

LBR
116

Luzerner Beiträge zur
Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Jörg Schmid

Aktuell vergeht kein Tag, an dem die Polizei nicht Gegenstand einer Mediens Schlagzeile ist. Etwa aufgrund der terroristischen Ereignisse der letzten Jahre scheint sich das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung zu ändern: Der Ruf nach mehr Sicherheit, nach mehr Prävention wird stärker. Mit den intensiveren Schutzbemühungen mehren sich Eingriffe des Staates in die Freiheitsrechte der Bürger, und die Macht der Polizeibehörden wird grösser. Wo Macht besteht, existiert auch das Risiko, dass diese missbraucht wird, weshalb die polizeilichen Befugnisse beschränkt und reguliert werden müssen. Diese Arbeit analysiert eingehend den Begriff der Polizei, ihre Aufgaben sowie Massnahmen und untersucht die Grenzen ihrer Tätigkeit sowie die Staatshaftung. Dabei werden die einschlägigen Rechtsgrundlagen auf allen föderativen Ebenen umfassend dargelegt.

Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung

Magnin



Josianne Magnin

Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung

Band 116



www.schulthess.com

Schulthess

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Band 116

Luzerner Dissertation bei Prof. Dr. iur. Bernhard Rütsche

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 116

Josianne Magnin

Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7683-8

www.schulthess.com

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde im November 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern angenommen. Das Manuskript habe ich Ende April 2016 abgeschlossen, Lehre und Rechtsprechung wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Für das Gelingen meiner Dissertation haben verschiedene Personen aus dem akademischen Bereich, der (Polizei-)Praxis sowie meinem persönlichen Umfeld beigetragen. Mein Dank gebührt insbesondere:

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Bernhard Rütscbe, welcher sich mit meinen Ideen auseinandergesetzt und mir zu diesen hilfreiche Kritik sowie wertvolle Anregungen gegeben hat.

Prof. Dr. Walter Fellmann, mit welchem ich in fachlicher Hinsicht – insbesondere in Bezug auf das Haftpflichtrecht – zahlreiche spannende und unterstützende Diskussionen führen konnte, der mir während meiner Assistenzzeit an der Uni aber auch als Arbeitgeber ausreichend Flexibilität und Freiraum zugestand, damit ich effizient an meiner Dissertation arbeiten konnte.

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer, Spezialist fürs Polizei- und Sicherheitsrecht, für die interessanten Gespräche im Rahmen von Prüfungsbeisitzten.

Was wäre eine Arbeit über die Polizei, ohne vom Polizeialltag eine Ahnung zu haben? Ich wurde mehrmals positiv überrascht, wie offen vor allem die Aargauer Kantonspolizei gegenüber meinen zahlreichen Fragen war. Hptm André Zumsteg nahm sich gar mehrmals persönlich Zeit, um mit mir über verschiedene Aspekte der Polizeiarbeit zu diskutieren und mir in verschiedene Abteilungen der Kantonspolizei einen Einblick zu geben. Auch andere Sicherheitskräfte, primär Polizei- und Militärangehörige, zeigten sich sehr hilfsbereit und interessiert, was die Arbeit an meiner Dissertation enorm bereicherte.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass das Schreiben einer Dissertation nicht immer gute Laune macht. Mein Partner aber hat die schlechten Tage nachsichtig hingenommen, mich stets unterstützt und mir Mut zugesprochen. Zudem hat er sich während unzähligen Stunden am Esstisch oder auf unseren langen Wanderungen mit grosser Geduld meine aktuellen Problemstellungen und zugehörigen Lösungsideen angehört und dabei erfolgreich so getan, als fände er alles spannend und einleuchtend. Der grösste Dank richtet sich deshalb an ihn – für die wertvollste, nämlich die moralische Unterstützung.

Lenzburg, im Dezember 2016

Josianne Magnin

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXIX
Materialienverzeichnis	LIX
Einleitung	1
1. Teil: Begriff der Polizei, ihre Aufgaben und Massnahmen	5
1. Kapitel: Der Begriff der Polizei	5
2. Kapitel: Sicherheitspolizeiliche Aufgaben	34
3. Kapitel: Sicherheitspolizeiliche Massnahmen	122
4. Kapitel: Schlussbetrachtung: Notwendigkeit, Macht der Sicherheitsbehörden zu beschränken	182
2. Teil: Rechtsstaatliche Grenzen sicherheitspolizeilicher Tätigkeit	185
1. Kapitel: Einleitung	185
2. Kapitel: Rechtsstaatliche Grundsätze als Grenze für das sicherheitspolizeiliche Handeln	187
3. Kapitel: Grundrechte als Grenze für das sicherheitspolizeiliche Handeln	232
4. Kapitel: Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte	269
3. Teil: Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte	279
1. Kapitel: Einleitung	279
2. Kapitel: Rechtsgrundlagen der Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte	292
3. Kapitel: Voraussetzungen der Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte	382
4. Kapitel: Schlussbetrachtung und Exkurs: Allgemeiner Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte	451
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	461
Sachregister	469

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXIX
Materialienverzeichnis	LIX
Einleitung	1
1. Teil: Begriff der Polizei, ihre Aufgaben und Massnahmen	5
1. Kapitel: Der Begriff der Polizei	5
<i>I. Einleitung</i>	5
<i>II. Historische Entwicklung des Polizeibegriffs</i>	7
<i>III. Unterschiedliche Definitionen des Polizeibegriffs</i>	10
1. Institutioneller Polizeibegriff	10
A) Definition	10
B) Ausdehnung auf die Polizei i.w.S.?	11
C) Fazit	13
2. Materieller Polizeibegriff	14
A) Definition	14
B) Beschränkung auf die konkrete Gefahrenabwehr?	15
C) Fazit	17
3. Formeller Polizeibegriff	18
4. Weitere Polizeibegriffe	20
A) Einleitung	20
B) Sicherheitspolizei	20
a) Sicherheitspolizei im materiellen Sinn	20
b) Sicherheitspolizei im institutionellen Sinn	21
c) Fazit	25
C) Verkehrspolizei	26
D) Kriminalpolizei	27
E) Verwaltungs- und Sonderpolizei	30
<i>IV. Fazit: Enges Verständnis des Polizeibegriffs</i>	31

2. Kapitel: Sicherheitspolizeiliche Aufgaben	34
<i>I. Einleitung</i>	34
<i>II. Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung</i>	35
1. Sicherheit als umfassender Begriff	35
A) Sicherheit als Idee der Abwesenheit von Risiken	35
a) Mehrdeutigkeit des Sicherheitsbegriffs	35
b) Objektive Risikoeinschätzung	37
c) Subjektive Risikoeinschätzung	38
d) Fazit	41
B) Umfassende Sicherheitspolitik im 21. Jahrhundert	41
a) Umfassender Sicherheitsbegriff der BV	41
b) Eingeschränkter Zuständigkeitsbereich der Polizei	43
2. Öffentliche Sicherheit und Ordnung als Teilaspekt einer umfassenden Sicherheit	44
A) Innere Sicherheit als eingeschränkter Sicherheitsbegriff	44
B) Öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung als Rechtsbegriffe	46
a) Mehrdeutigkeit der Begriffe «öffentliche Sicherheit und (öffentliche) Ordnung»	46
aa) Unterschiedliche Begriffsverwendung	46
bb) Verwendung als Oberbegriff und Platzhalter	47
cc) Fazit	49
b) Öffentliche Sicherheit	49
aa) Schutz des Staates sowie der staatlichen Institutionen	49
bb) Schutz der Rechtsgüter des Einzelnen	50
cc) Unverletzlichkeit der (gesamten) objektiven Rechtsordnung	52
dd) Fazit: Definition der öffentlichen Sicherheit	54
c) Öffentliche Ordnung	54
aa) Unterschiedliche Begriffsverwendung	54
bb) Definition der öffentlichen Ordnung	55
cc) Fazit: Verzicht auf den Begriff der öffentlichen Ordnung	56
C) Die sicherheitspolizeilichen Schutzgüter als Teilaspekt der öffentlichen Sicherheit	57
a) Einordnung und Definition der polizeilichen Schutzgüter	57
b) Restriktive Voraussetzungen für die Annahme sicherheitspolizeilicher Schutzgüter	58
aa) Notwendigkeit der Einschränkung sicherheitspolizeilicher Schutzgüter	58
bb) Voraussetzung der Gefahr bzw. Störung	59
cc) Subsidiarität der Gefahrenabwehr durch die Polizei	59

c)	Frage nach einem Numerus clausus (sicherheits)polizeilicher Schutzgüter	62
d)	Fazit	64
3.	Spannungslage zwischen Sicherheit und Freiheit des Einzelnen	65
A)	Wahrung der Sicherheit und Freiheit als Staatszweck	65
B)	Brisante Spannungslage bzw. fruchtbare Polarität	66
C)	Wachsendes Sicherheitsbedürfnis	67
III.	<i>Begriff der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung</i>	69
1.	Einordnung und Definition des Gefahrenbegriffs	69
2.	Vorbeugung gegen abstrakte Gefahren	70
3.	Schutz vor konkreten Gefahren und Störungen	71
A)	Einleitung	71
B)	Schaden für die öffentliche Sicherheit	72
C)	Hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts	73
4.	Überwachungsmassnahmen zwischen Gefahrenvorsorge und -abwehr	75
5.	Fazit	77
IV.	<i>Sicherheitspolizeiliche Aufgaben in der föderalistischen Schweiz</i>	78
1.	Kompetenzverteilung im Polizeirecht	78
2.	Sicherheitspolizeiliche Aufgaben auf Bundesebene	80
A)	Kompetenzgrundlagen des Bundes	80
a)	Beschränkte Zuständigkeit im Bereich der inneren Sicherheit	80
b)	Koordinationsauftrag (Art. 57 Abs. 2 BV)	81
c)	Explizite Kompetenzgrundlagen	82
d)	Implizite Kompetenzgrundlagen	82
e)	Auswärtige Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1 BV)	84
f)	Letztverantwortung des Bundes (Art. 52 BV)	85
B)	Sicherheitspolizeiliche Aufgaben und Organe des Bundes	86
a)	Vielzahl von sicherheitspolizeilichen Organen	86
b)	Sicherheitspolizeiliche Aufgaben der Armee	86
c)	Analyse der Bedrohungslage	87
d)	Völkerrechtliche Schutzpflichten sowie Schutz der eigenen Existenz	88
e)	Schutz der Sicherheit in der Zivilluftfahrt	89
f)	Schutz der Sicherheit im öffentlichen Verkehr	89
g)	Sicherheitspolizeiliche Aufgaben des Grenzwachtkorps	90
h)	Schutzpflichten bei ausserordentlichen Bedrohungslagen	91
i)	Koordinationspflichten	92
C)	Kritik an den Grundlagen des Bundes für ein sicherheitspolizeiliches Tätigwerden	92
a)	Mangelhafte Bestimmtheit der Kompetenzgrundlagen	92

b)	Ausdehnung von Bundeskompetenzen	93
c)	Gestörte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	94
d)	Notwendigkeit einer Überarbeitung des Polizeirecht des Bundes	95
3.	Sicherheitspolizeiliche Aufgaben auf kantonaler Ebene	97
A)	Kantonale Polizeihochheit und Vollzug von Bundesrecht	97
B)	Kantonale Souveränität und kommunale Aufgaben	98
C)	Kategorien polizeilicher Aufgaben auf kantonaler Ebene	101
4.	Sicherheit durch Kooperation	103
A)	Sicherheit als Verbundaufgabe	103
B)	Koordination zwischen den Kantonen	105
a)	Koordination durch Konkordate	105
b)	Interkantonale Institutionen	105
c)	Harmonisierung des Rechts	108
d)	Fazit	108
C)	Koordination zwischen Bund und den Kantonen	109
a)	Zahlreiche Schnittstellen	109
b)	Kantonale Polizeikorps und die Armee	110
c)	Kantonale Polizeikorps und das Grenzwachtkorps	112
d)	Kantonale Polizeikorps und die Transportpolizei der SBB	113
D)	Internationale Koordination	113
E)	Koordination zwischen staatlichen und privaten Akteuren	115
5.	Lücken und Verbesserungspotential in der Schweizer Sicherheitsarchitektur	116
V.	<i>Fazit: Mangelhafte Bestimmtheit sicherheitspolizeilicher Aufgaben</i>	119
	3. Kapitel: Sicherheitspolizeiliche Massnahmen	122
I.	<i>Einleitung</i>	122
II.	<i>Qualifikation der typischen sicherheitspolizeilichen Massnahmen</i>	123
1.	Einleitung	123
2.	Begriff des Realaktes	123
A)	Unterschiedliche Terminologie	123
B)	Handlungszweck als Unterscheidungskriterium von Real- und Rechtsakt	125
3.	Realakte im Polizeirecht	126
A)	Realakte als wichtigste Erscheinungsform sicherheitspolizeilichen Handelns	126
B)	Rechtswirkungen sicherheitspolizeilicher Realakte	127
4.	Verfügungsfreie direkt intervenierende Realakte als relevanter Untersuchungsgegenstand	129
III.	<i>Vielfalt sicherheitspolizeilicher Tätigkeit</i>	132

1.	Nicht-hoheitliche und hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit	132
2.	Befugnisnormen für hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit	133
IV.	<i>Sicherheitspolizeiliche Massnahmen der kantonalen Polizeikorps</i>	135
1.	Standardmassnahmen der kantonalen Polizeikorps	135
A)	Einleitung	135
B)	Anhaltung, Identitätsfeststellung und Festnahme	136
C)	Erkennungsdienstliche Massnahmen	138
D)	Vorladung und Vorführung	139
E)	Wegweisung und Fernhaltung	140
F)	Gewahrsam	143
G)	Durchsuchung von Personen, Sachen und Räumen	145
H)	Sicherstellung	147
I)	Datenbearbeitung und Überwachung	148
a)	Datenbearbeitung	148
b)	Observation	149
c)	Einsatz von technischen Überwachungsgeräten	151
aa)	Grundrechtseingriffe durch die Überwachung mittels technischer Geräte	151
bb)	Befugnisnormen für den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten	153
d)	Verdeckte Vorermittlung	155
e)	Überwachung von Kommunikationsmitteln	157
aa)	Grundrechtseingriffe durch die Überwachung von Kommunikationsmitteln	157
bb)	Befugnisnormen für die Überwachung von Kommunikationsmitteln	158
2.	Polizeilicher Zwang der kantonalen Polizeikorps	160
A)	Unmittelbarer Zwang als Ausfluss des Gewaltmonopols	160
B)	Befugnisnormen für die polizeiliche Zwanganwendung	161
C)	Polizeiliche Zwangsmittel der kantonalen Polizeikorps	162
3.	Transparenz sicherheitspolizeilicher Massnahmen	164
V.	<i>Sicherheitspolizeiliche Massnahmen auf Bundesebene</i>	165
1.	Sicherheitspolizeiliche Befugnisse nach dem Zwanganwendungsgesetz	165
2.	Sicherheitspolizeiliche Befugnisse der Angehörigen der Armee	167
3.	Sicherheitspolizeiliche Befugnisse der Angehörigen des Grenzwachtkorps	169
4.	Sicherheitspolizeiliche Befugnisse des Nachrichtendienstes	170
VI.	<i>Sicherheitspolizeiliche Massnahmen privater Sicherheitsdienste</i>	173
1.	Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste	173

2.	Befugnisse privater Sicherheitsdienste im Rahmen der Jedermannsrechte	175
3.	Befugnisse privater Sicherheitsdienste im Rahmen der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben	176
	A) Zulässigkeit und Schranken der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben	176
	B) Regulierung der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben	177
	a) Regulierung auf kantonaler Ebene	177
	b) Regulierung auf Bundesebene	178
	c) Fazit: Uneinheitliche Regulierungen	179
VII.	<i>Fazit: Unvollständige und uneinheitliche Regelung sicherheitspolizeilicher Massnahmen</i>	180
4. Kapitel:	Schlussbetrachtung: Notwendigkeit, Macht der Sicherheitsbehörden zu beschränken	182
2. Teil:	Rechtsstaatliche Grenzen sicherheitspolizeilicher Tätigkeit	185
1. Kapitel:	Einleitung	185
2. Kapitel:	Rechtsstaatliche Grundsätze als Grenze für das sicherheitspolizeiliche Handeln	187
<i>I.</i>	<i>Legalitätsprinzip</i>	<i>187</i>
1.	Inhalt und Bedeutung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht	187
	A) Inhalt und Funktion des Legalitätsprinzips	187
	B) Das Legalitätsprinzip im Polizeirecht	188
	C) Spannungsverhältnis zwischen notwendiger Handlungsfreiheit und Beschränkung staatlicher Macht	190
2.	Normstufe sicherheitspolizeilicher Bestimmungen	191
	A) Einleitung	191
	B) Gesetze im formellen Sinn	191
	C) Verordnungen	193
	D) Zur gesetzlichen Grundlage präventiver sicherheitspolizeilicher Massnahmen	194
3.	Normdichte sicherheitspolizeilicher Bestimmungen	195
	A) Einleitung	195
	B) Gründe für tiefere Anforderungen an die Normdichte im Polizeirecht	196
	C) Gründe für höhere Anforderungen an die Normdichte im Polizeirecht	199
	D) Bestimmtheitssurrogate	201
4.	Durchbrechung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht	203

A)	Ausnahmen vom Legalitätsprinzip	203
B)	Polizeiliche Generalklausel	205
C)	Kleine Generalklausel in den kantonalen Polizeigesetzen	211
D)	Polizeinotstand	212
II.	<i>Öffentliches Interesse</i>	212
III.	<i>Verhältnismässigkeitsprinzip</i>	214
1.	Bedeutung und Inhalt des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht	214
A)	Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht	214
B)	Inhalt des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht	216
a)	Eignung	216
b)	Erforderlichkeit	217
c)	Zumutbarkeit	218
C)	Die Verhältnismässigkeit polizeilichen Zwangs	219
2.	Störerprinzip	221
A)	Begriff des Störers	221
B)	Ausnahmen vom Störerprinzip	223
C)	Das Störerprinzip in Abgrenzung zum Verursacherprinzip	224
3.	Opportunitätsprinzip	225
A)	Inhalt und Zweck des Opportunitätsprinzips	225
B)	Schranken des Opportunitätsprinzips	226
4.	Fazit	229
	3. Kapitel: Grundrechte als Grenze für das sicherheitspolizeiliche Handeln	232
I.	<i>Grundrechtliche Abwehr- und Schutzansprüche</i>	232
1.	Bedeutung der Grundrechte für das sicherheitspolizeiliche Handeln	232
2.	Eingrenzung grundrechtlicher Schutzpflichten	235
3.	Grundrechte und Staatshaftung	237
II.	<i>Menschenwürde</i>	238
1.	Inhalt der Menschenwürde	238
2.	Menschenwürde in der sicherheitspolizeilichen Praxis	239
III.	<i>Gleiche und gerechte Behandlung</i>	241
1.	Gleichbehandlungsgebot	241
2.	Gebot der gerechten Behandlung	243
IV.	<i>Recht auf Leben</i>	245
1.	Abwehransprüche aus dem Recht auf Leben	245
2.	Schutzansprüche aus dem Recht auf Leben	248
3.	Das Recht auf Leben in der sicherheitspolizeilichen Praxis	250

V.	<i>Persönliche Freiheit</i>	251
	1. Ansprüche aus dem Recht auf persönliche Freiheit	251
	2. Bewegungsfreiheit	252
	3. Körperliche und geistige Unversehrtheit	254
	4. Verbot der Folter und jeder Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung	255
VI.	<i>Schutz der Privatsphäre</i>	257
	1. Ansprüche aus dem Recht auf Privatsphäre	257
	2. Informationelle Selbstbestimmung	259
VII.	<i>Kommunikationsgrundrechte</i>	261
	1. Ansprüche aus den Grundrechten auf freie Kommunikation	261
	2. Meinungsfreiheit	262
	3. Informationsfreiheit	263
	4. Medienfreiheit	264
	5. Versammlungsfreiheit	265
VIII.	<i>Eigentumsgarantie</i>	266
IX.	<i>Fazit</i>	267
	4. Kapitel: Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte	269
	I. <i>Ausgangslage</i>	269
	II. <i>Anspruch auf Rechtsschutz gegen Realakte</i>	271
	III. <i>Mangelhafter Rechtsschutz gegen Realakte und Bedeutung der Staatshaftung</i>	275
	3. Teil: Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte	279
	1. Kapitel: Einleitung	279
	I. <i>Schädigende sicherheitspolizeiliche Realakte</i>	279
	II. <i>Zweckbestimmung der Staatshaftung und Abgrenzung zur privatrechtlichen Haftung</i>	281
	III. <i>Staatshaftung als Organisationshaftung</i>	284
	1. Inhalt und Zweck der Organisationshaftung	284
	2. Voraussetzungen und Anwendungsfälle der Organisationshaftung	286
	IV. <i>Zum Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe</i>	288
	1. Voraussetzungen einer Entschädigungslosigkeit	288
	2. Kritik am Grundsatz der Entschädigungslosigkeit	289
	2. Kapitel: Rechtsgrundlagen der Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte	292
	I. <i>Entschädigungspositivismus im Staatshaftungsrecht</i>	292
	1. Restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts	292

2. Kritik durch die Lehre	293
3. Fazit	295
<i>II. Vielfalt der Rechtsgrundlagen einer Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte</i>	297
1. Unterschiedliche Haftungsnormen	297
2. Unterschiedliche Akteure in unterschiedlichen Rollen	300
3. Erschwerter Zugang zur Staatshaftung	302
<i>III. Rechtsgrundlagen auf Bundesebene</i>	303
1. Bundesverfassung	303
2. Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes	304
A) Geltungsbereich des VG	304
a) Persönlicher Geltungsbereich	304
b) Sachlicher Geltungsbereich	306
B) Staatshaftung nach VG im Aussenverhältnis	306
a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen	306
b) Verjährung und Verfahren	308
C) Staatshaftung nach VG im Innenverhältnis	309
D) Staatshaftung nach VG bei Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben	310
3. Zivilrechtliche Haftungsnormen	312
A) Einleitung	312
B) Tierhalterhaftung	313
a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen	313
b) Selbständige Aktion eines Tiers	314
c) Der Halter als Haftungssubjekt	315
d) Haftungsbefreiung	317
e) Die Tierhalterhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich	319
C) Werkeigentümerhaftung	321
a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen	321
b) Mangel eines Werks	323
c) Werkmangel bei Strassen	326
d) Der Werkeigentümer als Haftungssubjekt	328
e) Die Werkeigentümerhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich	330
D) Grundeigentümerhaftung	331
a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen	331
b) Überschreitung der aus dem Grundeigentum fließenden Nutzungsrechte	331
c) Schädigung eines Nachbarn	332
d) Der Grundeigentümer als Haftungssubjekt	333
4. Spezialgesetzliche Haftungsnormen	334

A)	Einleitung	334
B)	Haftung des Motorfahrzeughalters	335
a)	Wesen und Haftungsvoraussetzungen	335
b)	Betrieb eines Motorfahrzeugs	336
c)	Der Halter als Haftungssubjekt	337
d)	Haftungsbefreiung	338
e)	Die Motorfahrzeughalterhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich	339
C)	Haftung aus Seeschifffahrt	341
D)	Haftung des Luftfahrzeughalters	342
a)	Wesen und Haftungsvoraussetzungen	342
b)	Flug eines Luftfahrzeugs	343
c)	Der Halter als Haftungssubjekt	344
d)	Haftungsbefreiung	344
e)	Luftfahrzeughalterhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich	345
E)	Haftung aus Sprengstoffgesetz	345
a)	Wesen und Haftungsvoraussetzungen	345
b)	Explosion von Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen	346
c)	Der Inhaber als Haftungssubjekt	347
d)	Haftungsbefreiung	348
e)	Haftung aus Sprengstoffgesetz im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich	350
F)	Haftung für Schädigungen durch die Armee	352
a)	Überblick	352
b)	Haftung für besonders gefährliche militärische Tätigkeiten	352
c)	Haftung für andere dienstliche Tätigkeiten	353
d)	Widerrechtlichkeit der militärischen Tätigkeit	355
e)	Schadensverursachung durch eine dienstliche Tätigkeit	356
f)	Haftung für ausserdienstliche Tätigkeiten	358
g)	Haftung der Armeeangehörigen im Innenverhältnis	358
h)	Armeeangehörige als Anspruchsberechtigte nach Art. 135 Abs. 1 MG	359
IV.	<i>Rechtsgrundlagen auf kantonaler Ebene</i>	360
1.	Einleitung	360
2.	Kantonale Verfassungen	361
3.	Haftungsgesetze der Kantone	363
A)	Übersicht	363
B)	Geltungsbereich	364
a)	Persönlicher Geltungsbereich	364
b)	Sachlicher Geltungsbereich	365

