssen in ihrem zweiten Artikel die Konkretisierung der Vorhersehbarkeit im Hundeeuthanasiefall. „Die Stossrichtung erschein[e] nach der hier vertretenen Ansicht aber richtig; der Entscheid rück[e] die ausschlaggebende Frage ins Zentrum: Ist ein fundamentales Rechtsgut in dermassen intensiver Weise bedroht, dass sofortiges Handeln unabdingbar erscheint?“
- Auch AUGUST MÄCHLER äussert sich in seiner Bemerkung zum Entscheid 2C_166/2009 vom 30. November 2009 positiv zur Konkretisierung.¹⁹⁰

E. Auseinandersetzung mit der Literatur und den bundesgerichtlichen Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel

1927 hat ADOLF JULIUS MERKL im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum Polizeibegriff festgehalten, dass alle juristische Begriffsbildung vom positiven Recht ihren Ausgang nehmen, ihren Anstoss empfangen müsse. Das Verfahren der Polizeitheorie sei jedoch gerade umgekehrt.¹⁹¹ Diese Bemerkungen berücksichtigend, wollen wir uns nunmehr an das positive Recht halten.

I. Ermächtigungsgrundlage oder materiell-rechtliche Grundlage

Nach allgemeinem Verständnis und der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichts erlaubt die polizeiliche Generalklausel, dass der Staat in speziellen Situationen ohne gesetzliche Grundlage handelt. Der Begriff der polizeilichen Generalklausel selbst findet sich nicht in der geschriebenen Bundesverfassung, der Sache nach¹⁹² auf Bundesebene indes in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV bzw. in Art. 185 Abs. 3 BV.¹⁹³ Die beiden Bestimmungen regeln allerdings Unterschiedliches. Art. 185 Abs. 3 BV ist eine Ermächtigungsnorm, um Verordnungen oder Verfügungen zu erlassen. Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV hat dagegen eher den materiellen Inhalt zum Gegenstand. Diese Uneindeutigkeit zeigt sich auch in der Literatur: So schreiben etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Folgendes: „Die polizeiliche Generalklausel *ermächtigt* die zuständige Behörde, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu treffen, um [einen gewissen Zweck zu verfolgen]“¹⁹⁴. Nach diesen Autoren stellt die polizeiliche Generalklausel also eine Ermächtigungsnorm dar. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER verweben dagegen beide Gehalte, betonen aber eher den materiellen: „Aufgrund der polizeilichen Generalklausel ist die Polizei ermächtigt, unter bestimmten Umständen auch ohne besondere gesetzliche Grundlage tätig zu werden. Die polizeiliche Generalklausel wirkt in diesen Situationen als *Surrogat* der gesetzlichen

¹⁸⁷ Siehe Fn. 186.

¹⁸⁸ Vgl. MOHLER (Fn. 183), Rz. 22.

¹⁸⁹ MÜLLER/JENNI (Fn. 183), S. 104.

¹⁹⁰ ZBl 2010, S. 476.

¹⁹¹ Vgl. MERKL (Fn. 7), S. 247.

¹⁹² Siehe etwa Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1996 I 1 ff., 132, 167, 169, 195, 288; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 517; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 565 Rz. 2467; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 1207 ff.; siehe auch ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, deuxième édition, Berne 2006, Rz. 206.

¹⁹³ Kantonale Verfassungen (z.B. Art. 125 der Verfassung vom 14. April 2003 des Kantons Waadt [SR 131.231] [„Clause générale de police“]) oder Polizeigesetze (z.B. Art. 22 des Polizeigesetzes vom 8. Juni 1997 des Kantons Bern) enthalten dagegen teilweise den Begriff.

¹⁹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), S. 565 Rz. 2467 (Hervorhebung durch A.Z. und C.E.).

Grundlage [...].“¹⁹⁵ D.h. die polizeiliche Generalklausel bildet somit selbst die gesetzliche Grundlage, gestützt auf die die Polizei die notwendigen Massnahmen erlässt.