C)	Staatshaftung nach kantonalen Haftungsgesetzen im Aussenverhältnis	366
a)	Wesen und Haftungsvoraussetzungen	366
b)	Verjährung und Verfahren	369
D)	Staatshaftung nach kantonalen Haftungsgesetzen im Innenverhältnis	371
E)	Staatshaftung nach kantonalen Haftungsgesetzen bei Auslagerung	373
F)	Staatshaftung für rechtmässiges Verhalten nach kantonalen Haftungsgesetzen	375
4.	Haftungsnormen in den Polizeigesetzen	376
5.	Haftungsnormen in den Polizeikonkordaten	378
V.	<i>Rechtsgrundlagen auf internationaler Ebene</i>	380
3. Kapitel:	Voraussetzungen der Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte	382
<i>I.</i>	<i>Einleitung</i>	382
<i>II.</i>	<i>Ausübung einer amtlichen Funktion</i>	383
1.	Amtliche versus gewerbliche Tätigkeit	383
2.	Amtliche versus private Tätigkeit	386
<i>III.</i>	<i>Schaden</i>	389
1.	Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinn	389
2.	Immaterielle Unbill	391
<i>IV.</i>	<i>Widerrechtlichkeit</i>	393
1.	Einleitung	393
2.	Theorie der Widerrechtlichkeit im Privat- und im Staatshaftungsrecht	396
A)	Widerrechtlichkeit im Privatrecht	396
a)	Objektive Widerrechtlichkeitstheorie	396
b)	Kritik durch die Lehre	397
B)	Widerrechtlichkeit im Staatshaftungsrecht	399
a)	Objektive Widerrechtlichkeitstheorie	399
b)	Kritik durch die Lehre	401
c)	Fazit	402
3.	Widerrechtlichkeit durch Unterlassen sicherheitspolizeilicher Realakte	405
A)	Theorie der Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen	405
B)	Missachtung des sicherheitspolizeilichen Schutzauftrages als staatshaftungsrelevante Unterlassung	406
C)	Zumutbare Sorgfalt als zentrales Kriterium	408
4.	Normverstoss als zentrales Kriterium der Widerrechtlichkeit	409
A)	Einleitung	409

B)	Normverstoss bei Handlungen	411
a)	Befugnisnormen	411
b)	Grundrechte	413
C)	Normverstoss bei Unterlassungen	414
a)	Generalklauseln	414
aa)	Kleine und polizeiliche Generalklauseln	414
bb)	Polizeigüterrechtliche Schutzpflichten	416
b)	Grundrechte	417
aa)	Grundrechte als Schutznorm	417
bb)	Eingeschränkte Garantienstellung der Sicherheitsbehörden im Grundrechtsschutz	419
cc)	Eingeschränkte Handlungspflichten der Sicherheitsbehörden im Grundrechtsschutz	420
D)	Exkurs: Widerrechtlichkeit als Grundrechtsverletzung	421
5.	Rechtfertigung	424
A)	Rechtfertigungsgründe im sicherheitspolizeilichen Bereich	424
B)	Rechtfertigungsgründe im Rahmen einer Widerrechtlichkeitsprüfung nach Art. 36 BV	427
C)	Differenzierte Beurteilung der Verantwortung des Staates und des Beamten	428
6.	Haftung für rechtmässige Schädigung durch sicherheitspolizeiliche Realakte	429
A)	Grundlage einer Haftung für rechtmässige Schädigungen	429
B)	Rechtsgrundlagen in den Kantonen	431
C)	Rechtsgrundlagen im Bund	432
D)	Bedeutung im sicherheitspolizeilichen Bereich	433
E)	Beschränkter Anwendungsbereich	434
7.	Fazit	437
A)	Verhältnismässigkeit als zentrales Kriterium	437
B)	Modifizierte Widerrechtlichkeitskonzeption	439
V.	<i>Adäquater Kausalzusammenhang</i>	440
A)	Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs	440
B)	Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Möglichkeit der Haftungsbegrenzung	442
a)	Einleitung	442
b)	Grobes Selbstverschulden	443
c)	Grobes Drittverschulden	444
d)	Höhere Gewalt	445
C)	Der staatliche Risiko- und Schutzbereich als Zurechnungskriterium und Haftungsbegrenzung	445
VI.	<i>Verschulden</i>	447

4. Kapitel: Schlussbetrachtung und Exkurs: Allgemeiner Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte	451
<i>I. Besondere Bedeutung der Staatshaftung im sicherheitspolizeilichen Bereich</i>	451
<i>II. Kompliziertes Haftungssystem für sicherheitspolizeiliche Realakte</i>	452
<i>III. Einheitlicher Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte</i>	453
A) Einheitlicher Haftungstatbestand auf Bundesebene	453
B) Allgemeine Gefährdungshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte?	454
a) Allgemeine Gefährdungshaftung im Privatrecht	454
b) Allgemeine Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht	457
c) Allgemeine Gefährdungshaftung im sicherheitspolizeilichen Bereich	457
C) Zu Art. 135 MG analoge Haftungsnorm für sicherheitspolizeiliche Realakte	458
D) Fazit	459
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	461
Sachregister	469

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (alte BV)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a.M.	anderer Meinung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid, publiziert)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.11)
BGST	Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18. Juni 2010 (SR 745.2)
BPI	Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13. Juni 2008 (SR 361)
BR	Baurecht (Freiburg)
BSG	Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt vom 3. Oktober 1975 (SR 747.201)
BSK	Basler Kommentar
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Abkürzungsverzeichnis

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BV AI	Behördenverordnung des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 15. Juni 1998 (Nr. 170.010)
BVGE	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BWIS	Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (SR 120)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
Diss.	Dissertation
dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (Bern)
DR SZ	Dienstreglement der Kantonspolizei des Kantons Schwyz vom 23. Januar 2001 (Nr. 520.111)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
DSG OW	Gesetz über den Datenschutz des Kantons Obwalden vom 25. Januar 2008 (Datenschutzgesetz, Nr. 137.1)
DSG SZ	Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz des Kantons Schwyz vom 23. Mai 2007 (Nr. 140.410)
E.	Erwägung
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EG-ZGB AR	Gesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27. April 1969 (Nr. 211.1)
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101)
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970 (Epidemiengesetz, SR 818.101)
Europol	Europäisches Polizeiamt
f.	folgende
fedpol	Bundesamt für Polizei
ff.	fortfolgende
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1)
Fn.	Fussnote
GfS	Schweizerische Gesellschaft für praktische Sozialforschung
GG JU	Loi sur les communes (Gesetz über die Gemeinden) des Kantons Jura vom 9. November 1978 (Nr. 190.11)
GIDA VS	Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und die Archivierung des Kantons Wallis vom 9. Oktober 2008
gl.M.	gleicher Meinung
GPS	Global Positioning System (Globales Positionsbestimmungssystem)
GWK	Grenzwachtkorps
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)

HG AG	Haftungsgesetz des Kantons Aargau vom 24. März 2009 (Nr. 150.200)
HG BL	Gesetz über die Haftung des Kantons und der Gemeinden des Kantons Basel-Landschaft vom 24. April 2008 (Haftungsgesetz, Nr. 105)
HG BS	Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals des Kantons Basel Stadt vom 17. November 1999 (Haftungsgesetz, Nr. 161.100)
HG FR	Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger des Kantons Freiburg vom 16. September 1986 (Nr. 16.1)
HG GE	Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes (Haftungsgesetz) des Kantons Genf vom 24. Februar 1989 (Nr. A 2 40)
HG GL	Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger des Kantons Glarus vom 5. Mai 1991 (Staatshaftungsgesetz, Nr. II F/2)
HG GR	Gesetz über die Staatshaftung des Kantons Graubünden vom 5. Dezember 2006 (Nr. 170.050)
HG LU	Haftungsgesetz des Kantons Luzern vom 13. September 1988 (Nr. 23)
HG NE	Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et leurs agents (Haftungsgesetz) des Kantons Neuenburg vom 26. Juni 1989 (Nr. 150.10)
HG NW	Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre vom 25. April 1971 (Haftungsgesetz, Nr. 161.2)
HG OW	Haftungsgesetz des Kantons Obwalden vom 24. September 1989 (Nr. 130.3)
HG SH	Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördemitglieder und Arbeitnehmer des Kantons Schaffhausen vom 23. September 1985 (Haftungsgesetz, Nr. 170.300)

HG SZ	Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre des Kantons Schwyz vom 20. Februar 1970 (Nr. 140.100)
HG TI	Legge sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici (Haftungsgesetz) des Kantons Tessin vom 24. Oktober 1988 (Nr. 2.6.1.1)
HG VD	Loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (Haftungsgesetz) des Kantons Waadt vom 16. Mai 1961 (Nr. 170.11)
HG ZH	Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (Nr. 170.1)
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/erausgegeben
HV JU	Ordonnance concernant le règlement des sinistres relatifs à la responsabilité civile de l'Etat (Haftungsverordnung) des Kantons Jura vom 29. August 2006 (Nr. 172.111.216)
IDAG AG	Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2006 (Nr. 150.700)
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in der Sache
i.e.S.	im engeren Sinn
IKAPOL	Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze vom 6. April 2006 (u.a. publiziert in der Bernischen Systematischen Gesetzessammlung, Nr. 559.13)
InfoDG SO	Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Solothurn vom 1. Februar 2001 (Nr. 114.1)
insbes.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
ISV-NDB	Verordnung über die Informationssysteme des Nachrichtendienstes des Bundes vom 4. Dezember 2009 (SR 121.2)

i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
Kap.	Kapitel
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KKPKS	Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz
KKPKSS	Statuten der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS) vom 14. September 2005, abrufbar unter http://www.kkpks.ch/de/organisation/statuten , zuletzt besucht am 30. März 2016
KV AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227)
KV AR	Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR 131.224.1)
KV BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (SR 131.212)
KV BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2)
KV BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SR 131.222.1)
KV FR	Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SR 131.219)
KV GE	Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234)
KV GL	Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 (SR 131.217)
KV GR	Verfassung des Kantons Graubünden vom 18. Mai 2003/14. September 2003 (SR 131.226)
KV JU	Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977 (SR 131.235)

KV NE	Verfassung von Republik und Kanton Neuenburg vom 24. September 2000 (SR 131.233)
KV NW	Verfassung des Kantons Nidwalden vom 10. Oktober 1965 (SR 131.216.2)
KV OW	Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968 (SR 131.216.1)
KV SG	Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (SR 131.225)
KV SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SR 131.223)
KV SO	Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (SR 131.221)
KV SZ	Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (SR 131.215)
KV TG	Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (SR 131.228)
KV UR	Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (SR 131.214)
KV VD	Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003 (SR 131.231)
KV VS	Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (SR 131.232)
KV ZG	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (SR 131.218)
KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211)
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft, hrsg. durch die Bundeskanzlei
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, SR 748.0)

Abkürzungsverzeichnis

LFV	Verordnung über die Luftfahrt vom 14. November 1973 (Luftfahrtverordnung, SR 748.01)
lit.	litera
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (Lebensmittelgesetz, SR 817.0)
Medialex	Zeitschrift für Medienrecht, Bern
MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (Militärgesetz, SR 510.10)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n), Randnote(n)
NDB	Nachrichtendienst des Bundes
NDG	Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (Nachrichtendienstgesetz)
Nr.	Nummer(n), Randnummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG BS	Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 (Organisationsgesetz, Nr. 153.100)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PeV AI	Personalverordnung des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 30. November 1998 (Nr. 172.310)
PG BE	Personalgesetz des Kantons Bern vom 16. September 2004 (Nr. 153.01)
PG JU	Loi sur le personnel de l'Etat (Personalgesetz) des Kantons Jura vom 22. September 2010 (Nr. 173.11)
PolG AG	Gesetz des Kantons Aargau über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (Polizeigesetz, Nr. 531.200)

PolG AI	Polizeigesetz des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 29. April 2001 (Nr. 550.000)
PolG AR	Polizeigesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 13. Mai 2002 (Nr. 521.1)
PolG BE	Polizeigesetz des Kantons Bern vom 8. Juni 1997 (Nr. 551.1)
PolG BL	Polizeigesetz des Kantons Basel Land vom 28. November 1996 (Nr. 700)
PolG BS	Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1996 (Polizeigesetz, Nr. 510.100)
PolG LU	Gesetz über die Luzerner Polizei vom 27. Januar 1998 (Nr. 350)
PolG FR	Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Freiburg vom 15. November 1990 (Nr. 551.1)
PolG GE	Loi sur la police (Polizeigesetz) des Kantons Genf vom 26. Oktober 1957 (Nr. F 1 05)
PolG GL	Polizeigesetz des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007 (Nr. V A/11/1)
PolG GR	Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 (Nr. 613.000)
PolG JU	Loi sur la police cantonale (Gesetz über die Kantonspolizei) des Kantons Jura vom 4. Dezember 2002 (Nr. 551.1)
PolG NE	Loi sur la police neuchâteloise (Gesetz über die Neuenburger Polizei) vom 20. Februar 2007 (Nr. 561.1)
PolG OW	Polizeigesetz des Kantons Obwalden vom 11. März 2010 (Nr. 510.1)
PolG SG	Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vom 10. April 1980 (Nr. 451.1)
PolG SO	Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Solothurn vom 23. September 1990 (Nr. 511.11)

PolG SZ	Polizeigesetz des Kantons Schwyz vom 22. März 2000 (Nr. 520.110)
PolG TI	Legge sulla polizia (Polizeigesetz) des Kantons Tessin vom 12. Dezember 1989 (Nr. 1.4.2.1)
PolG UR	Polizeigesetz des Kantons Uri vom 30. November 2008 (Nr. 3.8111)
PolG VD	Loi sur la police cantonale (Gesetz über die Kantonspolizei) des Kantons Waadt vom 17. November 1975 (Nr. 133.11)
PolG VS	Loi sur la police cantonale (Gesetz über die Kantonspolizei) des Kantons Wallis vom 20. Januar 1953 (Nr. 550.1)
PolG ZG	Polizeigesetz des Kantons Zug vom 30. November 2006 (Nr. 512.1)
PolG ZH	Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (Nr. 550.1)
PolK MGS	Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (u.a. publiziert in der Systematischen Gesetzessammlung Bern, Nr. 559.14)
PolK NWS	Konkordat über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Nordwestschweiz vom 20. Januar 1995 (u.a. publiziert in der Systematischen Gesetzessammlung Aargau, Nr. 530.100)
PolK OS	Interkantonale Vereinbarung der Ostschweizer Kantone über die polizeiliche Zusammenarbeit vom 21. Januar 1976 (u.a. publiziert in der Systematischen Gesetzessammlung Thurgau, Nr. 552.1)
PolK PS	Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen vom 12. November 2010 (abrufbar unter http://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen , zuletzt besucht am 30. März 2016)
PolK WS	Konkordat über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Westschweiz vom 10. Oktober 1988 (u.a. publiziert in der Systematischen Gesetzessammlung Freiburg, Nr. 559.3)

PolK ZS	Konkordat über die Grundlagen der Polizei-Zusammenarbeit in der Zentralschweiz (Polizeikonkordat Zentralschweiz) vom 6. November 2009 (u.a. publiziert in der Systematischen Gesetzessammlung des Kantons Luzern, Nr. 352)
PolOG ZH	Polizeiorganisationsgesetz des Kantons Zürich vom 29. November 2004 (Nr. 551.1)
PolR SG	Polizeireglement des Kantons St. Gallen vom 16. November 2004 (Nr. 412.11)
PolV LU	Verordnung über die Luzerner Polizei vom 6. April 2004 (Nr. 351)
PolV NE	Règlement d'exécution de la loi sur la police neuchâteloise (Ausführungsverordnung zum Gesetz über die Neuenburger Polizei) vom 13. Mai 2008 (Nr. 561.10)
PolV SG	Polizeiverordnung des Kantons St. Gallen vom 2. Dezember 1980 (Nr. 451.11)
PolV VS	Ordonnance de la loi sur la police cantonale (Verordnung zum Gesetz über die Kantonspolizei) des Kantons Wallis vom 1. Oktober 1986 (Nr. 550.100)
PolZ ZH	Verordnung über die polizeiliche Zwangsanwendung des Kantons Zürich vom 21. Januar 2009 (Nr. 550.11)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PrHG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktheftpflicht (Produktheftpflichtgesetz, SR 221.112.944)
PV UR	Personalverordnung des Kantons Uri vom 15. Dezember 1999 (Nr. 2.4211)
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, SR 700)
S.	Seite(n)
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SR 742.31)
SG	Sammelstelle Gerichtsentscheide

Abkürzungsverzeichnis

SGK	St. Galler Kommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Strafkammer
SPI	Schweizerisches Polizei-Institut
SPIS	Statuten des Schweizerischen Polizei-Instituts Neuchâtel vom 5. November 2009, abrufbar unter http://www.institut-police.ch/images/downloads/Portrait/11R.01.d_Statuten.pdf , zuletzt besucht am 30. März 2016
SprstG	Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe vom 25. März 1977 (Sprengstoffgesetz, SR 941.41)
SprstVP	Verordnung über den Verkehr mit Sprengmitteln bei der Polizei vom 27. Juni 1984 (SR 941.413)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
St.	Sankt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVS	Sicherheitsverbund Schweiz
u.a.	unter anderem/und andere
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, SR 814.01)
USIS	Überprüfung des Systems der inneren Sicherheit der Schweiz
v.a.	vor allem
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport

VE OR	Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts, abgedruckt bei WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes, S. 2 ff.
VE PolAG	Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes (Polizeiaufgabengesetz) vom November 2009, abrufbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1787/Vorlage_k.pdf , zuletzt besucht am 30. März 2016
VES	Verordnung über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden vom 24. Juni 2015 (SR 124)
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
VG SG	Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten des Kantons St. Gallen vom 7. Dezember 1959 (Verantwortlichkeitsgesetz, Nr. 161.1)
VG SO	Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter des Kantons Solothurn vom 26. Juni 1966 (Verantwortlichkeitsgesetz, Nr. 124.21)
VG TG	Gesetz über die Verantwortlichkeit des Kantons Thurgau vom 14. Februar 1979 (Verantwortlichkeitsgesetz, Nr. 170.3)
VG VS	Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger des Kantons Wallis vom 10. Mai 1978 (Nr. 170.1)

VG ZG	Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördenmitglieder und Beamten des Kantons Zug vom 1. Februar 1979 (Verantwortlichkeitsgesetz, Nr. 154.11)
VLP-ASPAN	Schweizerische Vereinigung für Landesplanung
VOD	Verordnung über den Truppeneinsatz für den Ordnungsdienst vom 3. September 1997 (SR 513.71)
Vorb.	Vorbemerkungen
VPA	Verordnung über die Polizeibefugnisse der Armee vom 26. Oktober 1994 (SR 510.32)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG GR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Graubünden vom 31. August 2006 (Nr. 370.100)
VRPG LU	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern vom 3. Juli 1972 (Nr. 40)
VRP SZ	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Schwyz vom 6. Juni 1974 (Nr. 234.110)
VS	Verordnung über das Sicherheitswesen in Bundesverantwortung vom 27. Juni 2001 (SR 120.72)
VST	Verordnung über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 17. August 2011 (SR 745.21)
VVV	Verkehrsversicherungsverordnung vom 20. November 1959 (SR 741.31)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021)
VzVG	Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958 (SR 170.321)
WEF	World Economic Forum (Weltwirtschaftsforum)
ZAG	Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (Zwangsanwendungsgesetz, SR 364)

z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	Zollgesetz vom 18. März 2005 (SR 631.0)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert als
ZNDG	Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes vom 3. Oktober 2008 (SR 121)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZV	Zollverordnung vom 1. November 2006 (SR 631.01)

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl, Randnummer oder Kapitel und Randnote zitiert.

AEBERSOLD PETER, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2011

ANDEREGG MIRCO, Der Ersatz von Schadenabwehrkosten, Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen, Diss. Freiburg, Zürich 2014

AUBERT JEAN FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 (zit. BEARBEITER, aBV-Kommentar, N ... zu Art. ... aBV)

AUER CHRISTOPH, Kommentar zum Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, in: ZBl 2014, S. 382 ff.

BÄHLER REGULA, Fotografen und Videojournalisten als Störer, in: Medialex 2015, S. 27 ff.

BAUMANN JUDITH, Kommentierung von Art. 64 LFG, in: FISCHER WILLI/ LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. BAUMANN, N ... zu Art. 64 LFG)

BESSON SAMANTHA, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, in: ZSR 2003, S. 49 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsrechtliche Abklärung betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Vorlage «BWIS») – Gutachten vom Juni 2009, in: VPB 2009, S. 238 ff. (zit. BIAGGINI, Gutachten)

BIAGGINI GIOVANNI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, BV, N ... zu Art. ... BV)

BOPPART CHRISTIAN, Die Totalrevision des Staatshaftungsgesetzes, in: BIAGGINI GIOVANNI/ACHERMANN ALEX/MATHIS STEPHAN/OTT LUKAS (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft IV, Liestal 2009, S. 74 ff.

BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BREHM, N ... zu Art. ... OR)

BREITENMOSER STEPHAN, Sicherheit durch internationale Kooperation: Vorgaben und Grundlagen des Völker- und Europarechts, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 337 ff.

BRUGGER WINFRIED, Freiheit und Sicherheit: Eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen, Baden-Baden 2004

CUPA BASIL, Rechtsschutz gegen präventive Überwachungsmaßnahmen am Beispiel des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014

DENNINGER ERHARD, Rechtsstaatliche Polizei in Zeiten intensivierter Prävention, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 222 ff. (zit. DENNINGER, Prävention)

DENNINGER ERHARD, Polizeiaufgaben, in: DENNINGER ERHARD/RACHOR FREDERIK (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2012, S. 184 ff. (zit. DENNINGER, Polizeiaufgaben)

DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982

DREWS BILL/WACKE GERHARD/VOGEL KLAUS/MARTENS WOLFGANG, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1986

EGLI PATRICIA, Das Sicherheits- und Polizeirecht in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR, in: Sicherheit & Recht 2015, S. 59 ff. (zit. EGLI, 2015)

EGLI PATRICIA, Grundrechte, Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 193 ff. (zit. EGLI, 2012)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER, SGK, N ... zu Art. ... BV)

ENGELI GEORG, Die innere Sicherheit der Schweiz, Diss. Basel 1987

FAJNOR MICHAEL, Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Ein Beitrag zur Diskussion um Widerrechtlichkeit, Legalitätsprinzip und verfassungsrechtlich fundierte Entschädigungsansprüche für rechtmässige Hoheitsakte, Diss. Zürich 1987

FAVRE ANNE-CHRISTINE, Le droit de la responsabilité de l'Etat: Les enjeux, in: FAVRE ANNE-CHRISTINE/MARTENET VINCENT/POLTIER ETIENNE (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf 2012, S. 9 ff. (zit. FAVRE, enjeux)

FAVRE ANNE-CHRISTINE, Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux, in: ZSR 2011 II, S. 227 ff. (zit. FAVRE, 100 ans)

FAVRE ANNE-CHRISTINE, Die Haftung des Gemeinwesens am Beispiel des Schutzes vor Naturgefahren, in: VLP-ASPAN Raum und Umwelt November 2007, S. 1 ff. (zit. FAVRE, Naturgefahren)

FELLER RETO, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Eine Untersuchung zu Art. 12 VG und zur Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung für Rechtsakte, Diss. Bern 2006, Zürich/St. Gallen 2007

FELLMANN WALTER, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band III: Haftung nach den Gefährdungshaftungen des JSG, HFG, USG, GTG, EleG, RLG, SprstG, StAG und KHG 2008, Bern 2015 (zit. FELLMANN, Haftpflichtrecht III)

FELLMANN WALTER, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band II: Haftung nach der gewöhnlichen Kausalhaftung des StSG und den Gefährdungshaftungen des SVG, des Transportrechts (TrG, EBG, BG Anschlussgleise, BSG und SebG) sowie des LFG, Bern 2013 (zit. FELLMANN, Haftpflichtrecht II)

FELLMANN WALTER, Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem – Versuch einer Zwischenbilanz, in: ZSR 2009 I, S. 473 ff. (zit. FELLMANN, Widerrechtlichkeit)

FELLMANN WALTER, Die Widerrechtlichkeit in der öffentlich-rechtlichen Arzthaftung – kein Verstoss gegen Rechtsnormen!, in: Versicherungsbranche im Wandel, Chancen und Risiken einer Neubesinnung, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag, Bern 2009, S. 227 ff. (zit. FELLMANN, Arzthaftung)

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012

FISCHER WILLI, Kommentierung von Art. 41 und Art. 52 OR, in: FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. FISCHER, N ... zu Art. ... OR)

FISCHER WILLI/BÖHME ANNA, Kommentierung von Art. 56 OR, in: FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. FISCHER/BÖHME, N ... zu Art. 56 OR)

FISCHER WILLI/ITEN MARC ANTONIO, Kommentierung von Art. 58 OR, in: FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. FISCHER/ITEN, N ... zu Art. 58 OR)

FISCHER RONNY/TIEFENTHAL JÜRIG M., Die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben im Grenzraum, Einige verfassungsrechtliche Gedanken zur laufenden Zollgesetzrevision, in: Jusletter 20. Oktober 2014

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009 (zit. FROWEIN/PEUKERT, N ... zu Art. ... EMRK)

GAMMA MARCO, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Diss. Freiburg 2000, Bern/Stuttgart/Wien 2001

GEISSELER ROBERT, Gutachten von Robert Geisseler vom 22. Mai 1997, Nr. 1185, in: SG 1997

GENNER SUSANNE, Die Verfügungspflicht der Verwaltungsbehörden, Ein Beitrag zur Geschichte des schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. GENNER, Verfügungspflicht)

GENNER SUSANNE, Zur Abgrenzung von Rechtsakt und Realakt im öffentlichen Recht, in: AJP 2011, S. 1153 ff. (zit. GENNER, Abgrenzung)

GERTSCH GABRIEL, Kontrolle des Nachrichtendienstes des Bundes nach dem Nachrichtendienstgesetz, in: Sicherheit & Recht 2015, S. 127 ff.

GIACOMETTI ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960

GIGER HANS, Kommentierung von Art. 58 SVG, in: FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. GIGER, N ... zu Art. 58 SVG)

GÖTZ VOLKMAR, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., München 2013

GROSS BALZ, Die Haftpflicht des Staates, Vergleich und Abgrenzung der zivil- und öffentlich-rechtlichen Haftpflicht des Staates, dargestellt am Beispiel der einfachen Kausalhaftungen des Zivilrechts und der Staatshaftungsgesetze des Bundes und des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1996 (zit. GROSS, Vergleich)

GROSS JOST, Amtliche Verrichtung und haftpflichtrechtliche Zurechnung im Schweizerischen Verantwortlichkeitsrecht, in: BOVAY BENOÎT/NGUYEN MINH SON (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: Théorie du droit - Droit administratif - Organisation du territoire, Bern 2005, S. 311 ff. (zit. GROSS, amtliche Verrichtung)

GROSS JOST, Staatshaftung und Grundrechtsschutz, in: AJP 2002, S. 1429 ff. (zit. GROSS, Grundrechtsschutz)

GROSS JOST, Was ist Schädigung in amtlicher Funktion im Staatshaftungsrecht? Urteil des Aargauischen Obergerichts vom 5. September 2002, in: HAVE 2003, S. 235 f. (zit. GROSS, amtliche Funktion)

GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001 (zit. GROSS, Staatshaftung)

GROSS JOST, Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im Schweizerischen Staatshaftungsrecht, Ein bundesgerichtlicher Entscheid zur Klärung, in: recht 1998, S. 49 ff. (zit. GROSS, Widerrechtlichkeit)

GROSS JOST, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987 (zit. GROSS, medizinische Behandlung)

GROSS JOST/PRIBNOW VOLKER, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Bern 2013

GUCKELBERGER ANNETTE, Die Staatshaftung in der Schweiz, in: recht 2008, S. 175 ff.

GUJER ALFRED, Kommentierung von Art. 135 MG, in: FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. GUJER, N ... zu Art. 135 MG)

GUSY CHRISTOPH, Polizeirecht, 9. Aufl., Tübingen 2014

GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht, eine Einführung, Bern 1986 (zit. GYGI, Verwaltungsrecht)

GYGI FRITZ, Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung, in: AUBERT JEAN-FRANÇOIS/BOIS PHILIPPE (Hrsg.), *Mélanges André Grisel*, Neuenburg 1983, S. 417 ff. (zit. GYGI, Widerrechtlichkeit)

GYGI FRITZ, Zum Polizeibegriff, in: MÜLLER GEORG/RHINOW RENÉ A./SCHMID GERHARD/WILDHABER LUZIUS (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 235 ff. (zit. GYGI, Polizeibegriff)

GYGI FRITZ, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege, in: UNIVERSITÄT LAUSANNE (Hrsg.), *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne 1968, S. 221 ff. (zit. GYGI, Staatshaftung)

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012

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

HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2. Aufl., Bern 2014

HÄNER ISABELLE, Kommentierung von Art. 25a VwVG, in: WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), *VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich 2009 (zit. HÄNER, N ... zu Art. 25a VwVG)

HÄNNI PETER, Staatshaftung bei unterlassener Wahrnehmung von Schutzpflichten, Grundsatzfragen und Rechtsprechung im Bereich von Menschenrechten, in: RÜSSLI MARKUS/HÄNNI JULIA/FURRER HÄGGI RETO (Hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen*, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 429 ff. (zit. HÄNNI, Schutzpflichten)

HÄNNI PETER, Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung, in: BOVAY BENOÎT/NGUYEN MINH SON (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: Théorie du droit - Droit administratif - Organisation du territoire*, Bern 2005, S. 337 ff. (zit. HÄNNI, Untätigkeit)

HÄNNI PETER/MAHAIN RAPHAËL, Baupolizeiliche Aufsichtspflichten und Staatshaftung - der Fall Adelboden und die Folgen, in: BR 2011, S. 144 ff.

HANGARTNER YVO, Besprechung des BGE 132 I 7 ff. vom 17. November 2005, in: AJP 2006, S. 740 ff.

HANSJAKOB THOMAS, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit der Polizei, in: *forumpoenale* 2015, S. 33 ff.

HARDY LANDOLT, Die Grundrechtshaftung, Haftung für grundrechtswidriges Verhalten unter besonderer Berücksichtigung der Verletzung der Rechtsgleichheitsgarantie (Art. 8 BV), in: AJP 2005, S. 379 ff.

HARTMANN ADOLF, Der Begriff der Polizei in dogmenhistorischer Darstellung, Diss. Zürich 1945

HENSLER BEAT, Der polizeiliche Schusswaffengebrauch vor dem Hintergrund von Menschenwürde und Rettungsfolter, in: Sicherheit & Recht 2013, S. 29 ff. (zit. HENSLER, Schusswaffengebrauch)

HENSLER BEAT, Sicherheitsarchitektur der Schweiz aus Sicht der Polizei, in: Sicherheit & Recht 2011, S. 75 ff. (zit. HENSLER, Sicherheitsarchitektur)

HENSLER BEAT, Interkantonale Zusammenarbeit, Konkordate und Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten der Schweiz (KKPKS), in: LeGes 2008, S. 495 ff. (zit. HENSLER, Zusammenarbeit)

HOFMANN DAVID/LEDERGERBER DOMINIK, Erweiterung und Vertiefung des Sicherheitsbegriffs nach dem Kalten Krieg, in: JUCHLI PHILIPP/WÜRMLI MARCEL/HAUNREITER DIEGO (Hrsg.), Sicherheit als wirtschaftliches, rechtliches und kulturelles Phänomen, Bern 2008, S. 11 ff.

HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Diss. Zürich 2013, Zürich/Basel/Genf 2014

HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

HUBER HANS, Grundrechte und Polizeigewalt, in: ZBl 1952, S. 233 ff.

HÜRLIMANN BRIGITTE, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss. Freiburg, Zürich 2004

HUG THOMAS, Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Diss. Zürich 1980

HUNOLD FRIDOLIN, Staatshaftung für judikatives Unrecht, Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung bezogen auf den Bund und die Kantone Zürich und Glarus, Diss. Zürich 2013

IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Band II: Besonderer Teil, 6. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1986

IMHOF SANDRO, Geschwindigkeitsmessung mit gleichzeitiger Videoaufzeichnung – unter Berücksichtigung von Art. 13 Abs. 2 BV, in: dRSK vom 12. November 2015

JAAG TOBIAS, Le système général du droit de la responsabilité de l'Etat, in: FAVRE ANNE-CHRISTINE/MARTENET VINCENT/POLTIER ETIENNE (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 23 ff. (zit. JAAG, système général)

JAAG TOBIAS, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Teil 3: Staats- und Beamtenhaftung, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (JAAG, Bundesverwaltungsrecht)

JAAG TOBIAS, Staatshaftung für Schädigung durch rechtskräftige Verfügungen und Entscheide, in: BOVAY BENOÎT/NGUYEN MINH SON (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: Théorie du droit - Droit administratif - Organisation du territoire, Bern 2005, S. 351 ff. (zit. JAAG, Verfügungen)

JAAG TOBIAS, Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: ZSR 2003 II, S. 3 ff. (zit. JAAG, Revision)

JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, Bern 2013

JOST ANDREAS, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975

JUCHLI PHILIPP/WÜRMLI MARCEL/HAUNREITER DIEGO, Sicherheit als wirtschaftliches, rechtliches und kulturelles Phänomen, Bern 2008

KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, in: ZSR 2007, Beiheft 46

KAHNEMANN DANIEL, Schnelles Denken, Langsames Denken, 3. Aufl., München 2012

KAUFMANN OTTO K., Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, in: ZSR 1953, S. 201a ff.

KAUFMANN MATTHIAS/WALTI STEPHANIE, Die polizeiliche Generalklausel – eine schillernde Rechtsfigur, in: YOUSSEF OMAR ABO/TÖNDURY ANDREA (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, S. 59 ff.

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002

KELLER HELEN/BÜRLI NICOLE, Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten, in: AJP 2011, S. 1143 ff.

KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Basel 2012

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015

KNECHT MORRIS, Kommentierung von Art. 27 SprstG, in: FISCHER WILLY/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. KNECHT, N ... zu Art. 27 SprstG)

KNEMEYER FRANZ-LUDWIG, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., München 2007 (zit. KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht)

KNEMEYER FRANZ-LUDWIG, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts – Kritische Bemerkungen zur Literatur über die Entwicklung des Polizeibegriffs, in: AöR 1967, S. 153 ff. (zit. KNEMEYER, Polizeibegriffe)

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013

KOLLER HEINRICH/SCHINDLER BENJAMIN, Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HAFNER FELIX/SCHMID GERHARD/SEELMANN KURT (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Bern 2004

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014

KUHN MORITZ, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958, mit besonderer Berücksichtigung von Art. 3 und Art. 12, Diss. 1970, Zürich 1971

LANGENEGGER DANIEL, Polizeiliche Befugnisse der Angehörigen der Armee, des Grenzwachtkorps, der kantonalen Polizeikorps und privater Sicherheitsdienste, in: Sicherheit & Recht 2011, S. 139 ff.

LANGER LORENZ, Staatliche Nutzung von Social Media-Plattformen, in: AJP 2014, S. 946 ff.

LEUENBERGER CHRISTOPH, Die unverzichtbaren und unverjähbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Eine Untersuchung über die Befristung und Verzichtbarkeit des grundrechtlichen Abwehranspruches, insbesondere in der staatsrechtlichen Beschwerde, Diss. Bern 1976

LEUTERT STEFAN, Polizeikostentragung bei Grossveranstaltungen, Eine Studie unter Berücksichtigung der Grundrechte, des Polizeirechts und des Abgaberechts, Diss. Zürich 2004, Zürich/Basel/Genf 2005

LIENHARD ANDREAS, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz?, in: LeGes 2008, S. 425 ff. (zit. LIENHARD, Auslagerung)

LIENHARD ANDREAS, Innere Sicherheit und Grundrechte, in: recht 2002, S. 125 ff. (zit. LIENHARD, innere Sicherheit)

LIENHARD ANDREAS/HÄSLER PHILIPP, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 95 ff.

LINSI CHRISTIAN, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, in: LeGes 2008, S. 465 ff.

LOBSIGER ADRIAN, Das gesetzgeberische Konzept des Bundesrates zur Bereinigung des Polizeirechts des Bundes, in: LeGes 2008, S. 401 ff. (zit. LOBSIGER, Bereinigung)

LOBSIGER ADRIAN, Grundaufgaben des modernen Rechtsstaates Teil I: Grundaufgaben der Verwaltung, Polizei und Justiz sowie des Zivilen Staatsschutzes, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 155 ff. (zit. LOBSIGER, Grundaufgaben)

MANFRINI PIERRE LOUIS, La responsabilité de l'Etat pour les actes de la police, in: FAVRE ANNE-CHRISTINE/MARTENET VINCENT/POLTIER ETIENNE (Hrsg.), La responsabilité de l'état, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 205 ff.

MAYHALL NADINE, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. Freiburg 2007, Zürich/Basel/Genf 2008

MEYER CHRISTOPH, Staatshaftung, in: BUSER DENISE (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 709 ff.

- MOECKLI DANIEL/KELLER RAPHAEL, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 231 ff.
- MOHLER MARKUS H.F., Besprechung des Urteils SK.2011.12 vom 24. August 2012 des Bundesstrafgerichts sowie der Urteile 6B_604/2012 und 6B_613/2012 vom 16. Januar 2014 des Bundesgerichts, in: AJP 2014, S. 1408 ff. (zit. MOHLER, Entscheid)
- MOHLER MARKUS H.F., Ungenügende Polizeibestände, in: Sicherheit & Recht 2013, S. 62 ff. (zit. MOHLER, Polizeibestände)
- MOHLER MARKUS H.F., Polizeiliche Zusammenarbeit Schweiz-EU, in: Sicherheit & Recht 2013, S. 136 ff. (zit. MOHLER, Zusammenarbeit)
- MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (zit. MOHLER, Polizeirecht)
- MOHLER MARKUS H.F., Staatliches Gewaltmonopol, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 152 ff. (zit. MOHLER, Gewaltmonopol)
- MOHLER MARKUS H.F., Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, in: Jusletter 11. Januar 2010 (zit. MOHLER, Generalklausel)
- MOHLER MARKUS H.F., Vernetzung von Sicherheit, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 521 ff. (zit. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit)
- MOHLER MARKUS H.F., Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, in: AJP 2007, S. 461 ff. (zit. MOHLER, Realakte)
- MOHLER MARKUS H.F., Anliegen und Probleme der kantonalen Polizeigesetzgebung am Beispiel des Polizeigesetzes des Kantons Basel-Stadt, in: AJP 1997, S. 393 ff. (zit. MOHLER, PolG BS)
- MOHLER MARKUS H.F./SCHWEIZER RAINER J., Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht – sicherheitsrechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit dem sicherheitspolitischen Bericht, in: Jusletter 7. Dezember 2009
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I, Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011

MÜLLER CHRISTOPH, Kommentierung von Art. 41-49, 52-61 OR, in: FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. MÜLLER, Handkommentar, N ... zu Art. ... OR)

MÜLLER FRIEDRICH, Ein Gesetz für die Polizei Basel-Landschaft, in: BIAGGINI GIOVANNI/ACHERMANN ALEX/MATHIS STEPHAN/OTT LUKAS (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, Liestal 2005, S. 127 ff. (zit. MÜLLER, POLG BL)

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Grundrechtstheorie)

MÜLLER LUCIEN, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Strassen und Plätze, Bemerkungen zu den Anforderungen und Grenzen, in: YOUSSEF OMAR ABO/TÖNDURY ANDREA (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, S. 89 ff. (zit. MÜLLER, Videoüberwachung)

MÜLLER MARKUS, (Schleich-)Wege zum Verwaltungsrechtsschutz, in: ZBl 2015, S. 59 ff. (zit. MÜLLER, Schleichwege)

MÜLLER MARKUS, Kommentar zum Urteil des BGer 2C_255/2013 vom 11. April 2014, in: ZBl 2014, S. 487 ff. (zit. MÜLLER, Urteilsbesprechung)

MÜLLER MARKUS, Kommentierung von Art. 5 VwVG, in: AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit. MÜLLER, VwVG-Kommentar, N ... zu Art. 5 VwVG)

MÜLLER MARKUS, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege: Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz: Tagung vom 19./20. Oktober 2006 an der Universität Bern, Bern 2007, S. 313 ff. (zit. MÜLLER, Rechtsschutz)

MÜLLER PETER, Impulse und Widerstände bei der Polizeigesetzgebung des Bundes, in: AJP 1997, S. 420 ff. (zit. MÜLLER, Polizeigesetzgebung)

MÜLLER RETO PATRICK, Innere Sicherheit Schweiz, Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, Diss. Basel, Egg bei Einsiedeln 2009 (zit. MÜLLER, innere Sicherheit)

MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Notrecht - ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, in: Sicherheit & Recht 2010, S. 101 ff. (zit. MÜLLER/JENNI, Notrecht)

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

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK, I)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Band II: Besonderer Teil, 3. Teilband: Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1991 (zit. OFTINGER/STARK, II/3)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Band II: Besonderer Teil, 2. Teilband: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, 4. Aufl., Zürich 1989 (zit. OFTINGER/STARK, II/2)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Band II: Besonderer Teil, 1. Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987 (zit. OFTINGER/STARK, II/1)

PÉTERMANN NATHANAËL, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Théorie générale, incidences législatives et mise en oeuvre en droit suisse, Diss. Lausanne, Bern 2014

PFANDER URS, Garantie Innerer Sicherheit, Diss. Basel, Chur/Zürich 1991

PIEROOTH BODO/SCHLINK BERNHARD/KNIESEL MICHAEL, Polizei- und Ordnungsrecht, mit Versammlungsrecht, 8. Aufl., München 2014

PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2012

POLTIER ETIENNE, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite: L'exigence de l'illicéité, in: FAVRE ANNE-CHRISTINE/MARTENET VINCENT/POLTIER ETIENNE (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf 2012, S. 45 ff.

PORTMANN WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, in: SJZ 1997, S. 273 ff.

PREU PETER, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts, Diss. 1981, Göttingen 1983

PRIBNOW VOLKER/GROSS JOST, Staats- und Beamtenhaftung, in: WEBER STEPHAN/MÜNCH PETER (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. Aufl., Basel 2015, S. 99 ff.

PRIBNOW VOLKER/KEUSCH OLIVER, Übersicht über das geltende Staatshaftungsrecht der Kantone, in: HAVE 2012, S. 457 ff.

RACHOR FREDERIK, Organisation der Sicherheitsbehörden in Deutschland, in: DENNINGER ERHARD/RACHOR FREDERIK (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2012, S. 140 ff.

RAUBER PHILIPP, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2006

REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht: Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1993

RÉMY MARC, Droit des mesures policières – Principes généraux, cadre juridique et coopération policière, Zürich/Basel/Genf 2008

REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

RHINOW RENÉ A., Die Bundesverfassung 2000: eine Einführung, Basel 2000

RHINOW RENÉ A./SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009

RICHLI PAUL, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP 1998, S. 1426 ff. (zit. RICHLI, 1998)

RICHLI PAUL, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, in: AJP 1992, S. 196 ff. (zit. RICHLI, 1992)

RITTER WERNER, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Diss. St. Gallen, Chur/Zürich 1994

RIVA ENRICO, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Reakkte, Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: SJZ 2007, S. 337 ff.

ROBERTO VITO, *Haftpflichtrecht*, Bern 2013

ROSSAT-FAVRE COLETTE, *Autorités et usage de la force: quelles limites? L'exemple de la loi fédérale sur l'usage de la contrainte et des mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération*, in: *LeGes* 2008, S. 415 ff.

RUCH ALEXANDER, *Sicherheit in der freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie*, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, Basel 2008, S. 15 ff. (zit. RUCH, *Sicherheit und Freiheit*)

RUCH ALEXANDER, *Regulierungsfragen der Gentechnologie und des Internet*, in: *ZSR* 2004 II, S. 373 ff. (zit. RUCH, *Regulierungsfragen*)

RUCH ALEXANDER, *Äussere und innere Sicherheit*, in: THÜRER DANIEL/ AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 889 ff. (zit. RUCH, *äussere und innere Sicherheit*)

RUDIN BEAT, *Staatsschutz zwischen Freiheit und Sicherheit*, in: *digma* 2015, S. 128 ff.

RÜTSCHÉ BERNHARD, *Was sind öffentliche Aufgaben?*, in: *recht* 2013, S. 153 ff. (zit. RÜTSCHÉ, *öffentliche Aufgaben*)

RÜTSCHÉ BERNHARD, *Staatshaftung für bewilligte Sicherheitsrisiken – warum die objektive Widerrechtlichkeitstheorie nicht funktioniert*, in: *Jusletter* 4. April 2011 (zit. RÜTSCHÉ, *Staatshaftung*)

RÜTSCHÉ BERNHARD, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfassungsrecht*, Diss. Bern 2002 (zit. RÜTSCHÉ, *Grundrechtsverletzungen*)

RYTER MARIANNE, *Staatshaftungsrecht*, in: BIAGGINI GIOVANNI/HÄNER ISABELLE/SCHOTT MARKUS (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, S. 1211 ff.

SALADIN PETER, *Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt*, 3. Aufl., Bern 1982

SALZGEBER PETER, *Die Amtshaftung im schweizerischen Recht mit besonderer Berücksichtigung des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 29. Oktober 1944*, Diss. Bern 1978, Zürich 1979

SAUPE BENEDIKT, Haftung bei Segways, in: HAVE 2015, S. 253 ff.

SCHÄRMELI LILIANE, Entwicklung und Tragweite des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht, in: YOUSSEF OMAR ABO/TÖNDURY ANDREA (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, S. 37 ff.

SCHAUB LUKAS, Staatshaftungsansprüche aus der Verfassung: ein kurzer (erweiterter) Begründungsversuch, in: AJP 2015, S. 459 ff.

SCHEFER MARKUS, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in: AJP 2002, S. 1131 ff.

SCHENKE WOLF-RÜDIGER, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2013

SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, in: Sicherheit & Recht, S. 215 ff.

SCHLÜCHTER FABIO, Haftung für gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden. Das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?, Diss. St. Gallen, Bern 1990

SCHMOHL DENISE, Der Schutz selbst recherchierten Materials, Medienschaffende im Fokus sicherheitspolizeilicher Massnahmen, in: YOUSSEF OMAR ABO/TÖNDURY ANDREA (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, S. 135 ff.

SCHWEGLER IVO, Polizeirecht, in: MÜLLER MARKUS/FELLER RETO (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 265 ff.

SCHWEIZER RAINER J., Ein neues Staatsschutzgesetz?, in: Sicherheit & Recht 2013, S. 123 ff. (zit. SCHWEIZER, Staatsschutz)

SCHWEIZER RAINER J., Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 185 ff. (zit. SCHWEIZER, Kompetenzverteilung)

SCHWEIZER RAINER J., Die innere Sicherheit im Banne der äusseren Sicherheit – Annäherung an ein weites Themenfeld, in: Sicherheitspolitik und Wirtschaft, St. Gallen 1997, S. 160 ff. (zit. SCHWEIZER, Sicherheit)

SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeirecht, in: LeGes 2008, S. 379 ff.

SCHWEIZER RAINER J./SUTTER PATRICK/WIDMER NINA, Grundbegriffe, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 53 ff.

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012

SIGRIST MARTIN, Staatsschutz oder Datenschutz? Die Vereinbarkeit präventiver Datenbearbeitung zur Wahrung der inneren Sicherheit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Diss. Zürich 2014

SOBOTICH VIVIANE, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Diss. Zürich 2000

STEIGER MARTIN, Regulierung von Drohnen im zivilen Behördeneinsatz in der Schweiz, in: Sicherheit & Recht 2014, S. 169 ff.