Jede vollständige Norm weist sowohl ein Ermächtigungselement als auch ein materielles Element auf, denn es muss klar sein, *wer* für *was* zuständig ist. Wenn etwa ein Gesuch für die Erstellung einer Baute eingereicht wird, müssen die Zuständigkeit einerseits und die Bewilligungsvoraussetzungen andererseits normiert sein. Die polizeiliche Generalklausel regelt nur die Zuständigkeitsfrage genügend klar – wie bereits MERKL und GIACOMETTI konstatiert haben.¹⁹⁶ Das materielle Element, also für welche Gefährdungslage welche Massnahmen zu ergreifen sind, ist nur rudimentär und unbestimmt ausgebildet. Trotzdem stellt diese materiell wenig aussagekräftige Formel die materielle Grundlage für Polizeinotverfügungen einerseits oder für Polizeinotverordnungen andererseits dar. Auch im Spezialpolizeirecht¹⁹⁷ oder bei der sogenannten kleinen Generalklausel¹⁹⁸ finden sich teilweise sehr offene Regelungen. Die materielle Offenheit der polizeilichen Generalklausel ändert indes nichts am Umstand, dass diese Schranken aufweist und im Einzelfall deren Einhaltung überprüft wird.

II. Zu den bundesgerichtlichen Anwendungsvoraussetzungen

1. *Echte und unvorhersehbare Notfälle sowie fundamentales Rechtsgut*

Das Handeln der Verwaltungsbehörde bedarf einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Die Schaffung dieser Grundlage ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers. Dabei ist Rechtssetzung ein politischer Prozess, der dem Gesetzgeber einen grossen Spielraum belässt. Der Verfassungsgeber überbürdet bzw. überantwortet dem Gesetzgeber – als Konsequenz einer Gewaltenteilung¹⁹⁹ zwischen Verfassungs- und Gesetzgeber – diese Aufgabe.²⁰⁰ Dem Gesetzgeber ist es deshalb *grundsätzlich* überlassen, eine Aufgabe zu regeln bzw. nicht zu regeln. Die Bundesverfassung gibt dem Gesetzgeber zunächst *formale* Kriterien an die Hand. Ob der Gesetzgeber ein Rechtssetzungsgeschäft auf die lange Bank schiebt, ob er in der Gesetzesberatung ausdrücklich festhält, dass dieses Geschäft keiner gesetzlichen Regelung bedarf und das Geschäft demzufolge zurückgezogen, abgewiesen oder nicht darauf eingetreten wird, oder ob er tatsächlich eine Regelung erlässt, steht deshalb in seinem Ermessen. Er hat die verschiedenen Interessen eruiert, gewichtet und gegeneinander abgewogen und darauf basierend seinen Entscheid gefällt. Insoweit ist die Auffassung des Bundesgerichts, den Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle zu beschränken bzw. ihre Anrufung auszuschliessen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden, die logische Konsequenz des Vorrangs des Gesetzgebers vor der Verwaltung.²⁰¹ Es ist zudem nichts anderes als das, was in Art. 5 Abs. 1 BV normiert ist: Recht ist Grundlage für das Handeln der Verwaltung; fehlt es, bildet es auch keine Grundlage; Handlungen sind

¹⁹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 20), S. 517 Rz. 4.

¹⁹⁶ Siehe Fn. 107.

¹⁹⁷ Siehe etwa Art. 10 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18. Dezember 1970 (SR 818.101) und dazu BGE 131 II 670, 676 E. 3.1.

¹⁹⁸ Siehe Fn. 108.

¹⁹⁹ Vgl. WERNER KÄGI, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Rausch (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, Darmstadt 1969, S. 286 ff., 304.

²⁰⁰ Vgl. GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, S. 44 f.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, S. 114.

²⁰¹ In diesem Sinne wohl auch MÜLLER (Fn. 151), S. 736 ff. und letztlich auch der EGMR in der Sache Gsell c. Schweiz (requête no 12675/05).