STRASSER OTHMAR, Polizeiliche Zwangsmassnahmen, Diss. Zürich 1981

SUTTER PATRICK, Staatshaftung für polizeiliches Handeln, in: RÜTSCHENBERG/FELLMANN WALTER (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts, Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, S. 23 ff. (zit. SUTTER, Staatshaftung)

SUTTER PATRICK, Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht 3/2009, S. 175 ff. (zit. SUTTER, Naturgefahren)

SUTTER PATRICK, Zunehmende Diskrepanzen im Verhältnis von Staatsintervention und Staatshaftung, in: SJZ 2009, S. 568 ff. (zit. SUTTER, Diskrepanz)

TANQUEREL THIERRY, La responsabilité de l'Etat pour acte licite, in: FAVRE ANNE-CHRISTINE/MARTENET VINCENT/POLTIER ETIENNE (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 85 ff.

THOMANN EUGEN, Interkantonale polizeiliche Zusammenarbeit, in: AJP 1997, S. 412 ff.

TIEFENTHAL JÜRGEN M./FISCHER RONNY, Rechtliche Zulässigkeit gemeinsamer Polizeikontrollen von Militärischer Sicherheit und Kantonspolizeien, in: Sicherheit & Recht 2014, S. 114 ff.

TÖNDURY ANDREA/YOUSSEF OMAR ABO, Polizeiliche Schutzgüter im Wandel, in: YOUSSEF OMAR ABO/TÖNDURY ANDREA (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, S. 7 ff.

TROCHSLER-HUGENTOBLER CARMEN/LOBSIGER ADRIAN, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 279 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht)

TSCHANNEN PIERRE, „Öffentliche Sittlichkeit“: Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?, in: BOVAY BENOÎT/NGUYEN MINH SON (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: Théorie du droit - Droit administratif - Organisation du territoire, Bern 2005, S. 553 ff. (zit. TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit)

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

TSCHOPP-CHRISTEN MARIANNE, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009

TSCHUMI TOBIAS, Waffenverbote für Angehörige bestimmter Staaten im Konflikt mit der Rechtsgleichheit, in: Sicherheit & Recht 2015, S. 72 ff.

USTER HANSPETER, Das Polizeikonkordat Zentralschweiz (Teil 2), in: Sicherheit & Recht 2012, S. 3 ff.

VERDE MICHEL, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren, in: Jusletter 18. April 2016 (zit. VERDE, Widerrechtlichkeit)

VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. VERDE, Schutznormen)

WALDMANN BERNHARD, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, in: ZSR 2014, S. 489 ff.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, BSK, N ... zu Art. ... BV)

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Kommentierung von Art. 25a VwVG, in: AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit. WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N ... zu Art. 25a VwVG)

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Die Staatshaftung im Bauwesen, in: ZBl 1997, S. 385 ff. (zit. WEBER-DÜRLER, Bauwesen)

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte, in: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern 1989, S. 339 ff. (zit. WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht)

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, in: ZBl 1984, S. 289 ff. (zit. WEBER-DÜRLER, Entschädigung)

WERRO FRANZ, Kommentierung von Art. 41, 55, 56 und 58 OR, in: THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Code des obligations Art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2. Aufl., Genf/Basel/München 2012 (zit. WERRO, OR-Kommentar, N ... zu Art. ... OR)

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. WERRO, responsabilité)

WERRO FRANZ, Die öffentlichrechtliche Staatshaftung aus Sicht eines Privatrechtlers: die Sorgfaltspflichtverletzung des Beamten als einziger Haftungsgrund?, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2006, Bern 2007, S. 125 ff. (zit. WERRO, Staatshaftung)

WERRO FRANZ, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, in: ZSR 1997 I, S. 343 ff. (zit. WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung)

WICHTERMANN JÜRIG, Staatshaftungsrecht, in: MÜLLER MARKUS/FELLER RETO (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 101 ff.

WIDMER PIERRE, Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, in: ZSR 1977 I, S. 417 ff.

WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht (ohne Orts- und Jahresangabe)

WIEGANDT MARIUS H.S., Der Einsatz der Armee: unter Berücksichtigung der subsidiären Sicherungs- und Hilfeinsätze, der internationalen Armeeeinsätze sowie des militärischen Polizeirechts, Diss. 1998, Bern 1999

WÜRMLI MARCEL, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Diss. 2009, Bern 2010 (zit. WÜRMLI, Finanzmarktaufsicht)

WÜRMLI MARCEL, Sicherheit woher – Sicherheit wohin?, in: JUCHLI PHILIPP/WÜRMLI MARCEL/HAUNREITER DIEGO (Hrsg.), Sicherheit als wirtschaftliches, rechtliches und kulturelles Phänomen, Bern 2008, S. 3 ff. (zit. WÜRMLI, Sicherheit)

ZELGER ULRICH, Kommentierung von Art. 679 ZGB, in: FISCHER WILLI/ LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. ZELGER, N ... zu Art. 679 ZGB)

ZUMSTEG PATRICE MARTIN, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 11 ff.

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Privatisierung von Polizeiaufgaben, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 162 ff. (zit. ZÜND/ERRASS, Privatisierung)

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, in: ZBJV 2011, S. 261 ff. (zit. ZÜND/ERRASS, Generalklausel)

Materialienverzeichnis

Botschaften

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

BOTSCHAFT zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Massnahmen gegen Gewaltpropaganda und gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen) vom 17. August 2005, BBl 2005, S. 5613 ff. (zit. BOTSCHAFT BWIS)

BOTSCHAFT zu einer Verfassungsbestimmung über die Bekämpfung von Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen (Hooliganismus) sowie zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) vom 29. August 2007, BBl 2007, S. 6465 ff. (zit. BOTSCHAFT HOOLIGANISMUS/BWIS)

BOTSCHAFT betreffend das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung sowie den Bundesbeschluss über die Organisation der Armee vom 8. September 1993, BBl 1993 IV, S. 1 ff. (zit. BOTSCHAFT MG)

BOTSCHAFT zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014, S. 2105 ff. (zit. BOTSCHAFT NDG)

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwanganwendungsgesetz, ZAG) vom 18. Januar 2006, BBl 2006, S. 2489 ff. (zit. BOTSCHAFT ZAG)

BOTSCHAFT zur Änderung des Zollgesetzes vom 6. März 2015, BBl 2015, S. 2883 ff. (zit. BOTSCHAFT ZG)

Berichte, Stellungnahmen und Vorlagen

BERICHT der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates in Erfüllung der Parlamentarischen Initiative 09.473 (Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST)) vom 3. November 2009, BBl 2010, S. 891 ff. (zit. BERICHT BGST)

ERLÄUTERNDER BERICHT zum Entwurf einer Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) vom 5. Juli 2006 (zit. BERICHT BWIS)

BERICHT der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, herausgegeben vom Bundesamt für Justiz, August 1991 (zit. BERICHT GESAMTREVISION)

BERICHT des Regierungsrates des Kantons Aargau für das Anhörungsverfahren zur Totalrevision des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), mit Teilrevision der Kantonsverfassung vom 5. September 2007 (zit. BERICHT HG AG)

BERICHT des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010 (Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen) vom 2. März 2012, BBl 2012, S. 4459 ff. (zit. BERICHT MALAMA)

BERICHT des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (in Beantwortung des Postulats Stähelin 04.3267 vom 1. Juni 2004. «Private Sicherheitsfirmen») vom 2. Dezember 2005, BBl 2006, S. 623 ff. (zit. BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN)

BERICHT des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23. Juni 2010, BBl 2010, S. 5133 ff. (zit. BERICHT SIPOL 2010)

BERICHT des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (Sicherheit durch Kooperation) vom 7. Juni 1999, BBl 1999, S. 7657 ff. (zit. BERICHT SIPOL 2000)

BERICHT zur Überprüfung des Systems der inneren Sicherheit der Schweiz, Teil II (Grobe Soll-Varianten, Sofortmassnahmen) vom 12. September 2001 (zit. BERICHT USIS II)

BERICHT zur Überprüfung des Systems der inneren Sicherheit der Schweiz, Teil III (Detailstudie) vom 24. September 2002 (zit. BERICHT USIS III)

BERICHT zur Überprüfung des Systems der inneren Sicherheit der Schweiz, Teil IV (Zukünftige Erfüllung der sicherheitspolizeilichen Aufgaben in Bundesverantwortung, Sicherheitssystem der Schweiz mit Schengen/Dublin) vom 30. November 2003 (zit. BERICHT USIS IV)

BERICHT zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die polizeilichen Aufgaben des Bundes (Polizeiaufgabengesetz, PolAG), abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1787/Bericht.pdf>, zuletzt besucht am 30. März 2016 (zit. BERICHT VE POLAG)

STELLUNGNAHME des Bundesrates vom 26. Januar 2011 zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 12. Oktober 2010 «Evaluation der Eidgenössischen Zollverwaltung: Strategische Führung, Aufgaben- und Ressourcenmanagement», BBl 2011, S. 1989 ff. (zit. STELLUNGNAHME GWK)

VORLAGE an den Landrat betreffend Totalrevision des Verantwortlichkeitsgesetzes des Kantons Basel-Landschaft vom 17. April 2007 (zit. VORLAGE HG BL)

Zeitungsartikel

BAUMGARTNER FABIAN, Schüsse auf Amokfahrer waren gerechtfertigt, in: NZZ vom 3. März 2016, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/zuerich/aktuell/polizeieinsatz-in-zuerich-schuesse-auf-amokfahrer-waren-gerechtfertigt-ld.6014>, zuletzt besucht am 30. März 2016 (zit. BAUMGARTNER, NZZ)

BRAND CHRISTINE, Unter Beobachtung des Staates, in: NZZ am Sonntag vom 22. Februar 2015, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/unterbeobachtung-1.18488136>, zuletzt besucht am 30. März 2016 (zit. BRAND, NZZ)

FRIEDLI DANIEL, Armee verstärkt Polizei an Neat-Feier, in: NZZ am Sonntag vom 3. April 2016, abrufbar unter <http://www.pressreader.com/switzerland/nzz-am-sonntag/20160403/281805693072780>, zuletzt besucht am 13. April 2016 (zit. FRIEDLI, NZZ)

HÄUPTLI LUKAS, Internetkriminalität, Interview mit Bundesanwalt Michael Lauber, in: NZZ am Sonntag vom 10. Mai 2015, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/man-macht-das-was-man-noch-machen-kann-1.18539178>, zuletzt besucht am 30. März 2016 (zit. HÄUPTLI, NZZ)

ISRAEL STEPHAN, Europa braucht keine Sondergesetze. Mit dem Ruf nach neuen Gesetzen wird die Ohnmacht und das Versagen der Behörden überspielt, in: Tagesanzeiger vom 12. Januar 2015, abrufbar unter <http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/anschlag-in-paris/Europa-braucht-keine-Sondergesetze/story/10170401>, zuletzt besucht am 30. März 2016 (zit. ISRAEL, Tagesanzeiger)

Einleitung

«Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes (Art. 2 Abs. 1 BV).»

Mit diesen Worten betont die Bundesverfassung gleich zu Beginn die Bedeutung zweier **Staatsaufgaben** und erhebt deren Erfüllung gar zum Staatszweck:¹ Der Schutz der Freiheit der Bürger auf der einen Seite sowie die Wahrung ihrer Sicherheit auf der anderen Seite.

Letzteres, die **öffentliche Sicherheit** aufrechtzuerhalten, ist eine «originäre und primäre Staatsaufgabe».² Der Staat soll ein friedliches Zusammenleben ermöglichen, seine eigenen Institutionen schützen und den einzelnen Bürger als auch die Gesellschaft vor grundlegenden Gefahren und sozialen Notständen bewahren.³ Insbesondere der Auftrag der Gefahrenabwehr erweist sich vermehrt als grosse Herausforderung: Einerseits, weil von Natur und Menschen ausgehende Gefahren allgegenwärtig sind und sich subjektiv wie objektiv stetig verändern.⁴ Andererseits, weil zur Gefahrenabwehr oft in Rechte von Bürgern eingegriffen und deren **Freiheit**, welche der Staat ebenfalls schützen sollte, damit in gewissem Masse beschränkt wird.⁵ Da Freiheit aber doch nur im Zustand einer gewissen Sicherheit denkbar ist und ein Übermass an Freiheit gar die Sicherheit in Frage stellen kann, befinden sich die beiden Staatszwecke somit in einer «brisanten Spannungslage»⁶ bzw. einer «fruchtbare[n] Polarität»^{7, 8}

Dieser Herausforderung, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, stellen sich diverse Akteure: so etwa die **Polizei**, die Armee, das Grenzwachtkorps, wie auch private Sicherheitsunternehmen.⁹ Ersterer kommt hierfür die grösste Bedeutung

¹ Vgl. zum Zweckartikel BOTSCHAFT BV, S. 126 f.; BELSER, BSK, N 4 ff. zu Art. 2 BV; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 22 f.

² BOTSCHAFT BV, S. 399; vgl. auch etwa DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 23 zu Art. 57 BV; HÄNNI/MAHAIN, S. 145; HUG, S. 16; KOLLER/SCHINDLER, S. 278 f.; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 3; SCHWEIZER, SGK, N 5 zu Art. 57 BV; SOBOTICH, S. 11 f.; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 262.
BOTSCHAFT BV, S. 399.

³ Vgl. etwa DENNINGER, Prävention, S. 222 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53; vgl. auch Kap. 1/2/II/1.

⁴ Vgl. MANFRINI, S. 206 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53.
⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53; vgl. auch ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 262.

⁶ DENNINGER, Prävention, S. 222.

⁷ Vgl. ausführlich Kap. 1/2/II/3.

⁸ RÉMY, S. 5.

zu.¹⁰ Sie hat, abgesehen von der Armee, nicht nur deutlich umfangreichere Kompetenzen als die anderen Akteure,¹¹ sondern unterscheidet sich von diesen auch aufgrund ihrer Präsenz und Permanenz: Die Polizei ist grundsätzlich rund um die Uhr in Bereitschaft und in sämtlichen Landesregionen zugegen.¹² Hierzu organisiert sie sich auf allen drei föderalistischen Ebenen: Auf kommunaler, kantonaler und auf Bundesebene, wobei die Mehrheit der Aufgaben durch die kantonalen Korps erfüllt werden.¹³ Diese gliedern sich zumeist in verschiedene Einheiten, so etwa eine **Sicherheitspolizei**.¹⁴

Das Gewaltmonopol des Staates, welches ihm, typischerweise der Polizei, auch die Anwendung von **Zwang** ermöglicht,¹⁵ verleiht ihm eine gewisse Macht. Wo Macht besteht, existiert auch das Risiko, dass diese missbraucht wird.¹⁶ Diese **Macht** der Polizei als Institution, aber auch die Befugnisse der einzelnen Polizeibeamten, muss deshalb beschränkt und reguliert werden.¹⁷ Diesem Anliegen dienen zum einen die **rechtsstaatlichen Grundsätze**,¹⁸ insbesondere das Verhältnismässigkeits- und Legalitätsprinzip. Zum andern kommt auch den **Grundrechten** die Funktion zu, der Macht des Staates, etwa in Form der Sicherheitsbehörden, Grenzen zu setzen.¹⁹

Beide Institute können ihre Funktion aber nur erfüllen, wenn sie in der Praxis tatsächlich Beachtung finden. Den Bürgern müssen entsprechend effektive **Rechtsschutzmöglichkeiten** an die Hand gegeben werden. Dabei wirkt erschwerend, dass das alltägliche sicherheitspolizeiliche Handeln, auf die Abwehr von Gefahren und Störungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gerichtet,²⁰ oft nicht als Rechtsakt juristisch formalisiert ist.²¹ Vielmehr bezwecken etwa Zugangsverweigerungen,²² Polizeikontrollen und Rückweisungen²³ das Er-

¹⁰ KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, S. 19; RÉMY, S. 5; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 262.

¹¹ Vgl. Kap. 1/3/IV ff.

¹² RÉMY, S. 5.

¹³ RÉMY, S. 8; vgl. Kap. 1/2/IV.

¹⁴ RÉMY, S. 8; vgl. z.B. Art. 3 PolG BE; § 1 Abs. 2 lit. b PolG LU.

¹⁵ MANFRINI, S. 206; PFANDER, S. 103; RAUBER, S. 100; vgl. auch BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 631 f.

¹⁶ ROSSAT-FAVRE, S. 416.

¹⁷ MOHLER, Gewaltmonopol, S. 153 f. und 158 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 28.

¹⁸ Vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 42; RITTER, S. 115; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 262.

¹⁹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 42 f.

²⁰ Vgl. z.B. § 2 Abs. 1 PolG AG; Art. 1 Abs. lit. 1 i.V.m. Art. 3 PolG BE; § 1 Abs. 2 lit. a PolG LU.

²¹ MANFRINI, S. 207.

²² BGE 130 I 369 ff. (379), E. 6.1.

reichen eines bestimmten faktischen Zustands, erfolgen also mehrheitlich in Form von **Realakten**.²⁴ Bei diesen stehen die üblichen Wege, die Rechtmässigkeit zu überprüfen, (oft) nicht offen.²⁵ Denn wenn Handlungen nicht mehr rückgängig gemacht werden können und allenfalls bereits Personen-, Sach- oder ein Vermögensschaden eingetreten ist, genügen die ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr.²⁶ Und genau dies ist im sicherheitspolizeilichen Bereich aufgrund der Notwendigkeit schnellen und situationsgerechten Handelns nicht selten.²⁷

Auch wenn das sicherheitspolizeiliche Handeln meistens nicht direkt auf Rechtswirkungen abzielt, ist es doch regelmässig mit Eingriffen in die Rechte der Bürger verbunden²⁸ und kann letzteren, v.a. beim Einsatz von Zwangsmitteln, Schaden zufügen.²⁹ In diesen Fällen kommt der **Staatshaftung**, d.h. der Haftung der öffentlichen Gemeinwesen, eine besondere Bedeutung zu.³⁰

Im dritten Teil dieser Arbeit wird vertieft auf die Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte eingegangen, insbesondere werden die relevanten Haftungsgrundlagen sowie die Haftungsvoraussetzungen dargelegt und analysiert, inwieweit diese den Besonderheiten sicherheitspolizeilicher Tätigkeit gerecht werden.

Zuvor stehen im zweiten Teil die rechtsstaatlichen Grenzen sicherheitspolizeilicher Tätigkeit im Zentrum: Den rechtsstaatlichen Grundsätzen, den Grundrechten, sowie dem Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte wird jeweils ein Kapitel gewidmet.

Zu Beginn wird im ersten Teil dieser Arbeit der sicherheitspolizeiliche Aufgabenbereich umrissen sowie auf die Handlungsinstrumente bzw. -befugnisse der sicherheitspolizeilichen Akteure näher eingegangen. Denn erst auf der Grundlage der so gefassten Erkenntnisse kann überhaupt erläutert werden, in welchen Bereichen und vor was die Bürger durch rechtsstaatliche Grenzen sowie die

²³ BGE 128 I 167 ff. (174), E. 4.5.

²⁴ Vgl. etwa MANFRINI, S. 207; MOOR/POLTIER, S. 28 und 31; RÉMY, S. 18 f.; vgl. Kap. 1/3/II/3/A.

²⁵ MANFRINI, S. 208; MOOR/POLTIER, S. 39 ff.; RÉMY, S. 18 f.; SCHINDLER, S. 215 ff., insbes. S. 221; zur alten Rechtslage vor Einführung von Art. 29a BV vgl. noch RICHLI, 1998, S. 1426 ff. und RICHLI, 1992, S. 196 ff.; vgl. Kap. 2/4/III.

²⁶ Vgl. GYGI, Staatshaftung, S. 224; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 443; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331.

²⁷ HÄNER, N 12 zu Art. 25a VwVG.

²⁸ Vgl. LANGENEGGER, S. 140.

²⁹ Vgl. etwa MANFRINI, S. 207.

³⁰ Vgl. GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1429; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1590; MOOR/POLTIER, S. 39.

Staatshaftung zu schützen sind. Dies bedarf zuerst der Beantwortung einer ersten zentralen Frage: **Was oder wer ist (die) Polizei?**

1. Teil: Begriff der Polizei, ihre Aufgaben und Massnahmen

1. Kapitel: Der Begriff der Polizei

I. Einleitung

Im **alltäglichen Gebrauch** bezeichnet der Begriff «Polizei» in der Regel die uniformierten und bewaffneten Polizeikorps, denen die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung obliegt.¹

Obwohl die **rechtliche Bedeutung** des Begriffs bereits Gegenstand diverser Abhandlungen war,² erscheint er noch heute als **diffus und mehrdeutig**.³ Einerseits kann diese Unschärfe darauf zurückgeführt werden, dass die für das Polizeirecht zentralen Begriffe der Gefahr sowie die Oberbegriffe der polizeilichen Schutzgüter, nämlich die öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung, selbst sehr weit und wertungsbedürftig ist.⁴ Andererseits ist der Polizeibegriff vage, weil er in unterschiedlichem Zusammenhang benutzt wird – unter anderem, um eine Funktion oder Behördenorganisation zu bezeichnen.⁵ Schliesslich ist einer Begriffsklarheit abträglich, dass der eigentliche Auftrag der Polizei, Gefahren abzuwehren, immer weniger von den Anliegen der Sozialgestaltung abgegrenzt werden kann.⁶

Sozialgestaltung meint an dieser Stelle staatliche Tätigkeit, welche auf die allgemeine Wohlfahrt gerichtet ist, was neben dem Schutz der Freiheit und Wah-

¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 53; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3802.

² Vgl. insbesondere die Dissertation von HARTMANN und JOST; vgl. weiter anstelle vieler SCHÄRMELI, S. 37 ff.

³ GYGI, Polizeibegriff, S. 248; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3802; LEUTERT, S. 55; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 84; MOHLER, Realakte, S. 462 Fn. 17; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5; PFANDER, S. 10; REINHARD, S. 6; RITTER, S. 79, 81 ff. und 87 ff.; SCHÄRMELI, S. 47; SCHWEGLER, Nr. 1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 53.

⁴ GYGI, Polizeibegriff, S. 248; REINHARD, S. 6 f.; zum Begriff der Gefahrenabwehr vgl. Kap. 1/2/III, zum Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Kap. 1/2/II/2.

⁵ REINHARD, S. 6; SCHÄRMELI, S. 47; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 53; vgl. Kap. 1/1/III/1 zum institutionellen und Kap. 1/1/III/2 zum materiellen Polizeibegriff.

⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2432; REINHARD, S. 7.

rung der Sicherheit der Bürger ein weiterer Staatszweck der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist: Zum einen soll sie «für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern» sorgen, was auch Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit und Daseinsvorsorge beinhaltet.⁷ Zum andern soll sie aber auch «die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes» fördern⁸ und damit auch für gesellschaftliche, wirtschaftliche und ökologische Sicherheit sorgen⁹.

Wie in den folgenden Kapiteln aufzuzeigen wird, erweist sich der Polizeibegriff im Schweizer Recht und Rechtsalltag tatsächlich zumeist als konturlos und gewissen Termini, etwa demjenigen der Sicherheitspolizei, scheint keine klare und somit **keine eigenständige rechtliche Bedeutung** zuzukommen. Teile der Lehre gehen so weit, dass sie dem Polizeibegriff, ja sogar der Abgrenzung des Polizeirechts generell,¹⁰ die rechtliche Bedeutung absprechen: Wenn etwa die Tätigkeit einer Behörde von der Polizei im materiellen Sinne erfasst werde, liessen sich daraus keine Rechtswirkungen ableiten – die polizeilichen Interessen hätten längst ihre besondere Bedeutung verloren.¹¹ Entsprechend habe der Polizeibegriff heute rein deskriptiven Charakter.¹²

Einerseits ist dies nach der hier vertretenen Ansicht nur teilweise richtig, was in der Folge aufgezeigt werden soll: Vor allem die Tatsache, dass der Polizei i.e.S. und gewissen Bundesorganen die (nahezu) exklusive Befugnis – teilweise gar Pflicht – zukommt, Verfügungsfrei auch unmittelbaren Zwang anzuwenden, lässt es als unausweichlich erscheinen, sie von der allgemeinen Verwaltung abzugrenzen, ihren Aufgabenbereich genau zu definieren und ihrem Handeln klare und strenge (rechtsstaatliche) Grenzen zu setzen.¹³

Andererseits kann die Mehrdeutigkeit des Polizeibegriffs keine Rechtfertigung dafür sein, im Wirrwarr um seine Bedeutung nicht Klarheit schaffen, sondern sich mit dem Status quo der Vagheit begnügen zu wollen. Denn Tatsache ist, dass der Polizeibegriff nach wie vor positivrechtlich verwendet wird und entsprechend auch eine klare Begriffsbestimmung erforderlich ist. Ein Beispiel für dessen Verwendung im gesetzten Recht sind Normen in kantonalen Verantwortlichkeitserlassen, welche im Rahmen «polizeilicher Massnahmen», die zur Ab-

⁷ Art. 2 Abs. 3 BV; vgl. auch Art. 41 Abs. 1 und 2 BV; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 32 f. zu § 6.

⁸ Art. 2 Abs. 3 BV.

⁹ TSCHANNEN, Staatsrecht, N 32 zu § 6.

¹⁰ Vgl. etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 53.

¹¹ SCHÄRMELI, S. 54 f.

¹² SCHÄRMELI, S. 54.

¹³ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 45; SALADIN, S. 348.

wehr eines Polizeinotstandes ergriffen wurden, eine Haftung für rechtmässige Schädigung vorsehen.¹⁴

Da sich die Unbestimmtheit des Polizeibegriffs teilweise historisch erklären lässt, soll im nächsten Kapitel (Kap. 1/1/II) zuerst dessen historische Entwicklung beleuchtet werden. Denn entsprechend den sich wandelnden gesellschaftlichen Bedürfnissen und den unterschiedlichen vorherrschenden Staatsrechtstheorien haben sich jeweils auch Inhalt und Auffassung des Polizeibegriffs gewandelt.¹⁵ In den darauf folgenden Kapiteln wird auf die unterschiedlichen Definitionen des Polizeibegriffs näher eingegangen (Kap. 1/1/III) und der für diese Arbeit relevante Polizeibegriff herausgearbeitet (Kap. 1/1/IV).

II. Historische Entwicklung des Polizeibegriffs

Das griechische Wort «politeia», von welchem «Polizei» abgeleitet wurde, steht noch umfassend für «Bürgerrecht» oder «Staatsverwaltung».¹⁶

Auch in der **frühen Neuzeit** verwies der Polizeibegriff noch keineswegs auf eine bestimmte Organisation oder Funktion, sondern auf einen «Zustand guter Ordnung des Gemeinwesens».¹⁷ Polizei lag vor, wenn die Bürger einen züchtigen und ehrbaren Lebenswandel pflegten sowie deren Zusammenleben geordnet und geregelt war.¹⁸ Dies umfasste die gesamte Rechtsordnung und bezog sich auf die verschiedensten Lebensbereiche:¹⁹ So enthielten etwa die frühen deutschen Polizeiordnungen, insbesondere im 16. Jahrhundert erlassen,²⁰ Regeln zu Beruf und Handel, zur Bekleidung und Hygiene, zum Verhalten an öffentlichen

¹⁴ Art. 8 Abs. 1 HG FR; vgl. auch § 5 Abs. 2 HG LU; Art. 8 Abs. 1 HG NE; Art. 4 Abs. 2 ff. HG NW; Art. 2 VG SG; Art. 6 Abs. 2 HG SH; § 10 VG SO; Art. 9 Abs. 1 HG TI; § 9 Abs. 2 VG ZG; § 13 Abs. 1 HG ZH.

¹⁵ PFANDER, S. 10 f.; vgl. auch GYGI, Polizeibegriff, S. 248.

¹⁶ Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Polizei>, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. auch DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 2 f.; HARTMANN, S. 17; JOST, S. 15; KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht, Nr. 2; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5 m.w.H.; RAUBER, S. 41; REINHARD, S. 2; SCHÄRMELI, S. 38; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 263.

¹⁷ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 3; GÖTZ, N 2 zu § 2; GYGI, Polizeibegriff, S. 237; HARTMANN, S. 17 f.; KNEMEYER, Polizeibegriffe, S. 158; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5 m.w.H.; PREU, S. 20 f.; RAUBER, S. 41; REINHARD, S. 2; SCHÄRMELI, S. 39; SCHENKE, Nr. 2; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 8.

¹⁸ KNEMEYER, Polizeibegriffe, S. 155.

¹⁹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 3; GÖTZ, N 2 zu § 2; KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht, Nr. 2; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 2.

²⁰ Vgl. etwa SCHÄRMELI, S. 39.

Anlässen oder untersagten das Fluchen und die Gotteslästerung.²¹ Kaum etwas konnte sich der Regelung durch die Polizeiordnungen entziehen – auch eindeutig private Bereiche waren davon erfasst.²² Privat war regelmässig nicht nur der Gegenstand der Polizeierlasse, die Privaten waren auch bei deren Vollzug von Bedeutung: So waren es oft die Bürger selbst, welche Ordnungsverstösse anzeigten und so für die gute Ordnung sorgten.²³ Deren tatsächliche Durchsetzung lag aber auch damals primär in der Hand der herrschenden Ordnungsmächte.

Dies akzentuierte sich im Zeitalter des **Absolutismus**: Die Landesherren setzten Amtsträger ein, welche die umfassenden Ordnungen im Bedarfsfall auch mit Zwang und Strafe durchzusetzen hatten.²⁴ «Polizei» bezeichnete somit erstmals auch eine **Institution**, welcher die Ausübung der für den Absolutismus typischen «Polizeigewalt» oblag.²⁵ Dies war aber keine ausgesonderte Behörde, sondern betraf die gesamte Staatsverwaltung – die Rechtsetzung und Rechtsprechung eingeschlossen.²⁶ Bei der Vollzugsbehörde handelte es sich regelmässig um kasernierte Militäreinheiten, die sich von den übrigen Armeeangehörigen beinahe nicht unterschieden, im Gegensatz zu heute also noch nicht um ein ziviles Organ.²⁷

Bildete sich so langsam ein institutioneller Polizeibegriff heraus, konnte von einem materiellen aber noch immer nicht gesprochen werden.²⁸ Im Gegenteil: Kaum ein Bereich des sozialen Lebens der Bürger blieb mehr frei von Regelungen.²⁹ Fast sämtliche Angelegenheiten, welche mit «Sicherheit» oder «Wohlfahrt» zu tun hatten, wurden normiert.³⁰ Zusätzlich widmeten sich die Polizeiordnungen vermehrt Wirtschaftsfragen und zielten darauf ab, die Produktivität der Gesellschaft zu maximieren.³¹ In Abgrenzung zum heutigen Rechtsstaat wurde dies später als «**Polizeistaat**» bezeichnet, in welchem die Herrscher die innerstaatlichen Angelegenheiten umfassend regelten, ohne dabei rechtsstaatli-

²¹ SCHÄRMELI, S. 40 f. mit Verweis auf GÖTZ, N 2 zu § 2; KNEMEYER, Polizeibegriffe, S. 160; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 2; PREU, S. 16 ff.

²² KNEMEYER, Polizeibegriffe, S. 160; SCHÄRMELI, S. 41.

²³ KNEMEYER, Polizeibegriffe, S. 160 ff.

²⁴ GÖTZ, N 3 zu § 2; REINHARD, S. 2; SCHÄRMELI, S. 43.

²⁵ GÖTZ, N 3 zu § 2; HARTMANN, S. 14; LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 2; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 4; REINHARD, S. 2.

²⁶ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 3; GÖTZ, N 3 zu § 2; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5 m.w.H.; REINHARD, S. 3 und Fn. 11.

²⁷ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 9.

²⁸ SCHÄRMELI, S. 43.

²⁹ SCHÄRMELI, S. 43.

³⁰ SCHÄRMELI, S. 43; vgl. auch LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 2.

³¹ HARTMANN, S. 22 f.; PREU, S. 17.

che Grundsätze wie die Gewaltenteilung, das Legalitätsprinzip und die Gewährleistung von Rechtsschutz oder die Grundrechte der Bürger zu beachten.³²

Ein materieller Polizeibegriff entwickelte sich erst im Zeitalter der **Aufklärung**. Am Anfang stand die Idee, den Zweck des Staates zu beschränken³³ und die verbleibende Staatsgewalt aufzuteilen, etwa mit der Rechtsetzung ein spezifisches Organ zu beauftragen.³⁴ Nur wenn dieses, der Gesetzgeber, sich entsprechend äusserte, konnten der Staat und so die Polizei tätig werden.³⁵ Dies bedeutete nicht nur eine Begrenzung der Polizeigewalt, sondern machte aus einer zuvor umfassenden Machtbefugnis nun eine (beschränkte) Aufgabe des Staates.³⁶ Die Polizei hatte nunmehr die **Funktion**, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren.³⁷

Eine weitere, entscheidende Eingrenzung erfuhr der Polizeibegriff mit dem Aufkommen des **liberalen Rechtsstaates**: Der Staat sollte sich zwar durchaus auch der Wohlfahrtspflege annehmen, sozialgestaltende Staatstätigkeit aber von anderen Verwaltungsbehörden wahrgenommen und nicht mehr durchs Polizeirecht geregelt werden.³⁸ Diese Entwicklung war alsdann bald rückläufig. Denn im **sozialen Rechtsstaat** wurden wieder vermehrt auch von der Polizei sozialgestaltende Massnahmen verlangt und der Polizeibegriff entsprechend erweitert.³⁹ Was blieb, war das Bestreben, die von der Polizei zu schützenden Güter – teilweise durch gesetzliche Aufzählungen – zu beschränken und auf diese Weise auch deren Aufgaben und Befugnisse zu begrenzen.⁴⁰

Das Polizeirecht unterscheidet somit historisch bedingt in der Regel einen institutionellen und einen materiellen Polizeibegriff. Ein Teil der Lehre verwendet

³² DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 4; GÖTZ, N 4 zu § 2; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 4; REINHARD, S. 3 m.w.H.

³³ REINHARD, S. 3.

³⁴ HARTMANN, S. 41; LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 12 m.w.H.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 6 m.w.H.; vgl. hierzu auch TÖNDURY/YOUSSEF, S. 9 f. und 12 f.

³⁵ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 14.

³⁶ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 20; vgl. auch DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 4.

³⁷ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 4; GYGI, Polizeibegriff, S. 237; HARTMANN, S. 41 f.; LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 20 und 22 f.; vgl. auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 6 f. m.w.H.; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 5; SCHÄRMELI, S. 46 f. m.w.H.

³⁸ REINHARD, S. 4; vgl. auch HARTMANN, S. 39 ff.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 6 f. m.w.H.

³⁹ JOST, S. 16 ff. m.w.H.; REINHARD, S. 5; vgl. auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7 m.w.H.; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 19 ff.

⁴⁰ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 13.

zusätzlich den Ausdruck der Polizei im formellen Sinne.⁴¹ Neben diesen Termini haben sich in Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung aber noch weitere Polizeibegriffe etabliert, welche nach einer Besprechung des institutionellen, materiellen und formellen Polizeibegriffs im folgenden Kapitel erläutert werden.

III. Unterschiedliche Definitionen des Polizeibegriffs

1. Institutioneller Polizeibegriff

A) Definition

Der institutionelle Polizeibegriff, auch organisatorischer Polizeibegriff genannt,⁴² umfasst jene Dienststellen, denen **primär** die **Aufgabe der Gefahrenabwehr** obliegt und die hierfür organisationsrechtlich als **Polizeibehörden ausgesondert** sind.⁴³ Letzteres erfolgt in der Regel in kantonalen Polizei-⁴⁴ bzw. Polizeiorganisationsgesetzen⁴⁵, teilweise auch in allgemeinen Verwaltungserlassen^{46 47}.

Dieser Polizeibegriff ist weitgehend mit dem alltäglichen Verständnis von «Polizei» synonym, meint er doch in erster Linie die uniformierten Kräfte der Kantons- oder Gemeindepolizei,⁴⁸ die «Polizei i.e.S.».⁴⁹ Ihr obliegt grundsätzlich die **allgemeine Gefahrenabwehr**, wie Streifenfahrten oder Überwachung von De-

⁴¹ Vgl. zu dieser Dreiteilung etwa KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 20 f.; REINHARD, S. 7 ff., 26 und 27 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 36; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 264.

⁴² So etwa bei ANDEREGG, Nr. 460 Fn. 399; REINHARD, S. 26; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 53; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 265; ZÜND/ERRASS, Privatisierung, S. 168.

⁴³ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 3; GÖTZ, N 15 zu § 2; KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht, Nr. 26; LEUTERT, S. 56; RÉMY, S. 9; REINHARD, S. 26 m.w.H.; SCHENKE, Nr. 1 und 14; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 38; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 53; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 265; ZÜND/ERRASS, Privatisierung, S. 168.

⁴⁴ Vgl. etwa das PolG AG.

⁴⁵ Vgl. etwa das PolOG ZH.

⁴⁶ Vgl. etwa § 4 Abs. 1 Ziff. 27 des Dekrets zum Verwaltungsorganisationsgesetz vom 6. Juni 1983 des Kantons Basel-Landschaft (Nr. 140.1).

⁴⁷ Vgl. auch SUTTER, Staatshaftung, S. 26.

⁴⁸ GAMMA, S. 24; RAUBER, S. 44; REINHARD, S. 26; SCHÄRMELI, S. 48; ZÜND/ERRASS, Privatisierung, S. 168.

⁴⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 53; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 265.

monstrationen.⁵⁰ Von besonderer Bedeutung ist, dass ihr die Befugnis zukommt, unmittelbaren Zwang anzuwenden.⁵¹

B) Ausdehnung auf die Polizei i.w.S.?

Ein grosser Teil der Lehre ist der Ansicht, dass der institutionelle Polizeibegriff des Weiteren sämtliche Verwaltungsbehörden umfasst, welche (unter anderem) Aufgaben der **besonderen Gefahrenabwehr** wahrnehmen und etwa als Spezialpolizeibehörden, Verwaltungspolizei oder auch Polizei i.w.S. bezeichnet werden.⁵² Sie sind beispielsweise im Bereich des Bau-, Brandsicherheits-, Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, aber auch als Gewerbe- und Fremdenpolizei tätig oder führen die kantonalen Strassenverkehrsämter und Passbüros.⁵³

Die Polizei i.w.S. ebenfalls unter den institutionellen Polizeibegriff zu subsumieren ist nach der hier vertretenen Ansicht **abzulehnen**, würde es doch mit dessen zuvor zitierten Umschreibung im Widerspruch stehen, wonach es sich bei der Polizei um Dienststellen handelt, denen primär die Aufgabe der Gefahrenabwehr obliegt und die hierfür organisationsrechtlich als Polizeibehörden ausgesondert sind.⁵⁴

Einerseits muss die Verwaltungspolizei in erster Linie den relevanten Vorschriften der jeweiligen Spezialgesetze Nachachtung verschaffen.⁵⁵ Zwar geht es auch hierbei oft um Gefahrenabwehr.⁵⁶ Etwa das Lebensmittelgesetz soll «die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen [bewahren], welche die Gesundheit gefährden können»⁵⁷ und das Umweltschutzgesetz «Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche [...] Einwirkungen schützen»⁵⁸. Im Gegensatz zur Polizei i.e.S. ist die Ge-

⁵⁰ REINHARD, S. 11; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 53.

⁵¹ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 45; SALADIN, S. 348.

⁵² LEUTERT, S. 56 und 61; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 131 ff.; PFANDER, S. 15 und 19; RÉMY, S. 9 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 53; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 265; ZÜND/ERRASS, Privatisierung, S. 168; a.M. SCHÄRMELI, S. 48.

⁵³ JAAG/RÜSSLI, Nr. 3802; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 21; RAUBER, S. 43; SCHÄRMELI, S. 49; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 41 Fn. 208; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 53 und N 8 ff. und 15 ff. zu § 53.

⁵⁴ Vgl. SALADIN, S. 350; SCHÄRMELI, S. 48.

⁵⁵ Vgl. REINHARD, S. 34.

⁵⁶ Für den Begriff der Gefahrenabwehr vgl. Kap. 1/2/III.

⁵⁷ Art. 1 lit. a LMG.

⁵⁸ Art. 1 Abs. 1 USG.

fahrenabwehr bei der Verwaltungspolizei aber nur eine Aufgabe unter vielen,⁵⁹ nicht aber ihr **primärer** Auftrag⁶⁰.

So will das Lebensmittelgesetz die Konsumenten nicht nur vor Gefahren, sondern auch vor Täuschungen schützen,⁶¹ das Umweltschutzgesetz auch vor bloss «lästigen Einwirkungen» bewahren, sowie «die natürlichen Lebensgrundlagen, insbesondere die biologische Vielfalt und die Fruchtbarkeit des Bodens, dauerhaft erhalten».⁶² Das Raumplanungsgesetz hat gar den Zweck, «die Siedlungsentwicklung nach innen zu lenken, unter Berücksichtigung einer angemessenen Wohnqualität», «kompakte Siedlungen zu schaffen», sowie «das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben in den einzelnen Landesteilen zu fördern und auf eine angemessene Dezentralisation der Besiedlung und der Wirtschaft hinzuwirken»⁶³.

Insbesondere die Baupolizei muss durch die Erteilung von Baubewilligungen also auch Ziele verfolgen, welche nichts mit Gefahrenabwehr zu tun haben, sondern etwa rein ästhetisch, raumplanerisch oder denkmalschützerisch motiviert sind.⁶⁴ Es ist oft sehr schwierig, diese Anliegen, welche gemäss dem einleitend umschriebenen Begriff eher der Sozialgestaltung zuzuordnen sind, von der Tätigkeit der besonderen Gefahrenabwehr zu unterscheiden.⁶⁵

Andererseits ist die Verwaltungspolizei gerade nicht **als Polizeibehörde ausgesondert**, sondern kann als «normale» Verwaltungsbehörde bezeichnet werden.⁶⁶ Zwar werden gewisse Angestellte der Verwaltungspolizei – man denke etwa an

⁵⁹ Vgl. REINHARD, S. 34.

⁶⁰ Vgl. SCHÄRMELI, S. 48.

⁶¹ Art. 1 lit. c LMG, was nicht nur der Gesundheit, sondern auch etwa der Einhaltung religiöser Speisegebote oder der Ernährung gemäss einem bestimmten Lebensstil (bzw. Trend) dient.

⁶² Art. 1 Abs. 1 USG; wobei es sich bei der Erhaltung der biologischen Vielfalt teilweise um einen reinen Wohlstandsaspekt handelt und bzgl. der Frage, welche Biodiversität anzustreben ist, keineswegs Einigkeit besteht.

⁶³ Art. 1 Abs. 2 RPG.

⁶⁴ REINHARD, S. 10; SALADIN, S. 350; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 53; vgl. SALADIN, S. 344 ff. auch allgemein zur Entwicklung, dass die öffentlichen Interessen, welche staatliche Eingriffe rechtfertigen, heute weit über den Polizeibereich hinausgehen.

⁶⁵ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2432; LEUTERT, S. 61; REINHARD, S. 10; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 37; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 zu § 53.

⁶⁶ Vgl. SCHÄRMELI, S. 48; zur Abgrenzung der Polizei von der allgemeinen Verwaltung siehe ausführlich LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 28 ff.

einen Lebensmittel-, Bau-, oder Gewerbeinspektor – wie die Polizei i.e.S. «vor Ort tätig». Grösstenteils arbeiten sie aber «vom Schreibtisch aus».⁶⁷

Oftmals wird die Verwaltungspolizei nämlich im Bereich der Abwehr von **abstrakten Gefahren** tätig.⁶⁸ Dies erfolgt etwa durch den Erlass von Verwaltungsverordnungen sowie insbesondere mittels Erteilung von Bewilligungen und ist eher auf Vorsorge und Planung ausgerichtet.⁶⁹ Selbst wenn sie sich ausnahmsweise der konkreten Gefahrenabwehr widmet, indem sie etwa Bewilligungen für die Berufsausübung, für Arzneimittel oder Bauten entzieht, welche die Sicherheitsauflagen nicht mehr erfüllen, bleibt sie i.d.R. hinter dem Schreibtisch. Das tatsächliche Handeln hingegen obliegt in erster Linie den Polizeikorps.⁷⁰ Denn der Verwaltungspolizei fehlt grundsätzlich die für die Polizei i.e.S. typische **Zwangsbefugnis** im Sinne der Anwendung unmittelbaren physischen Zwangs, weshalb sie für die Durchsetzung ihrer Anordnungen regelmässig auf die Hilfe der Gemeinde- oder Kantonspolizei zurückgreifen muss.⁷¹ Nur ausnahmsweise wird sie durch ein Spezialgesetz zur Zwangsausübung legitimiert.⁷²

C) Fazit

Insbesondere die (nahezu) exklusive Befugnis – teilweise gar Pflicht – der Polizei i.e.S. und gewisser Bundesorgane, Verfügungsfrei auch unmittelbaren Zwang anzuwenden, ist Rechtfertigung genug, auch nur sie und keine andere Verwaltungsbehörde als «Polizei» zu bezeichnen.⁷³ Hinzu kommt der allgemeine Gefahrenabwehrauftrag der Polizeikorps, welcher diese von den übrigen Staatsorganen abgrenzt.⁷⁴ Die Ansicht, der Begriff der institutionellen Polizei stehe in erster Linie für die Polizei i.e.S., wird schliesslich auch durch das Faktum unterstützt, dass Verwaltungsbehörden wie die Baupolizei vermehrt den Wortzusatz

⁶⁷ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 53.

⁶⁸ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 53; LEUTERT, S. 61 und RÉMY, S. 10, schreiben ihr sogar nur die abstrakte Gefahrenabwehr zu.

⁶⁹ Vgl. JAAG/RÜSSELI, Nr. 3802; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 111; SCHÄRMELI, S. 51 m.w.H.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; vgl. auch Kap. 1/2/III zum Begriff der (abstrakten und konkreten) Gefahr.

⁷⁰ RAUBER, S. 50; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 27 zu § 54; BGE 111 Ia 322 f. (323), E. 6a; vgl. auch ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 268.

⁷¹ LOBSIGER, Bereinigung, S. 405; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 und 17 zu § 53; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 265.

⁷² So etwa die Zollbehörden nach Art. 100 ff. ZG (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 53, welche diesbezüglich von «Sonderpolizei» sprechen).

⁷³ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 45; SALADIN, S. 348.

⁷⁴ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 41.

«-polizei» verlieren und neu etwa als «Abteilung»⁷⁵ oder «Amt für Baubewilligungen»⁷⁶ bezeichnet werden. Dies ist zu begrüssen, ist dieser Wortzusatz doch lediglich ein «historisches Relikt»⁷⁷ aus einer Zeit, in welcher «Polizei» noch keine ausgesonderte Behörde, sondern die gesamte Staatsverwaltung bezeichnete.⁷⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung bezieht sich der institutionelle Polizeibegriff auf kantonaler Ebene also vor allem auf die **kantonalen** und, wenn wie etwa in den Städten Zürich und Winterthur vorhanden, die **kommunalen Polizeikorps**, wobei sowohl die Sicherheits- als auch die Verkehrspolizei erfasst werden.⁷⁹ Obwohl auf Bundesebene keine Behörde speziell für die Aufgabe der Gefahrenabwehr ausgesondert worden ist, kann man auf dieser Ebene aufgrund ihrer (Zwangsbefugnisse insbesondere das **Grenzwachtkorps** sowie das **Kommando Militärische Sicherheit**, beschränkt auch die Bundeskriminalpolizei sowie der Bundessicherheitsdienst, unter den institutionellen Polizeibegriff subsumieren.⁸⁰

2. Materieller Polizeibegriff

A) Definition

Gemäss materiellem Polizeibegriff, der regelmässig auch funktioneller Polizeibegriff genannt wird,⁸¹ bezeichnet das Wort «Polizei» die **Funktion** des Staates, **Gefahren** für die **öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren** sowie

⁷⁵ Vgl. etwa für den Kanton Aargau <https://www.ag.ch/de/bvu/bauen/baubewilligungen/baubewilligungen.jsp>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁷⁶ Vgl. etwa für die Stadt St. Gallen <http://www.stadt.sg.ch/home/verwaltung-politik/direktionen/bau-planung/amt-baubewilligungen.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016; für die Stadt Zürich https://www.stadterich.ch/hbd/de/index/ueber_das_department/organisation/amt_fuer_baubewilligungen.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁷⁷ REINHARD, S. 34; vgl. auch SCHÄRMELI, S. 49.

⁷⁸ Vgl. Kap. 1/1/II.

⁷⁹ Vgl. LANGENEGGER, S. 141.

⁸⁰ LOBSIGER, Bereinigung, S. 405, gemäss welchem auch das Departement für Umwelt, Energie und Verkehr mit den polizeilichen Regelungen im Bahn- und Luftfahrtbereich genannt werden könnte; vgl. auch LANGENEGGER, S. 141.