grundsätzlich zu unterlassen. Insofern kann es sich daher ergeben, dass eben auch typische Gefährdungslagen nicht geregelt sind und daraus auch selbstgeschaffene Notlagen resultieren. Der Verfassungsgeber verlangt allerdings vom Gesetzgeber durchaus auch die Einhaltung von Pflichten und setzt diesem Begrenzungen. Rechtssetzung und Nichtrechtssetzung dürfen gewisse materielle Aspekte nicht verletzen.²⁰² Dazu gehören u.a. Grundrechte. Einer möglichen Verletzung der Grundrechte ist im Rahmen von Art. 36 BV einerseits und Art. 35 BV andererseits entgegenzuwirken. Vorliegend interessiert vor allem die Situation, wenn der Gesetzgeber – aus welchen Gründen auch immer – keine Regelung getroffen hat. Unterlässt dieser also eine Regelung und werden dadurch Grundrechtspositionen Dritter gefährdet oder verletzt, wird sein gesetzgeberischer Ermessensspielraum durch staatliche Schutzpflichten beschränkt.²⁰³ Zum Schutz dieser Grundrechtspositionen muss – unter Vorbehalt von weiteren Kriterien – die Polizei somit die polizeiliche Generalklausel anrufen können, die die materielle Regelung surrogiert. Überträgt man diese Wertung auf schützenswerte staatliche grundlegende Positionen (Art. 185 Abs. 3 BV), für deren Schutz es keine gesetzliche Grundlage gibt, ergibt sich, dass auch in diesem Bereich nur Güter von existentieller²⁰⁴ Bedeutung darunter fallen. Daraus lässt sich folgern: Die polizeiliche Generalklausel kann demzufolge nicht zum Schutz aller Polizeigüter, sondern – wie das Bundesgericht in langer Tradition festhält – nur zum Schutz fundamentaler Rechtsgüter angerufen werden.²⁰⁵ Zudem können bzw. müssen eben auch typische Gefährdungslagen, welche eigentlich einer gesetzlichen Regelung bedürften, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel behandelt werden, wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind. So lässt das Bundesgericht mit seiner die „echten Notfälle“ betreffenden Formel zur polizeilichen Generalklausel, wonach „ihre Anrufung [*nur*] *grundsätzlich* ausgeschlossen [*ist*], wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden“²⁰⁶, gerade für solche Konstellationen die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel zu.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Schutz der Polizeigüter vor Gefahren zu regeln. An den Entscheid des Gesetzgebers ist die Verwaltung gebunden, allerdings nur solange als nicht fundamentale Rechtsgüter betroffen sind, welche sich aus den materiellen Grundpositionen der Verfassung ergeben, und die anderen Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel zutreffen.

2. *Schwere und unmittelbare Gefahr, zeitliche Dringlichkeit*

Nach Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV kann von einer gesetzlichen Grundlage nur abgesehen werden, in Fällen „ernster, unmittelbarer [...] Gefahr“. Auch Art. 185 Abs. 3 BV²⁰⁷ spricht von „eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen“. Damit die polizeiliche Generalklausel somit zulässigerweise angewendet werden kann, verlangen die Verfassung sowie im Einklang mit ihr das Bundesgericht und die Lehre eine schwere und unmittelbare Gefahr, deren Abwehr dringlich ist. Zu Recht! Bildet dies doch – und nicht das „fundamentale Rechtsgut“ – überhaupt das *wesentliche* Element, um die Anwendbarkeit der polizeilichen

²⁰² Zu diesen Elementen vgl. TSCHANNEN (Fn. 200), S. 88 f.

²⁰³ Dazu etwa RHINOW/SCHÄFER (Fn. 192), S. 235 f.

²⁰⁴ So auch MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14.

²⁰⁵ In diesem Sinne auch MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14.

²⁰⁶ BGE 126 I 112, 118 E. 4b; Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1 (Hervorhebung A.Z. und C.E.), in: ZBI 2010, S. 469 ff., 474.

²⁰⁷ Siehe auch Art. 173 Abs. 1 lit. c i.V.m. lit. a und b (dazu und zu Art. 185 Abs. 3 BV MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBI 2010, S. 409 ff., 415 ff., 417 ff., 421, 437 f.).

Generalklausel zu rechtfertigen, um also normale – d.h. weniger „schwerwiegende“ – polizeiliche Gefahren von der Anwendung der polizeilichen Generalklausel auszuschliessen.

Wie wir bereits ausgeführt haben, ist die Gefahr eine Lage, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an den polizeilichen Schutzgütern führt. Die Gefahr repräsentiert eine Funktion aus zwei Elementen: einerseits aus der Eintrittswahrscheinlichkeit, andererseits aus dem Schaden. Hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit verlangt die polizeiliche Generalklausel, dass der Schaden mit einer hohen Wahrscheinlichkeit eintritt. Der Schaden steht „unmittelbar“ bevor. In gewissen Fällen – vor allem im Bereich von Verordnungen oder von Massenprodukten²⁰⁸ – ist zudem auch eine Prognose über die Häufigkeit der Eintrittswahrscheinlichkeit anzustellen. Diese kann sich somit nicht nur aus qualitativen, sondern auch aus quantitativen Elementen ergeben. Zum zweiten ist der mögliche Schaden für die fundamentalen Rechtsgüter zu eruieren. Die so ermittelte Gefahr muss ernst (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV), schwer (Art. 185 Abs. 3 BV) sein,²⁰⁹ d.h. sie muss in beträchtlicher Masse über das normale Mass der Gefahr hinausgehen. Die Anrufung der polizeilichen Generalklausel ist nur ausnahmsweise zulässig, was ja auch durch deren Verfassungsrang implizit manifestiert wird. D.h. selbst Gefahren für fundamentale Rechtsgüter können nicht in jedem Fall gestützt auf die polizeiliche Generalklausel abgewehrt werden, sondern nur dann, wenn die Gefahr ernst bzw. schwer ist.