⁸¹ So z.B. bei ANDEREGG, Nr. 460; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 20; SUTTER, Staatshaftung, S. 24; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 ff. zu § 53; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 264 f.; vgl. hingegen MOHLER, Polizeirecht, Nr. 130, welcher den funktionellen und institutionellen Polizeibegriff gleichsetzt.

Störungen zu beseitigen.⁸² Er enthält gemäss herrschender Lehrmeinung sämtliches Handeln staatlicher Institutionen, welches diesem Zweck dient: Welche Verwaltungsstelle genau tätig wird und ob es sich dabei um die Legislative oder Exekutive handelt, spiele keine Rolle.⁸³

B) Beschränkung auf die konkrete Gefahrenabwehr?

Um eine Ausuferung des materiellen Polizeibegriffs zu vermeiden, will nun ein Teil der Lehre diesen auf die Abwehr von **konkreten Gefahren** und Beseitigung von Störungen beschränken.⁸⁴ Dieser Forderung kommt durchaus eine gewisse Berechtigung zu:

Damit liesse sich einerseits grundsätzlich der Bereich der Rechtsetzung, aber auch ein Grossteil des Tätigkeitsbereichs der Verwaltungspolizei⁸⁵ nicht mehr unter den Begriff subsumieren. Mit anderen Worten würde zwischen «**interveniendem Vollzug**» auf der einen, sowie Rechtsetzung und «**verwaltungsrechtlicher Umsetzung (Verfügungen)**» auf der anderen Seite unterschieden werden.⁸⁶ Letzteres sind beides Gebiete, in welchen die Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Sozialgestaltung, für welche sich im materiellen Polizeibegriff gemäss einem Teil der Lehre gerade kein Platz findet,⁸⁷ besondere Schwierigkeiten bereitet.

Andererseits würde durch diese Begriffsbeschränkung ein anderer – **vorverlagerter – Handlungsbereich** des Staates nicht mehr unter den materiellen Polizeibegriff fallen, welcher seinerseits diverse Spezialitäten aufweist und besonde-

⁸² DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 3 ff.; FAVRE, 100 ans, S. 259; GAMMA, S. 23 f. m.w.H.; GÖTZ, N 13 und 19 zu § 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2431; HARTMANN, S. 80 ff.; IMBODEN/RHINOW, S. 971; JOST, S. 15 m.w.H.; KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht, Nr. 24; LEUTERT, S. 55; LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 59 mit Verweis aufs deutsche und französische Recht, welche den materiellen Polizeibegriff nahezu identisch verwenden; MOHLER, Realakte, S. 462 f. m.w.H.; PFANDER, S. 13 und 90 ff.; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 19; REINHARD, S. 7 m.w.H.; RÉMY, S. 9; RITTER, S. 85; SCHENKE, Nr. 1 f. und 9; SCHWEGLER, Nr. 2; SUTTER, Staatshaftung, S. 24; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 264 f.; vgl. auch BGE 97 I 499 ff. (505), E. 4c; GYGI, Polizeibegriff, S. 237.

⁸³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2431; vgl. auch ANDEREGG, Nr. 460 und Fn. 399; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 84; REINHARD, S. 7; RITTER, S. 83; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 ff. zu § 53.

⁸⁴ LEUTERT, S. 61; REINHARD, S. 11; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 37; für eine enge Auslegung auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7; SALADIN, S. 348 ff.

⁸⁵ LEUTERT, S. 61; REINHARD, S. 11.

⁸⁶ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 84; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 27.

⁸⁷ LEUTERT, S. 56 m.w.H.; vgl. auch SALADIN, S. 350.

ren gesetzgeberischen Sicherungen bedarf.⁸⁸ Um ihre Aufgaben erfüllen zu können, müssen die Sicherheitsbehörden unter Umständen bereits vor Auftreten einer konkreten Gefahr oder einer Störung (bzw. einer Straftat) die Möglichkeit haben, gewisse Informationen zu sammeln.⁸⁹ Insbesondere angesichts der zurzeit bedeutendsten Gefahren, allen voran der organisierten Kriminalität sowie des Terrorismus, mehren sich die Schutzansprüche an den Staat, wobei v.a. der Bereich der präventiven Datenbearbeitung stetig an Bedeutung gewinnt.⁹⁰ Der Staat «soll Wanzen legen, Sender verstecken, Computer hacken dürfen» – und dies teils ohne spezifischen Anfangsverdacht.⁹¹

Schliesslich ist es gerade der Bereich der konkreten Gefahrenabwehr, der mit gewissen **Besonderheiten** aufwartet, welche etwa bei der Anwendung der rechtsstaatlichen Grundsätze, bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes oder auch der Staatshaftung zu berücksichtigen sind und entsprechend eine vom ordentlichen Verwaltungsrecht gesonderte Regelung als Polizeirecht rechtfertigen.⁹² Sie leitet sich beispielsweise oft aus **offenen Aufgabenzuweisungen** ab,⁹³ weshalb die einzelnen Tätigkeiten kaum vorweg exakt umschrieben werden können.⁹⁴ Entsprechend kommt – im Gegensatz zu den anderen staatlichen Aufgabenbereichen – auch eine Anwendung der polizeilichen Generalklausel in Frage.⁹⁵ Zusätzlich begründen konkrete Gefahren viel häufiger die Notwendigkeit, **unmittelbaren Zwang** gegen Personen oder Sachen anzuwenden, was spezifische Anforderungen an die Rechtsgrundlagen sowie an die ausführenden Beamten stellt.⁹⁶ Die abstrakte Gefahrenabwehr hingegen, oft spezialgesetzlich genau determiniert, steht der übrigen Verwaltungstätigkeit viel näher⁹⁷ und bedarf viel weniger einer differenzierten Behandlung.

⁸⁸ Vgl. hierzu auch BIAGGINI, Gutachten, S. 261.

⁸⁹ REINHARD, S. 218; vgl. auch BIAGGINI, Gutachten, S. 260 ff.

⁹⁰ Vgl. FAVRE, enjeux, S. 17; PFANDER, S. 28 f.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

⁹¹ Vgl. zum Ganzen ISRAEL, Tagesanzeiger; vgl. auch BRAND, NZZ; DENNINGER, Prävention, S. 222 ff.

⁹² Vgl. Kap. 2/2 zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen, Kap. 2/4 zum Rechtsschutz und Kap. 3 zur Staatshaftung.

⁹³ REINHARD, S. 32.

⁹⁴ Vgl. etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 53; vgl. auch ausführlich Kap. 1/2, inbes. 1/2/V.

⁹⁵ Vgl. MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7; SALADIN, S. 348 f.; vgl. Kap. 2/2/I/4/B.

⁹⁶ Vgl. Kap. 2/2/I zum Legalitätsprinzip.

⁹⁷ Vgl. etwa SCHÄRMELI, S. 48; siehe auch SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 41 Fn. 208, welche von der Verwaltungspolizei als «Teil der Verwaltung» sprechen.

C) Fazit

Es muss eingeräumt werden, dass es sehr **schwierig** erscheint, etwa konkrete und abstrakte Gefahrenabwehr sinnvoll voneinander **abzugrenzen**.⁹⁸ Eng damit verbunden ist die Problematik, Sozialgestaltung von der Tätigkeit der (besonderen) Gefahrenabwehr zu unterscheiden.⁹⁹ Einerseits wird mit Gefahrenabwehr auch ein friedliches und geregeltes Zusammenleben der Menschen bezweckt, andererseits können ebenso mittels sozialgestaltenden Massnahmen gewisse Gefahren abgewehrt werden.¹⁰⁰ Letzteres erscheint sogar von zentraler Bedeutung zu sein: «Symptombekämpfende Staatsgewalt», etwa in Form eines Einsatzes der Polizeikorps, kann und darf immer nur im Moment und für kurze Zeit zum Einsatz kommen.¹⁰¹ Längerfristig können Gefahren nur sinnvoll abgewehrt werden, indem das Verhalten des Störers geändert wird, was wiederum das Lösen gesellschaftlicher Probleme bedingt.¹⁰²

Zweifellos wird der Staat nicht nur in der Gefahrenabwehr, sondern immer mehr auch leistend, beratend und gestaltend tätig.¹⁰³ Umfasste der allgemeine materielle Polizeibegriff früher noch den Hauptanteil staatlicher Aktivität, kann er heute also nichts mehr über die generelle Staatszuständigkeit aussagen.¹⁰⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht sollte er aber nach wie vor dazu geeignet sein, die Kompetenzen derjenigen Behörden zu bestimmen, welche sich um die Sicherheit zu kümmern haben.¹⁰⁵

Selbst wenn – oder gerade weil – auch diese immer stärker im Bereich der Prävention tätig werden, erscheint die Beschränkung der sicherheitsbehördlichen Kompetenzen und damit auch die (restriktive) Abgrenzung von Sozialgestaltung und Gefahrenabwehr unentbehrlich.¹⁰⁶ Denn die Sicherheitsbehörden verfügen über mächtige, teilweise stark grundrechtseinschränkende Instrumente, deren Anwendungsbereich klar begrenzt und damit für den Bürger berechenbar sein

⁹⁸ Vgl. auch SCHÄRMELI, S. 54 f.

⁹⁹ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2432 und 2473; LEUTERT, S. 61; REINHARD, S. 10; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 37; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 zu § 53.

¹⁰⁰ REINHARD, S. 7 m.w.H.; vgl. auch GYGI, Polizeibegriff, S. 242; JOST, S. 101, 113, 124 f.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 265.

¹⁰¹ PFANDER, S. 7.

¹⁰² PFANDER, S. 7.

¹⁰³ PFANDER, S. 17.

¹⁰⁴ PFANDER, S. 17.

¹⁰⁵ GL.M. PFANDER, S. 17 f.

¹⁰⁶ PFANDER, S. 18.

muss.¹⁰⁷ Für einen Eingriff der Polizei eine Gefahr vorauszusetzen – für einen Eingriff ohne gesetzliche Grundlage sogar eine schwere und unmittelbare Gefahr – ist dabei eine unerlässliche Absicherung.¹⁰⁸

3. Formeller Polizeibegriff

Ein Teil der Lehre umschreibt neben der Polizei im materiellen und institutionellen Sinne noch eine dritte Kategorie, die Polizei im formellen Sinne.¹⁰⁹ Ein anderer Teil der Lehre benutzt diesen Terminus anstelle des zuvor definierten institutionellen Polizeibegriffs oder verwendet diese beiden synonym.¹¹⁰ Teilweise werden der institutionelle und formelle Polizeibegriff aber auch als Unterkategorien eines neben dem materiellen Polizeibegriff stehenden zweiten, organisatorischen Polizeibegriffs gesehen.¹¹¹

Zwischen der Polizei im formellen und institutionellen Sinn gibt es tatsächlich einen engen Zusammenhang. Denn der formelle Polizeibegriff umfasst gemäss gängiger Definition den **Tätigkeitsbereich der Polizei im institutionellen Sinne**,¹¹² bezieht sich also direkt auf den institutionellen Polizeibegriff.¹¹³ Dennoch beschreibt er gemäss dieser Begriffsbestimmung eine Tätigkeit, womit er dem materiellen Polizeibegriff nahe steht. Deckungsgleich sind diese beiden Begriffe aber nicht, auch ist einer nicht einfach ein Ausschnitt des anderen.¹¹⁴

Ein zentrales Element des formellen Polizeibegriffs, also des Tätigkeitsbereichs der Polizei im institutionellen Sinn, ist die Gefahrenabwehr für Rechtsgüter, deren Schutz das Strafrecht vorsieht.¹¹⁵ Hinsichtlich der Aufklärung und Verhinde-

¹⁰⁷ PFANDER, S. 18.

¹⁰⁸ PFANDER, S. 18.

¹⁰⁹ Vgl. GAMMA, S. 24; HARTMANN, S. 68 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 21; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5; REINHARD, S. 27 ff.; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 264 und 266.

¹¹⁰ FAVRE, 100 ans, S. 260; LEUTERT, S. 56; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 19; RAUBER, S. 43; RÉMY, S. 9.

¹¹¹ So etwa bei SUTTER, Staatshaftung, S. 24; oder SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 36, welche aber vom formell-institutionellen Polizeibegriff als Oberkategorie sprechen.

¹¹² GÖTZ, N 14 zu § 2; KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht, Nr. 25; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5; REINHARD, S. 6 und 27; SCHENKE, Nr. 1 und 16; SCHWEGLER, Nr. 3; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 39; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 264.

¹¹³ Vgl. auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 5.

¹¹⁴ Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 40; SUTTER, Staatshaftung, S. 27.

¹¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54; vgl. auch PFANDER, S. 2 f. und 91.

nung von Straftaten ist die Polizei i.e.S. so auch vorbehaltlos zuständig.¹¹⁶ Dies entspricht der Aufgabenumschreibung in gewissen Polizeierlassen: «Ziel ist es insbesondere, die Begehung von unmittelbar bevorstehenden oder die Fortsetzung von bereits begonnenen Straftaten zu verhindern.»¹¹⁷ Zwar ist die Verhinderung von Straftaten ein Element des materiellen Polizeibegriffs, deren Aufklärung fällt allerdings in den kriminalpolizeilichen Auftragsbereich.¹¹⁸

Der formelle Polizeibegriff ist also einerseits weiter als der materielle, da die Polizei i.e.S. auch Aufgaben wahrnimmt, welche nicht unter den materiellen Polizeibegriff fallen, wie eben etwa die Strafverfolgung, aber auch die Zwangsausübung im Zusammenhang mit Amts-, Rechts- und Vollzugshilfe oder sogar die Wohlfahrtspflege.¹¹⁹ Andererseits umfasst der materielle Polizeibegriff, wenn auch gemäss oben vertretener Ansicht in beschränktem Masse, zusätzlich vereinzelt Tätigkeiten weiterer staatlicher Akteure.¹²⁰ Betritt etwa die Feuerwehr ein brennendes Haus, um einen Menschen zu retten, so handelt sie durchaus materiell polizeilich, ohne aber zur Polizei im institutionellen Sinn zu gehören.¹²¹

Die Relevanz dieser dogmatischen Zu- oder Einordnung des formellen Polizeibegriffs ist wohl beschränkt. Zu sagen, es sei unnötig, eine Polizei im formellen Sinn abzugrenzen, da der Begriff inhaltsleer und rechtlich irrelevant sei,¹²² ist nach der hier vertretenen Ansicht aber falsch. Denn wie zuvor aufgezeigt wurde, rechtfertigt die (nahezu) exklusive Befugnis – teilweise gar Pflicht – der Polizei i.e.S. und gewisser Bundesorgane, verfügungsfrei auch unmittelbaren Zwang anzuwenden, nur sie und keine andere Verwaltungsbehörde als «Polizei» zu bezeichnen.¹²³ Entsprechend ist es auch wichtig, ihren Tätigkeitsbereich genau zu bestimmen. Dieser wurde mittlerweile denn auch in sämtlichen Kantonen in Polizeierlassen sowie in entsprechenden Bundesgesetzen normiert.¹²⁴ Im nachfolgenden Kapitel zu den sicherheitspolizeilichen Aufgaben (Kap. 1/2/IV) wird da-

¹¹⁶ MANFRINI, S. 205; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54.

¹¹⁷ Art. 3 Abs. 1 Satz 2 PolG BE; vgl. auch Art. 8 Satz 2 PolG NE.

¹¹⁸ REINHARD, S. 54; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54; vgl. auch PFANDER, S. 2; RAUBER, S. 6; zur schwierigen aber wichtigen Abgrenzung vgl. Kap. 1/1/III/4/D.

¹¹⁹ KNEMEYER, Polizei- und Ordnungsrecht, Nr. 25; REINHARD, S. 27; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 266.

¹²⁰ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, S. 21; REINHARD, S. 7 und 27; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 40; SUTTER, Staatshaftung, S. 27.

¹²¹ LEUTERT, S. 56; RÉMY, S. 11.

¹²² Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 1.

¹²³ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 45; SALADIN, S. 348.

¹²⁴ Vgl. das PolG BE oder PolG LU, in welchen bereits in Art. 1 bzw. § 1 die allgemeinen Polizeiaufgaben geregelt werden.

rauf näher eingegangen, wobei auch gewisse nach wie vor bestehende Schwachstellen aufgezeigt werden sollen.

4. Weitere Polizeibegriffe

A) Einleitung

Neben den eben beschriebenen Polizeibegriffen finden sich im Polizeirecht noch weitere Begriffsunterscheidungen, wie etwa in Kantons- und Gemeindepolizei, Sicherheits-, Verkehrs- und Kriminalpolizei sowie in Verwaltungs- und Sonderpolizei mit deren zahlreichen Untereinheiten.¹²⁵ Diese Unterscheidungen sind nicht strikt an die Dreiteilung in materielle, institutionelle und formelle Polizei gebunden.¹²⁶ Sie können nämlich teilweise als Kategorien des institutionellen Polizeibegriffs gesehen werden, als Untereinheiten der Polizeibehörden.¹²⁷ Teilweise werden sie aber auch als Beschreibung eines Tätigkeits- bzw. Aufgabenbereiches verstanden¹²⁸ oder stehen gleichzeitig für eine Institution wie auch eine Funktion¹²⁹. Die Unterteilung in Kantons- und Gemeindepolizei bezieht sich schliesslich in erster Linie aufs relevante Territorium.¹³⁰

B) Sicherheitspolizei

a) Sicherheitspolizei im materiellen Sinn

Von den weiteren Polizeibegriffen ist der Begriff der Sicherheitspolizei für die vorliegende Arbeit am bedeutsamsten. Er wird in der Lehre mehrheitlich in einem materiellen Sinne gebraucht, zur Abgrenzung von anderen, etwa kriminalpolizeilichen Aufgaben der Polizeibehörden.¹³¹ Entsprechend steht Sicherheitspolizei für «die Wahrung der **öffentlichen Sicherheit** und Ordnung durch die **Abwehr von Gefahren** und Beseitigung von Störungen».¹³²

¹²⁵ Vgl. z.B. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 139 und die folgenden Ausführungen.

¹²⁶ LEUTERT, S. 57.

¹²⁷ So z.B. bei RÉMY, S. 9 f.; auch RAUBER, S. 45 ff. beschreibt diese Polizeibegriffe im Kapitel «Die Polizei als Behörde»; vgl. auch REINHARD, S. 35 bzgl. der Sicherheitspolizei.

¹²⁸ Vgl. LEUTERT, S. 57; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 ff. zu § 53; REINHARD, S. 32 spricht z.B. bzgl. der Unterscheidung von Sicherheits- und Verwaltungspolizei von einer Unterscheidung «im Bereich der materiellen Polizei».

¹²⁹ Vgl. z.B. REINHARD, S. 34 bzgl. der Kriminalpolizei.

¹³⁰ Vgl. etwa MOHLER, Polizeirecht, Nr. 139.

¹³¹ REINHARD, S. 31; vgl. auch LEUTERT, S. 57.

¹³² LEUTERT, S. 57 mit Verweis auf GAMMA, S. 25 Fn. 11 und S. 32 f.; REINHARD, S. 31; SCHMOHL, S. 137; vgl. auch etwa Art. 8 i.V.m. Art. 5 PolG NE; § 2 PolG SO; § 9 PolOG ZH.

Diese Tätigkeit bezieht sich auf die **allgemeine**, nicht spezialgesetzlich geregelte **Gefahrenabwehr**,¹³³ welche sich etwa aus Polizeierlassen oder der polizeilichen Generalklausel ableiten lässt¹³⁴ und zur Tätigkeit der Verwaltungspolizei subsidiär ist.¹³⁵ Subsidiäre Zuständigkeit ist aber nicht mit aufgehobener Zuständigkeit zu verwechseln.¹³⁶ Die «normalen» Polizeibehörden behalten nämlich ihre Kompetenz, wenn die Verwaltungsbehörde «nicht rechtzeitig handeln kann»,¹³⁷ wenn also zeitliche Dringlichkeit vorliegt.¹³⁸

Den Begriff der Sicherheitspolizei in diesem materiellen Sinn zu gebrauchen erscheint insbesondere mit Blick auf die sehr **unterschiedliche Begriffsverwendung** in den kantonalen Polizeierlassen ungenau: Gewisse Polizeigesetze verwenden ihn gar nicht und zählen die Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung undifferenziert als eine Aufgabe der (Kantons-)Polizei unter anderen auf.¹³⁹ Andere verwenden den Begriff zwar, definieren ihn aber nicht.¹⁴⁰ Dritte weisen der Sicherheitspolizei neben der konkreten Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung noch weitere Aufgabenbereiche zu.¹⁴¹ Bei vierten könnte man den Eindruck erhalten, «Sicherheitspolizei» verweise eher auf eine bestimmte Polizeieinheit, als auf einen Aufgabenbegriff.¹⁴²

b) Sicherheitspolizei im institutionellen Sinn

Letzterem entsprechend wird der Begriff der Sicherheitspolizei in der Lehre teilweise in einem institutionellen Sinne verwendet. Ihn als Synonym zu «uniformierte Polizei» und «Polizei vor Ort» zu sehen,¹⁴³ würde aber zu eng greifen. Denn auch etwa die Verkehrs- oder Grenzpolizei ist uniformiert und wird vor Ort tätig.¹⁴⁴ Da diesen ebenfalls primär die Gefahrenabwehr obliegt, sie als Poli-

¹³³ REINHARD, S. 32; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 53.

¹³⁴ REINHARD, S. 32.

¹³⁵ GUSY, Nr. 134 ff.; REINHARD, S. 32; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 53; vgl. auch etwa § 5 PolG BE; § 4 PolG BS; § 10 PolG NE; § 7 PolG SZ; § 2 PolG ZG.

¹³⁶ Vgl. REINHARD, S. 33.

¹³⁷ § 5 PolG BE; § 4 PolG BS.

¹³⁸ GAMMA, S. 24 f. m.w.H.; GUSY, Nr. 136; REINHARD, S. 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 53.

¹³⁹ Z.B. PolG BS, insbes. § 2; PolG GE, insbes. Art. 3; PolG GR, insbes. Art. 2.

¹⁴⁰ Z.B. § 3 Abs. 1 lit. a PolG AG.

¹⁴¹ Z.B. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 PolG BE; § 17 PolG ZH.

¹⁴² Z.B. Art. 8 i.V.m. Art. 5 PolG NE, gemäss welchem die Sicherheitspolizei eingreift, wenn zeitliche Dringlichkeit vorliegt – grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich um eine materiell-polizeiliche Aufgabe handelt oder nicht.

¹⁴³ Vgl. etwa GAMMA, S. 24.

¹⁴⁴ Vgl. LEUTERT, S. 57 f.; vgl. auch etwa § 29 PolG BS; Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 9

zeibehörde ausgesondert und insbesondere mit der Befugnis unmittelbarer Zwangsanwendung ausgestattet sind, fallen sie nach der hier vertretenen Auffassung zwar auch unter den institutionellen Polizeibegriff. Insbesondere der allgemeine Gefahrenabwehrauftrag der Sicherheitspolizei auf der einen, die viel spezifischeren Aufgaben der Verkehrs-, und Grenzpolizei auf der anderen Seite, rechtfertigen es aber, diese Einheiten begrifflich auseinander zu halten.

Sicherheitspolizei und «uniformierte Polizei» bzw. «Polizei vor Ort» gleichzusetzen, widerspricht des Weiteren teilweise auch den Begriffsverwendungen in den Kantonen. Gewisse Kantone unterscheiden nämlich ausdrücklich zwischen einer Regionalpolizei als «eigentliche Frontpolizei», welche «meistens als erste am Ereignisort» interveniert und «sowohl kriminal-, verkehrs- wie auch sicherheitspolizeiliche Anliegen zu bearbeiten»¹⁴⁵ hat, sowie einer separaten Sicherheitspolizei, welche «die Spezialversorgung im Bereiche der Gefahrenabwehr» wahrnimmt und damit oft nicht unmittelbar vor Ort, sondern auch etwa im Bereich der reinen Organisation tätig wird^{146, 147}. Wie dieses Beispiel aber zeigt, entspricht es doch der Realität in vielen Kantonen, den Begriff der Sicherheitspolizei im institutionellen Sinn zu verwenden – weist er doch regelmässig auf eine **bestimmte Einheit der Polizeikorps** hin.¹⁴⁸

In der Mehrheit der Kantone ist die Kantonspolizei grds. nach den klassischen Tätigkeitsbereichen – vorab die Kriminal, Verkehrs- und Sicherheitspolizei – organisiert. Letzterer obliegen dabei regelmässig nicht nur sicherheitspolizeiliche Aufgaben, sondern sie ist eher «als eigentliche **Stabsorganisation** gegliedert»,¹⁴⁹ bzw. als eine Art **Auffangeinheit** gedacht, welche sämtliche polizeili-

Abs. 1 PolG FR; Art. 23 Abs. 1 PolG JU.

¹⁴⁵ http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/org/rp.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

¹⁴⁶ http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/org/sipo.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

¹⁴⁷ Vgl. auch etwa die Organisation im Kanton Aargau, in welchem grds. die Mobile Einsatzpolizei als erste vor Ort tätig wird, die Sicherheitspolizei hingegen nur eine Untereinheit einer anderen Abteilung bildet, welcher nicht nur sicherheitspolizeiliche Aufgaben und auch Schreibtischarbeiten obliegen (https://www.ag.ch/de/dvi/kantonspolizei/kapo_auftrag/organisation/mobile_einsatzpolizei_2/mobile_einsatzpolizei_1.jsp, zuletzt besucht am 30. März 2016); vgl. auch die Organisation im Kanton Graubünden (<http://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/kapo/ueberuns/organisation/Seiten/default.aspx>, zuletzt besucht am 30. März 2016).

¹⁴⁸ Vgl. auch etwa RAUBER, S. 47.

¹⁴⁹ http://www.kapo.tg.ch/xml_42/internet/de/application/d5382/f5620.cfm, zuletzt besucht am 30. März 2016.

chen Aufgaben bearbeitet, «soweit sie nicht einer anderen Abteilung zugewiesen sind»^{150,151}.

Dazu gehört etwa die Kantonspolizei Luzern mit ihrer Organisation einer Polizei i.e.S. in Verkehrs- und Kriminalpolizei sowie Sicherheitspolizei Land und Stadt.¹⁵² Letztere nehmen allerdings ebenfalls diverse Aufgaben im Bereich der «Strafverfolgung gemäss Strafprozessordnung», also kriminalpolizeiliche Aufgaben, wahr.¹⁵³

Auch die Kantonspolizei Zürich ist eher klassisch organisiert und sondert, neben gewissen Stabsstellen sowie einer Verkehrs-, Kriminal-, Flughafen- und Regionalpolizei, eine Sicherheitspolizei aus. Neben gewissen Aufgaben der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung führt diese aber beispielsweise auch «das Polizeifängnis, bildet Polizeihunde aus, spürt Umweltsünder auf, kontrolliert den Waffenhandel» und «ahndet Verletzungen des Geschäftsgeheimnisses».¹⁵⁴

Ein ähnliches Bild zeigt sich im Kanton Graubünden, wo zwar die gewohnte Terminologie verwendet wird, aber beispielsweise die Untereinheit «Fliegende Einsatzleitner» der Sicherheitspolizei «verkehrs-, kriminal- und sicherheitspolizeiliche Aktionen mit dem Helikopter unterstützen».¹⁵⁵

Im Kanton Aargau bezeichnet die Sicherheitspolizei lediglich eine Untereinheit der Abteilung «Führung & Einsatz», wobei als weitere Abteilungen etwa eine «Kriminalpolizei» und eine «Mobile Einsatzpolizei» vorgesehen sind. Die Sicherheitspolizei ist hier weder ausschliesslich noch als einzige Einheit für si-

¹⁵⁰ § 15 Abs. 1 DR SZ.

¹⁵¹ Vgl. neben den in der Folge genannten Beispiele auch etwa die Kantonspolizei Appenzell Ausserrhoden (<https://www.ar.ch/verwaltung/departement-inneres-und-sicherheit/kantonspolizei/ueber-uns/sicherheitspolizei/>, zuletzt besucht am 30. März 2016); Kantonspolizei Nidwalden (http://www.nw.ch/de/verwaltung/aemter/?amt_id=483, zuletzt besucht am 30. März 2016); Kantonspolizei Schwyz (§ 15 DR SZ i.V.m. § 1 PolG SZ); Kantonspolizei Solothurn (§ 2 – 4 PolG SO); Kantonspolizei St. Gallen (Art. 1 PolV SG); Kantonspolizei Thurgau (http://www.kapo.tg.ch/xml_42/internet/de/application/d5382/f5620.cfm, zuletzt besucht am 30. März 2016); Kantonspolizei Zug (<http://www.zg.ch/behoerden/sicherheitsdirektion/zuger-polizei/organisation>, zuletzt besucht am 30. März 2016).

¹⁵² § 8 Abs. 1 PolV LU.

¹⁵³ https://polizei.lu.ch/abteilungen/sicherheitspolizei_land, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. zur Kriminalpolizei Kap. 1/1/III/4/D.

¹⁵⁴ http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/org/sipo.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

¹⁵⁵ <http://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/kapo/ueberuns/organisation/sicherheitspolizei/Seiten/FEL.aspx>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

cherheitspolizeiliche Aufgaben tätig, sondern sie «koordiniert die Einsatztrainings und die Einsätze».¹⁵⁶

In einer weiteren Gruppe von Kantonen wird die Terminologie «Sicherheitspolizei» gar nicht verwendet und eine andere Abteilung, etwa die «Verkehrs- und Einsatzpolizei», stellt die «verkehrs- und sicherheitspolizeiliche Grundversorgung» sicher.¹⁵⁷

Etwas andere Begrifflichkeiten finden sich schliesslich in den Westschweizer Kantonen, wo regelmässig die «Gendarmerie» für die «Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zuständig» ist, daneben aber auch andere, etwa Aufgaben der Strafverfolgung, wahrnimmt.¹⁵⁸ Die Einheit, welcher überwiegend kriminalpolizeiliche Aufgaben zukommen, wird teilweise «police judiciaire»,¹⁵⁹ teilweise aber auch «police de sûreté»,¹⁶⁰ zu Deutsch eigentlich «Sicherheitspolizei», genannt.

¹⁵⁶ https://www.ag.ch/de/dvi/kantonspolizei/kapo_auftrag/organisation/support_1/Fuehrung.jsp, zuletzt besucht am 30. März 2016.

¹⁵⁷ So im Kanton Appenzell Innerrhoden (http://www.ai.ch/de/verwaltung/fachbereiche/?amt_id=765, zuletzt besucht am 30. März 2016); vgl. auch Kanton Bern (<http://www.police.be.ch/police/de/index/ueber-uns/organisation/Organigramm.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016); Kanton Uri (http://www.ur.ch/de/verwaltung/verwaltungorg/welcome.php?amt_id=848&page=1, zuletzt besucht am 30. März 2016).

¹⁵⁸ Vgl. etwa den Kanton Freiburg (http://www.fr.ch/pol/de/pub/ueber_uns/organisation/gendarmerie.htm, zuletzt besucht am 30. März 2016 und Art. 9 PolG FR); vgl. auch den Kanton Genf (<https://www.geneve.ch/police/nos-services/gendarmerie/>, zuletzt besucht am 30. März 2016 und Art. 6 Abs. 1 lit. g PolG GE); den Kanton Jura (Art. 10 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 16 PolG JU); den Kanton Neuenburg (Art. 51 PolV NE); den Kanton Waadt (Art. 36 PolG VD); den Kanton Wallis (Art. 3 lit. a PolG VS und Art. 4 Abs. 1 und 2 PolV VS); vgl. auch Art. 13 PolG TI («Gendarmeria»); vgl. dazu RÉMY, S. 10 und 12.

¹⁵⁹ Kanton Genf (Art. 6 Abs. 1 lit. f PolG GE und <https://www.geneve.ch/police/nos-services/pj/>, zuletzt besucht am 30. März 2016); Kanton Jura (Art. 19 PolG JU); Kanton Neuenburg (Art. 9 PolG NE); Kanton Wallis (<http://www.policevalais.ch/a-notre-propos/organisation-et-services/>, zuletzt besucht am 30. März 2016); im Kanton Tessin «Polizia giudiziaria» (Art. 14 PolG TI).

¹⁶⁰ Art. 12 PolG FR (französische Ausführung – in der deutschen Ausführung wird wiederum der Begriff der Kriminalpolizei verwendet); Art. 41 PolG VD; Art. 3 lit. b PolG VS und Art. 4 Abs. 1 und 3 PolV VS.

c) *Fazit*

Aus diesen Betrachtungen folgt, dass der Begriff der Sicherheitspolizei in den Kantonen zum Teil gar nicht und wenn, dann sehr **unterschiedlich verwendet** wird. Es handelt sich dabei also nicht um einen einheitlichen, gefestigten Begriff, welcher im Polizeirecht entscheidend sein könnte. Da «Sicherheitspolizei» sowie «sicherheitspolizeilich» in den Polizeierlassen aber doch sehr oft verwendet werden, soll ihnen für die vorliegende Arbeit eine Bedeutung zugesprochen werden:

Mit Blick auf die tatsächliche Situation in den Kantonen soll «**Sicherheitspolizei**» in der Folge für eine bestimmte **Behörde** bzw. Institution stehen, «**sicherheitspolizeilich**» hingegen im Zusammenhang mit der **Tätigkeit** der Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit verwendet werden.¹⁶¹

Der Begriff der Sicherheitspolizei kann so aber nicht auf einen klar begrenzten Tätigkeitsbereich hinweisen, mit anderen Worten sind die Begriffe «Sicherheitspolizei» sowie «sicherheitspolizeilich» **keineswegs deckungsgleich**. Denn zum einen nehmen zunehmend auch andere Akteure sicherheitspolizeiliche Aufgaben wahr: Nicht nur andere Einheiten innerhalb der Kantonspolizei, sondern auch etwa Private oder die Armee.¹⁶² Wie zuvor beschrieben, kommen der Sicherheitspolizei zum andern je nach Kanton aber auch weitere Tätigkeitsgebiete zu. Wenn es sie denn gibt, hat sie eher eine Stabs- oder Querschnittsfunktion und kann auch kriminal-¹⁶³ oder verwaltungspolizeilich¹⁶⁴ tätig werden. Generell können sicherheits-, verkehrs- und kriminalpolizeiliche Angelegenheiten insbesondere in kleinen Kantonen den gleichen öffentlichen Angestellten obliegen. Sogar gewisse verwaltungspolizeiliche Belange können von den allgemeinen Einheiten verfolgt werden.¹⁶⁵

¹⁶¹ Vgl. den Bundesrat im BERICHT MALAMA, S. 4503, welcher den Begriff der Sicherheitspolizei aber auch im materiellen Sinn verwendet.

¹⁶² Vgl. z.B. Kap. 1/2/IV/2/B/b und Kap. 1/2/IV/4/E.

¹⁶³ Vgl. Kap. 1/1/III/4/D.

¹⁶⁴ So ist die Sicherheitspolizei in diversen Kantonen z.B. als Bewilligungsinstanz im Bereich von Waffen und Sprengstoffen tätig; vgl. z.B. den Kanton Appenzell Ausserrhoden (<https://www.ar.ch/verwaltung/departement-inneres-und-sicherheit/kantonspolizei/ueber-uns/sicherheitspolizei/>, zuletzt besucht am 30. März 2016); oder den Kanton Thurgau (http://www.kapo.tg.ch/xml_42/inter-net/de/application/d5382/f5620.cfm, zuletzt besucht am 30. März 2016); vgl. auch Kap. 1/1/III/4/E.

¹⁶⁵ A.M. LEUTERT, S. 57, wobei er sich auf S. 59 bzgl. der Verkehrspolizei gleich selbst widerspricht.

Bevor nun aus diesen Erkenntnissen ein Fazit bezüglich des für diese Arbeit relevanten Polizeibegriffs gezogen werden kann, soll auf die eben oft verwendeten Begriffe der Verkehrs-, Kriminal- und Verwaltungspolizei kurz eingegangen werden.

C) Verkehrspolizei

Wie bereits angesprochen, sehen diverse kantonale Polizeierlasse eine Verkehrspolizei vor.¹⁶⁶ **Materiell** bezeichnet dies die Überwachung, Regelung und kurzfristige Signalisation im Strassenverkehr.¹⁶⁷

Der Begriff wird aber regelmässig auch in einem **institutionellen** Sinne verwendet, was durchaus gerechtfertigt erscheint: Obwohl die Aufgaben der Verkehrspolizei auch kriminalpolizeilicher¹⁶⁸ oder verwaltungspolizeilicher¹⁶⁹ Art sein können, besteht ihr Auftrag in erster Linie in der **Gefahrenabwehr im Strassenverkehr**.¹⁷⁰ Sie kann beispielsweise bei Eisglätte vorsorglich eine tiefere Geschwindigkeit signalisieren oder bei einem Verkehrsunfall die Strasse sichern, um die Verkehrsteilnehmer vor (weiteren) Schädigungen zu schützen.¹⁷¹

Da sie des Weiteren organisationsrechtlich als Polizeibehörde ausgesondert ist und unter Umständen die Befugnis hat, unmittelbaren physischen Zwang anzuwenden, soll der Begriff der Verkehrspolizei in dieser Arbeit – analog zum Begriff der Sicherheitspolizei – primär im institutionellen Sinne verwendet, Verkehrspolizei also als Behörde bzw. Institution verstanden werden. Mit der Sicherheitspolizei weist diese neben den gleichartigen Aufgaben noch weitere Ähnlichkeiten auf, etwa hinsichtlich ihres (uniformierten) Auftretens.¹⁷²

Verkehrs- und Sicherheitspolizei scheinen sich also primär dadurch zu unterscheiden, dass der sicherheitspolizeiliche Auftrag der Verkehrspolizei grundsätzlich auf den Strassen- und Gewässerverkehr eingegrenzt, derjenige der Sicherheitspolizei hingegen allgemeiner Natur ist.¹⁷³ Weil die Verkehrspolizei regelmässig als erste vor Ort ist, obliegt ihr aber oft auch in der allgemeinen si-

¹⁶⁶ Art. 4 PolG BE; § 8 Abs. 1 lit. e PolV LU; Art. 7 PolG NE; § 11 PolOG ZH.

¹⁶⁷ Art. 4 PolG BE; SCHWEGLER, Nr. 25.

¹⁶⁸ Etwa indem sie Verletzungen von Strassenverkehrsregeln ahndet (LEUTERT, S. 59 und Fn. 243; REINHARD, S. 32); vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 53.

¹⁶⁹ Etwa indem sie Fahrzeuge auf die Einhaltung von Strassenverkehrsregeln kontrolliert (LEUTERT, S. 59 und Fn. 244; REINHARD, S. 32).

¹⁷⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 53.

¹⁷¹ SCHWEGLER, Nr. 25.

¹⁷² LEUTERT, S. 58.

¹⁷³ LEUTERT, S. 59.

cherheitspolizeilichen Tätigkeit der «erste Zugriff».¹⁷⁴ Deshalb wird sie von gewissen Autoren als Teilbereich der Sicherheitspolizei gesehen, was keineswegs abwegig erscheint.¹⁷⁵ Da es sich in der Polizeirechtspraxis bei den beiden aber nur selten um eine geschlossene, sondern regelmässig um zwei separate Einheiten handelt,¹⁷⁶ sollen sie in dieser Arbeit begrifflich auseinander gehalten werden.

D) Kriminalpolizei

Institutionell steht der Begriff der Kriminalpolizei für eine ausgesonderte Dienststelle, nämlich für diejenigen Einheiten der Polizeibehörden, welchen einzig die Aufklärung sowie Verfolgung von Straftaten obliegt.¹⁷⁷ Sie werden speziell kriminalistisch ausgebildet und mit Spezialhilfsmitteln ausgestattet.¹⁷⁸ Auch wenn sie viele Alltagsfälle fast bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens selbständig aufarbeiten können,¹⁷⁹ weil sie im Rahmen des Ermittlungsverfahrens «den für eine Straftat relevanten Sachverhalt fest» stellen¹⁸⁰ und die Staatsanwaltschaft nur «über schwere Straftaten sowie über andere schwer wiegende Ereignisse» unverzüglich informieren müssen,¹⁸¹ sind sie bei der Strafverfolgung doch mehrheitlich nur Hilfsorgan¹⁸² und unterstehen der Aufsicht und Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft bzw. des zuständigen Gerichts.¹⁸³ Selbständige Kompetenzen der Kriminalpolizei sind hingegen regelmässig bei unaufschiebbaren, dringenden Massnahmen gegeben.¹⁸⁴

Materiell bezeichnet Kriminalpolizei die Tätigkeit der Strafverfolgung¹⁸⁵ und wird teilweise auch gerichtliche Polizei genannt.¹⁸⁶ Sie dient eigentlich nicht di-

¹⁷⁴ Z.B., indem sie bis zum Eintreffen der eigentlich zuständigen Beamten einen Verkehrsteilnehmer festhält, bei dem im Rahmen einer Verkehrskontrolle Sprengstoff gefunden wurde (LEUTERT, S. 59 Fn. 242).

¹⁷⁵ So z.B. RAUBER, S. 47.

¹⁷⁶ Siehe die Quellen im Kap. 1/1/III/4/B zur Sicherheitspolizei.

¹⁷⁷ RAUBER, S. 47; REINHARD, S. 34; RÉMY, S. 10.

¹⁷⁸ REINHARD, S. 34 m.w.H.

¹⁷⁹ PIETH, S. 61 ff.; vgl. auch JEANNERET/KUHN, Nr. 6004, welche aber nur von einer «certaine autonomie» der Polizei sprechen.

¹⁸⁰ Art. 306 Abs. 1 StPO.

¹⁸¹ Art. 307 Abs. 1 StPO.

¹⁸² LEUTERT, S. 60 mit Verweis auf GAMMA, S. 26 f.; PFANDER, S. 95; RAUBER, S. 48.

¹⁸³ JEANNERET/KUHN, Nr. 6004 und 6007; PIETH, S. 63.

¹⁸⁴ Vgl. etwa Art. 210 Abs. 1, Art. 217, Art. 241 Abs. 4, Art. 263 Abs. 3 StPO; vgl. auch PFANDER, S. 95.

¹⁸⁵ BERICHT MALAMA, S. 4505; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 51; PFANDER, S. 95; REINHARD, S. 34; RÉMY, S. 10.

rekt der Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen, sondern folgt erst in deren Anschluss – nämlich, wenn bereits eine Straftat vorliegt.¹⁸⁷

Sicherheits- und kriminalpolizeiliche Tätigkeit sind aber doch eng **verbunden**.¹⁸⁸ Nicht nur, weil bei sicherheitspolizeilichen Handlungen allenfalls Massnahmen aus dem Bereich der Kriminalpolizei,¹⁸⁹ und umgekehrt,¹⁹⁰ notwendig werden. Sondern ebenfalls, weil durch die Begehung von Straftaten auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört oder zumindest gefährdet werden kann.¹⁹¹ Zu denken sei etwa an die Entführung eines Kindes, welche einerseits Ermittlungen gegen den mutmasslichen Täter (also kriminalpolizeiliche Aufgaben), andererseits Suche und Schutz des Opfers (also sicherheitspolizeiliche Aufgaben) erfordert.¹⁹²

Die Kriminalpolizei im materiellen Sinn von den sicherheitspolizeilichen Aufgaben **abzugrenzen**, ist somit nicht immer einfach, aber durchaus bedeutsam.¹⁹³ Denn zum einen richtet sich erstere nur teilweise nach den allgemeinen Polizeierlassen,¹⁹⁴ mehrheitlich aber nach der Strafprozessordnung.¹⁹⁵ Die Tätigkeit der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung hingegen wird neben den kantonalen

¹⁸⁶ So v.a. in den französischsprachigen Kantonen, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a PolG GE; Art. 5 Abs. 1 lit. d PolG NE; Art. 1 Abs. 2 PolG VD; dazu auch REINHARD, S. 35; RÉMY, S. 10; SCHWEGLER, Nr. 24; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 (Hinweis) zu § 53; vgl. aber auch etwa Art. 2 PolG BE; im BERICHT MALAMA, S. 4505, wird mit «kriminalpolizeilich» die Handlungen der Polizei im Vorermittlungsverfahren und mit «gerichtspolizeilich» Tätigkeiten des Ermittlungsverfahrens, welche sich nach der StPO richten, bezeichnet.

¹⁸⁷ LEUTERT, S. 60; RAUBER, S. 47; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 41 Fn. 209.

¹⁸⁸ Vgl. hierzu auch BGE 140 I 353 ff. (360 f.), E. 5.2; HANSJAKOB, S. 33; MÜLLER, PolG BL, S. 128 ff.; PFANDER, S. 96.

¹⁸⁹ Etwa, wenn bei einer sicherheitspolizeilichen Identitätsfeststellung eine Straftat festgestellt wird (vgl. BGE 136 I 87 ff. (94), E. 3.4; TROCHSLER-HUGENBLOCHER/LOBSIGER, Nr. 20).

¹⁹⁰ Etwa, wenn bei Ermittlungen der Kriminalpolizei auf einmal eine Gefährdungslage entsteht, auf welche sofort reagiert werden muss (vgl. TROCHSLER-HUGENBLOCHER/LOBSIGER, Nr. 20).

¹⁹¹ RÉMY, S. 12; TROCHSLER-HUGENBLOCHER/LOBSIGER, Nr. 20 ff.; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4502.

¹⁹² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54; vgl. auch die Beispiele bei TROCHSLER-HUGENBLOCHER/LOBSIGER, Nr. 21.

¹⁹³ GAMMA, S. 27; PFANDER, S. 79 f. und 96; RÉMY, S. 12; SCHMOHL, S. 138 m.w.H.; vgl. auch BGE 136 I 87 ff. (94), E. 3.4.

¹⁹⁴ Vgl. etwa § 2 Abs. 2 PolG ZH.

¹⁹⁵ HANSJAKOB, S. 33; MÜLLER, PolG BL, S. 130; PFANDER, S. 80 Fn. 7; RÉMY, S. 13; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 und 21 zu § 53; vgl. auch § 3 Abs. 1 lit. c PolG AG; Art. 2 PolG BE; § 1a PolG LU; § 2 Abs. 2 PolG ZH.

Polizeigesetzen durch die unterschiedlichsten Rechtsquellen geregelt, was etwa hinsichtlich des Rechtsschutzes zu Unterschieden führen kann.¹⁹⁶

Zum andern gelten für die beiden Aufgabenbereiche teilweise auch unterschiedliche Prinzipien:¹⁹⁷ Die konkrete Gefahrenabwehr, insbesondere, wenn sie Rechtsgüter wie Leib und Leben im Blickfeld hat, muss schnell und situationsangepasst erfolgen. Die Strafverfolgung hingegen muss grds. strengeren Massstäben genügen, da sie einem weniger bedeutsamen Rechtsgut dient, nämlich dem Strafverfolgungsanspruch der Gemeinschaft.¹⁹⁸ Sie untersteht im Gegensatz zur sicherheitspolizeilichen Tätigkeit denn auch der Aufsicht der Staatsanwaltschaft.¹⁹⁹

Als Ansatzpunkt für die Abgrenzung von präventiver sicherheitspolizeilicher sowie repressiver kriminalpolizeilicher Tätigkeit dient der **Begriff des Verdachts**:

Richten sich Handlungen der Polizei nämlich erst auf die Erkennung, ob gewisse Straftaten begangen wurden oder kurz vor der Begehung stehen, befinden sie sich unter Umständen noch im Bereich der Vorermittlungen, welche die Voraussetzungen zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach Art. 306 StPO nicht erfüllen und sich somit noch auf die kantonalen Polizeigesetze stützen.²⁰⁰ Das polizeiliche Handeln richtet sich diesfalls also erst auf die Begründung eines Verdachts oder legitimiert sich lediglich durch einen unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistische Erfahrungswerte oder reine Vermutungen.²⁰¹

Liegt hingegen ein genügender Tatverdacht auf eine strafbare Handlung vor, kommen die Normen der StPO, insbesondere deren Rechtsschutzbestimmungen, zur Anwendung.²⁰² Da die Abgrenzungsfragen offensichtlich heikel und noch nicht abschliessend geklärt sind, muss gewährleistet werden, dass auch in der präventiven sicherheitspolizeilichen Tätigkeit, speziell etwa bei verdeckten Er-

¹⁹⁶ Vgl. RÉMY, S. 12 und MÜLLER, PolG BL, S. 130, insbes. zur Aufsicht; vgl. zu den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen etwa Kap. 1/3/IV und V; zum Rechtsschutz Kap. 2/4.