Eine Gefahrenabwehr der ernstesten und unmittelbaren Gefahr gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ist ferner nur dann zulässig, wenn zeitliche Dringlichkeit gegeben ist. Die zeitliche Dringlichkeit hängt nur mittelbar mit der „Unmittelbarkeit der Gefahr“ zusammen.²¹⁰ Während die Unmittelbarkeit auf die Eintrittswahrscheinlichkeit der Gefahr Bezug nimmt, fokussiert die zeitliche Dringlichkeit auf die Abwehrmassnahmen. Diese sind zeitlich dringlich gefordert. Niemand hat dies bereits früh schöner und klarer festgehalten als das Bundesgericht im mehrfach zitierten BGE 83 I 111, 117 E. 2c²¹¹: „der Erlass gesetzlicher Normen [müsste] wegen der Langsamkeit der ordentlichen Gesetzgebung als Abwehrmittel versagen“; die Polizei käme zu spät, wenn der Rechtssetzungsprozess abgewartet werden müsste.

3. *Fehlen wirksamer gesetzlich vorgesehener Massnahmen*

Entsprechend Art. 5 Abs. 1 BV sind Massnahmen, welche sich auf die polizeiliche Generalklausel stützen, subsidiär. Positivierte Massnahmen gehen vor. So verlangt auch das Bundesgericht in seiner Formulierung, dass keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr zur Verfügung stehen²¹² oder dass die Gefahren unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln.²¹³

Was das Spezialpolizeirecht betrifft, so ist zu unterscheiden:

²⁰⁸ Zu einer positiv-rechtlichen Lösung siehe etwa Art. 10 Abs. 3 Bst. d (unmittelbare und ernste Gefahr) PrSG (Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit [SR 930.11]) und seine Vorgängerregelung Art. 11 Abs. 2 Satz 2 STEG (AS 1977 2370; aufgehoben durch Art. 20 Abs. 1 PrSG); siehe auch Art. 19 Abs. 2 und 3 THG (Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse [SR 946.51]).

²⁰⁹ Siehe auch die Begriffsverwendung der in Fn. 208 erwähnten Erlasse.

²¹⁰ Zu wenig differenziert MÜLLER/JENNI (Fn. 8), S. 14.

²¹¹ Siehe auch BGE 57 I 266, 275.

²¹² BGE 121 I 22, 28 E. 4b/bb.

²¹³ BGE 126 I 112, 118 E. 4b; Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1, in: ZBl 2010, S. 469 ff., 474.

- Sind die speziellen Gefährdungen abschliessend geregelt, so können keine Massnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel verfügt bzw. verordnet werden, es sei denn die gesetzlichen Massnahmen seien ungeeignet.
- Für Bereiche, welche nicht vom Spezialgesetz geregelt werden, kann die polizeiliche Generalklausel angerufen werden, wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind.²¹⁴

4. *Fazit*

Die für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel vom Bundesgericht entwickelten Voraussetzungen haben trotz aller Kritik nach wie vor ihre Berechtigung. Allerdings ist die fünfte Voraussetzung, wonach der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt ist, als erste Voraussetzung und im Zusammenhang mit dem zu schützenden Rechtsgut zu lesen. Die beiden Voraussetzungen bedingen sich gegenseitig. Mit dem ersten Element (Unvorhersehbarkeit) wird dem Vorrang des Gesetzgebers (Demokratieprinzip), mit dem zweiten (fundamentales Rechtsgut) dagegen dem materiellen Rechtsstaat Rechnung getragen. Konsequenterweise ist zudem auf die Schwere und Unmittelbarkeit der Gefahr sowie auf die zeitliche Dringlichkeit der zu ergreifenden Massnahmen zu achten.

²¹⁴ Vgl. Urteil 1A.30/2006 vom 10. Oktober 2006 E. 3.8 i.f., in: ZBl 2007, S. 511 ff.