¹⁹⁷ PFANDER, S. 79 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54; vgl. hingegen BGE 140 I 353 ff. (361), E. 5.2 und 136 I 87 ff. (94), E. 3.4, wonach im Wesentlichen die gleichen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe sowie dieselben verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz von Grundrechten gelten, weshalb es auch naheliegend sei, einen harmonisierten Rechtsschutz vorzusehen.

¹⁹⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54.

¹⁹⁹ SCHMOHL, S. 138 m.w.H.

²⁰⁰ BGE 140 I 353 ff. (365), E. 6.1; HANSJAKOB, S. 34; SCHMOHL, S. 138 m.w.H.

²⁰¹ BGE 140 I 353 ff. (365), E. 6.1; HANSJAKOB, S. 34.

²⁰² Vgl. HANSJAKOB, S. 33; SCHMOHL, S. 138 m.w.H.

mittlungen und Internetüberwachungen, ein wirkungsvoller Rechtsschutz für die Betroffenen besteht.²⁰³

E) Verwaltungs- und Sonderpolizei

«Als verwaltungspolizeilich wird die Abwehr von Gefährdungen zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und anderer Polizeigüter durch den Einsatz verwaltungsrechtlicher Mittel verstanden.»²⁰⁴ Dies ist in den Spezialgesetzen des Bundes und der Kantone geregelt und umfasst nahezu die gesamte Bandbreite staatlicher Aufgaben.²⁰⁵

Die Behörden selbst, welche in diesen Bereichen tätig werden, mit «Verwaltungspolizei» zu bezeichnen, ist nach der hier vertretenen Auffassung aber abzulehnen: Ihr Handeln hat nämlich zum einen nicht immer etwas mit Polizei im materiellen Sinne zu tun,²⁰⁶ zum andern fallen sie auch nicht unter die hier verwendete Definition der Polizei im institutionellen Sinne.²⁰⁷ Es sollte deshalb **vermieden** werden, diese Behörden mit dem **Suffix «Polizei»** zu versehen.²⁰⁸

Eher noch gerechtfertigt ist dieser Wortzusatz bei der **Sonderpolizei**. Denn letztere, etwa die Zoll- und Justizvollzugsbehörden, der Jagd- und Fischereiaufseher oder das Grenzwachtkorps, sind zwar ebenfalls Verwaltungs(polizei)-behörden.²⁰⁹ Deshalb obliegt ihnen grundsätzlich auch nur die Erfüllung von (spezial-)gesetzlich genau determinierten Aufgaben und nicht die allgemeine Gefahrenabwehr.²¹⁰ Im Vergleich zur normalen Verwaltungspolizei sind sie aber einerseits nach Gesetz befugt, ihre Anordnungen selbständig auch mittels polizeilichen Zwangs durchzusetzen.²¹¹ Andererseits kommen für die kantonalen Sonderpolizeibehörden die Regeln der allgemeinen Polizeierlasse zur Anwendung, sofern das einschlägige Spezialgesetz nichts anderes normiert.²¹²

²⁰³ HANSJAKOB, S. 34 ff.

²⁰⁴ BERICHT MALAMA, S. 4506.

²⁰⁵ BERICHT MALAMA, S. 4507.

²⁰⁶ Vgl. Kap. 1/1/III/2.

²⁰⁷ Vgl. Kap. 1/1/III/1.

²⁰⁸ Vgl. REINHARD, S. 34.

²⁰⁹ RAUBER, S. 48; REINHARD, S. 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 53.

²¹⁰ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 20; RAUBER, S. 48; REINHARD, S. 33; vgl. aber Kap. 1/2/IV/2/B/g und Kap. 1/3/V/3 zur Wahrnehmung gewisser sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch das Grenzwachtkorps.

²¹¹ RAUBER, S. 48; REINHARD, S. 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 53.

²¹² REINHARD, S. 33 f., welcher in Fn. 206 aber darauf hinweist, dass diesem Punkt in der Praxis keine grosse Bedeutung zukommt.

IV. Fazit: Enges Verständnis des Polizeibegriffs

Wie in den vorausgehenden Kapiteln dargelegt wurde, sind die verschiedenen Polizeibegriffe **mehrdeutig** und zumeist **konturlos**. Deutlich mehr Klarheit könnte erreicht werden, wenn nicht nur der Begriff der Sicherheitspolizei, sondern der Begriff der Polizei generell **nur** noch im **institutionellen Sinne** verwendet würde.²¹³

Dabei sollte aber von einem **engen Verständnis** ausgegangen werden und die verschiedenen Einheiten der Verwaltungspolizei, so etwa die Bau- und Lebensmittelpolizei, nicht mehr mit dem Zusatz «-polizei» versehen werden. Dieses Suffix sollte lediglich der Polizei i.e.S. vorbehalten sein, was auch dem alltäglichen Sprachgebrauch am ehesten entspricht und somit der Begriffsgenauigkeit förderlich ist. Die diesbezüglich rege verwendeten Begriffe der Sicherheits-, Kriminal-, Verkehrs-, oder auch Regional- und Seepolizei, sollen aber nur als speziell ausgeschiedene Organisationen verstanden werden und können aufgrund ihrer unterschiedlichen Verwendung in den Kantonen kaum verallgemeinernd etwas über den genauen Tätigkeitsbereich der einzelnen Behörden aussagen.

Der **materielle Polizeibegriff** sollte nach der hier vertretenen Auffassung der Klarheit zuliebe **aufgegeben**²¹⁴ und durch die jeweilige – möglichst genaue – **Aufgabenumschreibung ersetzt** werden. Dies soll die Bedeutung der Abgrenzung der verschiedenen Aufgabenbereiche betonen.²¹⁵ Es muss nicht etwa nur der Auftrag der Gefahrenabwehr gegenüber anderen Aufträgen der allgemeinen Verwaltung abgegrenzt werden – je nach Tätigkeitsbereich kommen auch innerhalb der Polizei i.e.S. unterschiedliche Prinzipien zur Anwendung, weshalb auch diesbezüglich differenziert werden muss.²¹⁶ Hier ist aber zu betonen, dass eine reine Unterscheidung der Gefahrenabwehr von anderen Aufgaben noch nicht zu einer Begriffsklarheit beiträgt.²¹⁷ Einerseits ist dieser Auftrag selbst unpräzise,²¹⁸ andererseits befassen sich neben dem Polizeirecht unzählige weitere Gebiete mit der Abwehr vor Gefahren.²¹⁹

²¹³ So bereits PFANDER, S. 19.

²¹⁴ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 127; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, Nr. 27; REINHARD, S. 6 ff., insbes. S. 26; a.M. JOST, S. 126.

²¹⁵ Vgl. auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7.

²¹⁶ PFANDER, S. 79 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 54.; vgl. auch GYGI, Polizeibegriff, S. 248.

²¹⁷ Vgl. so bei PFANDER, S. 19.

²¹⁸ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 46; vgl. auch Kap. 1/2/III.

²¹⁹ Vgl. GYGI, Polizeibegriff, S. 241; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 58.

Für die vorliegende Untersuchung muss deshalb der Kreis der relevanten polizeilichen Handlungen eingeschränkt werden: Wie oben bereits beschrieben wurde, ist der verwaltungspolizeiliche Aufgabenbereich gegen besondere Gefahren gerichtet und weist insbesondere aufgrund der Technizität regelmässig eine beachtlich hohe Normdichte, ja gar einen Hang zum Detail auf.²²⁰ Der kriminalpolizeiliche Aufgabenbereich dient der Erkennung, Bekämpfung und Verfolgung begangener Straftaten²²¹ und wird überwiegend durch die StPO und deren Leitprinzipien beherrscht.

Lediglich der **sicherheitspolizeiliche Auftrag** ist **allgemeiner Art**, gilt also (subsidiär) unabhängig von bestimmten Personen, Bereichen oder Gegenständen für alle Gefahren.²²² Wie bereits im Kapitel zum materiellen Polizeibegriff angesprochen, weist er entsprechend gewisse **Besonderheiten** auf, welche unter anderem im Hinblick auf die Staatshaftung zu berücksichtigen sind und klare, strenge rechtsstaatliche Grenzen erfordern: Das sicherheitspolizeiliche Handeln leitet sich etwa oft aus **offenen Aufgabenzuweisungen** ab,²²³ weshalb die einzelnen Tätigkeiten kaum vorweg exakt umschrieben werden können.²²⁴ Entsprechend kommt – im Gegensatz zu den anderen staatlichen Aufgabenbereichen – auch eine Anwendung der polizeilichen Generalklausel in Frage.²²⁵ Die vorliegende Untersuchung soll sich also zum einen auf ihn, also den Bereich der **allgemeinen Gefahrenabwehr** sowie Störungsbeseitigung für die **öffentliche Sicherheit** konzentrieren.

Zum andern soll sie sich auf den entsprechenden Tätigkeitsbereich der **Polizei im institutionellen Sinn** beschränken, weshalb der Schwerpunkt auf dem Handeln der kantonalen und kommunalen Polizeikorps und gewissen Bundesbehörden, etwa des Grenzwachtkorps und des Kommandos Militärische Sicherheit liegen wird. Denn nur diesen kommt grds. die Befugnis zu, verfüungsfrei auch **unmittelbaren Zwang** gegen Personen oder Sachen anzuwenden, was spezifische Anforderungen an die Rechtsgrundlagen sowie an die ausführenden Beamten stellt.²²⁶ Dennoch wird es notwendig sein, auch das Handeln von Dritten, etwa privaten Sicherheitsdiensten und der Armee, in die Untersuchung einzube-

²²⁰ Vgl. zur hohen Normdichte im Verwaltungsrecht TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 27 zu § 1.

²²¹ BERICH MALAMA, S. 4505.

²²² Vgl. PFANDER, S. 81.

²²³ REINHARD, S. 32.

²²⁴ Vgl. etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 53; vgl. auch ausführlich Kap. 1/2/IV/2 und 3 sowie insbes. Kap. 1/2/V.

²²⁵ Vgl. MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7; SALADIN, S. 348 f.; vgl. Kap. 2/2/I/4/B.

²²⁶ Vgl. Kap. 2/2/I zum Legalitätsprinzip; vgl. auch HARTMANN, S. 68, welcher bereits davon sprach, der Zwang sei wesentliches Merkmal der Sicherheitspolizei.

ziehen, ist doch vermehrt die Tendenz zu beobachten, diesen sicherheitspolizeiliche Aufgaben zu übertragen.

Wie im zweiten Teil dieser Arbeit erläutert wird, konzentrieren wir uns hinsichtlich der Handlungsinstrumente auf das reale sicherheitspolizeiliche Handeln, nicht aber auf die konkrete Gefahrenabwehr mittels anderer verwaltungsrechtlicher Massnahmen wie etwa den Entzug von Bewilligungen. Denn die **Realakte** sind es, auf welche hinsichtlich rechtsstaatlicher Grenzen sowie Staatshaftung ein besonderes Augenmerk gelegt werden muss.

2. Kapitel: Sicherheitspolizeiliche Aufgaben

I. Einleitung

Nachdem im letzten Kapitel dem für diese Arbeit relevanten Polizeibegriff schärfere Konturen gegeben wurde, sollen in diesem Kapitel die sicherheitspolizeilichen Aufgaben definiert werden. Dies ist mit Blick auf den 3. Teil zur Staatshaftung in zweierlei Hinsicht von grundlegender Bedeutung:

Einerseits ist es aus allgemeiner verwaltungsrechtlicher Sicht wichtig, den Aufgabenbereich der Polizei zu definieren. Denn wird etwas als «öffentliche Aufgabe», beispielsweise als Polizeiaufgabe erkannt, fliessen bereits daraus etliche Rechtswirkungen:¹ So ist der Aufgabenträger zum einen etwa an die Grundrechte gebunden und muss zu ihrer Verwirklichung beitragen.² Auch bedarf es zur Auslagerung seiner Aufgabe einer formell-gesetzlichen Grundlage.³ Auf beide Punkte wird bezüglich der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit in einem späteren Teil dieser Arbeit eingegangen.⁴ Zum andern hängt aber auch die Anwendbarkeit einiger bedeutsamer Bestimmungen wie derjenigen der Datenschutzgesetze, der Verwaltungsrechtspflegegesetze oder des Staatshaftungsrechts davon ab, ob es sich bei einer Aufgabe um eine öffentliche, etwa eine polizeiliche handelt.⁵

Andererseits ist es aus haftungsrechtlicher Sicht essentiell, die Aufgaben der Polizei zu kennen: Eine Haftung des Staates für die Tätigkeit seiner Beamten setzt regelmässig voraus, dass deren Handlung einerseits widerrechtlich war und andererseits in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtung erfolgte.⁶ Für die Beurtei-

¹ Vgl. zur rechtlichen Relevanz des Begriffs «öffentliche Aufgabe» RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 153 f.

² Art. 35 Abs. 2 BV: «Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.»

³ Art. 178 Abs. 3 BV: «Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.»; da die Aufgabenübertragung die Einheit der Verwaltungsorganisation und das Staatsmonopol beeinträchtigt, handelt es sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz des öffentlichen Rechts, der auch von den Kantonen berücksichtigt werden muss (BGE 138 I 196 ff. (201), E. 4.4.3. m.w.H.).

⁴ Zu den Grundrechten vgl. Kap. 2/3, zur Auslagerung sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten Kap. 1/3/VI/3.

⁵ So RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 153 f. mit Verweisen auf Gesetzesbestimmungen.

⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 VG und ausführlich Kap. 3/3/II zur Ausübung einer amtlichen Funktion, sowie Kap. 3/3/IV zur Widerrechtlichkeit.

lung beider Haftungsvoraussetzungen braucht man also Kenntnis des Aufgabebereichs des Beamten: Nur so kann zum einen sein Funktionsbereich definiert und zum andern seine Handlungspflichten bestimmt werden, wobei letztere nicht nur als Rechtfertigungsgründe zum Ausschluss, sondern im Unterlassungsfall möglicherweise auch zur Begründung der Widerrechtlichkeit und damit der Haftung dienen können.

Bereits bei der Erläuterung des Polizeibegriffs wurde aufgezeigt, dass die Aufgaben der Polizei ausserordentlich weit und vielfältig, je nach Zeitepoche sogar umfassend sind, sich die vorliegende Arbeit aber auf einen bestimmten Aufgabebereich, nämlich den sicherheitspolizeilichen, konzentrieren soll. Dieser beinhaltet gemäss Bundesrat primär die «Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die Beseitigung von Störungen».⁷ Bevor in den folgenden Unterkapiteln dargelegt werden kann, wer in unserem föderalistischen Staats hierfür zuständig ist, welche sicherheitspolizeilichen Aufgaben also dem Bund (Kap. 1/2/IV/2), den Kantonen und den Gemeinden (Kap. 1/2/IV/3) zukommen, müssen zuvor einige essentielle Begriffe, nämlich zuerst diejenigen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Kap. 1/2/II) und anschliessend diejenigen der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung (Kap. 1/2/III) untersucht werden. Wie bereits der Polizeibegriff sind sie unbestimmt und interpretationsbedürftig.⁸

II. Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

1. Sicherheit als umfassender Begriff

A) Sicherheit als Idee der Abwesenheit von Risiken

a) Mehrdeutigkeit des Sicherheitsbegriffs

Gemäss Duden ist der Begriff der Sicherheit **mehrdeutig** und steht unter anderem für «Gewissheit».⁹ Der Ausdruck «Gewissheit» ist für sich alleine aber inhaltslos und muss immer in Bezug zu etwas gesetzt werden, um Sinn zu ergeben. Dasselbe gilt für den Sicherheitsbegriff.¹⁰ Entsprechend wird Sicherheit regelmässig negativ definiert, etwa als «Leben ohne Unsicherheiten» oder «Vorstellung eines **Lebens ohne Sorge**».¹¹ Die Ursachen dieser Unsicherheiten oder

⁷ BERICHT MALAMA, S. 4503; vgl. auch etwa MÜLLER, PolG BL, S. 128.

⁸ MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 1 ff.; PFANDER, S. 82.

⁹ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Sicherheit>, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. zur Definition auch WÜRMLI, Sicherheit, S. 3 ff.

¹⁰ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 12.

¹¹ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 1, etwa mit Verweis auf BRUGGER, S. 7; RUCH,

Sorgen werden dabei zum einen in der Aussenwelt, im Physischen und zum andern im Verhalten anderer Menschen, im Psychischen geortet.¹² Die Sicherheit umfasst demgemäss unzählige Themenfelder, ja gar sämtliche Lebensbereiche – etwa die nationale und internationale, innere und äussere, individuelle, soziale, politische, technische, wirtschaftliche, medizinische, Rechts-, Reaktor-, Strassen- und Datensicherheit.¹³

Im gleichen Sinne umschreibt PFANDER Sicherheit als «Idee der **Abwesenheit von Risiken**», wobei er letztere im Gegensatz zu anderen Autoren¹⁴ in einem untechnischen Sinn verwendet und etwa mit «Gefahren(momenten)» und «Bedrohungen» gleich setzt.¹⁵ Wie er selbst anerkennt, ist eine solche Auffassung von Sicherheit, «total und universell»,¹⁶ ein rein theoretischer Idealzustand, welcher in der Realität weder vorkommen kann, noch vorkommen soll.¹⁷

Absolute Sicherheit ist undenkbar.¹⁸ Denn zum einen würde eine vollständige Abwesenheit von Risiken totale Kontrolle, Beherrschung sämtlicher Lebensbereiche durch den Staat bedingen, was weder mit unserem Staats- und Bürgerrechtsverständnis zu vereinbaren,¹⁹ noch mit Blick auf die beschränkten staatli-

Regulierungsfragen, S. 387; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 1; vgl. auch DENNINGER, Prävention, S. 223; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 8 zu Art. 57 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 12; WÜRMLI, Sicherheit, S. 3.

¹² SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 2 ff., insbes. Nr. 2, 4 und 7.

¹³ BRUGGER, S. 10; HOFMANN/LEDERGERBER, S. 16 ff.; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 28 ff.; WÜRMLI, Sicherheit, S. 3; vgl. auch allgemein die Vielfalt der Beiträge in JUCHLI/WÜRMLI/HAUNREITER.

¹⁴ Vgl. zum Begriff des Risikos etwa KOLLER/SCHINDLER, S. 281 f.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 50 ff., insbes. Nr. 54 f.; REINHARD, S. 122 ff.; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 22; RUCH, Regulierungsfragen, S. 389 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 8 und 28.

¹⁵ PFANDER, S. 1; vgl. auch DENNINGER, Prävention, S. 222; KOLLER/SCHINDLER, S. 281; RAUBER, S. 5 f.; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 13 und 17; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 163 f.

¹⁶ PFANDER, S. 2; vgl. auch EICHENBERGER, aBV-Kommentar, N 154 zu Art. 102 aBV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 9.

¹⁷ PFANDER, S. 1; RAUBER, S. 9 m.w.H.; vgl. auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 21 f.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 1; WÜRMLI, Sicherheit, S. 3; vgl. hierzu auch KOLLER/SCHINDLER, S. 285 f. zur Verwahrungsmassnahme aus dem Jahr 2004, mit welcher ein «Nullrisiko» angestrebt wurde.

¹⁸ KOLLER/SCHINDLER, S. 282 und 288; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 12; RITTER, S. 107; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 21 f.; RUCH, Regulierungsfragen, S. 391; WÜRMLI, Sicherheit, S. 3 f.

¹⁹ Vgl. auch LIENHARD, innere Sicherheit, S. 135; RAUBER, S. 9; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 2 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 5 f.; vgl. auch Kap. 1/2/II/3.

chen Ressourcen möglich wäre.²⁰ Zum andern würde es auch voraussetzen, dass Klarheit darüber besteht, was «Abwesenheit von Risiken» überhaupt bedeutet.²¹ Diesbezüglich ist zu bedenken, dass die Einschätzung dieser Risiken eine objektive und eine subjektive Dimension hat.²²

b) Objektive Risikoeinschätzung

Die erste Herausforderung ist, die objektiv bestehenden Gefahren für die gültige soziale Ordnung überhaupt feststellen und ihre Bedeutung abschätzen zu können. Letzteres beinhaltet, dass man sowohl die Eintretenswahrscheinlichkeit und das Schadenspotential dieser Gefahren, als auch die Wirkung möglicher Gegenmassnahmen kennt.²³

Dieser Herausforderungen nehmen sich Vertreter diverser Fachgebiete an, darunter nicht nur Juristen, sondern auch etwa Ökonomen, Soziologen, Psychologen und Politiker.²⁴ Als Beispiel sei der Bereich der Naturgefahren erwähnt: Auf Bundesebene haben sich diverse Fachstellen, darunter das Bundesamt für Umwelt, Meteo Schweiz, das Institut für Schnee und Lawinenforschung sowie der Schweizerische Erdbebendienst zusammen geschlossen, um im Zusammenhang mit diversen Naturgefahren die notwendigen Informationen zu sammeln und gegebenenfalls Massnahmen zu ergreifen.²⁵ Im selben Bereich ist die Nationale Plattform Naturgefahren PLANAT tätig, welche sich aus 18 Fachleuten zusammensetzt und zum Ziel hat, die Vorbeugung gegen Naturgefahren zu verbessern.²⁶

Die Erkenntnisse solcher Experten können dem Staat teilweise schon vorausschauend als Grundlage seiner sicherheitspolitischen Tätigkeit dienen und sind deshalb von grosser Bedeutung.²⁷ Sie dürfen aber auch nicht überschätzt werden, ist nämlich «erkenntnistheoretisch Gewissheit eben nicht zu erlangen»²⁸ – mit anderen Worten sind **wissenschaftliche Erkenntnisse weder unfehlbar noch jemals vollständig**.²⁹ In gewissen Bereichen fehlen auch schlicht wissen-

²⁰ Vgl. BGE 126 II 300 ff. (315), E. 5b m.w.H.

²¹ Vgl. SUTTER, Staatshaftung, S. 28.

²² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 15; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 15.

²³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 17.

²⁴ ENGELI, S. 11; RAUBER, S. 6.

²⁵ Vgl. <http://www.naturgefahren.ch/home/ueber-uns/naturgefahrenfachstellen-des-bundes.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

²⁶ Vgl. <http://www.planat.ch/de/planat/ueber-uns/>, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. dazu auch SUTTER, Staatshaftung, S. 29 mit weiteren Beispielen.

²⁷ SUTTER, Staatshaftung, S. 28 ff.

²⁸ SUTTER, Staatshaftung, S. 28 m.w.H.; vgl. auch SUTTER, Naturgefahren, S. 180.

²⁹ Vgl. auch DENNINGER, Prävention, S. 222; KOLLER/SCHINDLER, S. 283; REIN-

schaftliche Erhebungen,³⁰ was kaum erstaunt: Denn die Bedrohungen unserer Zeit sind vielschichtig und umfassend, denke man neben den Naturkatastrophen und dem Klimawandel nur etwa an die zunehmende Disparität zwischen Industrie- und Entwicklungsländern und daraus folgenden Migrationsproblemen, an die Selbstgefährdung der Zivilisation durch moderne, etwa atomare, biochemische oder informationelle Technologien, an Terrorismus und organisierte Kriminalität oder den Zerfall staatlicher Strukturen in gewissen Regionen.³¹

Objektiv die bestehenden Risiken abschliessend einzuschätzen ist also gar nicht möglich. Gleichzeitig kann die Arbeit der Wissenschaftler, auf Produktion von Wissen und damit Gewissheit ausgerichtet, für das Sicherheitsbewusstsein abträglich sein: Je mehr man nämlich weiss, desto mehr kennt man auch offene Fragen, mögliche Bedrohungen, was Ungewissheit und damit Unsicherheit bewirkt.³² Hinzu kommt somit die zweite Herausforderung, dass die Risikoeinschätzung subjektiv geprägt ist.³³

c) *Subjektive Risikoeinschätzung*

Dass die Risikoeinschätzung subjektiv geprägt ist, gilt bereits bezüglich der **Wahrnehmung der Risiken**, welche auf tatsächlichen aber auch irrigen Eindrücken der Bevölkerung über gewisse Situationen basiert.³⁴

Einerseits stimmen diese regelmässig nicht mit der Realität, mit bestehenden wissenschaftlichen Erkenntnissen überein.³⁵ Ein Beispiel ist die Kriminalität, welche in der Schweiz seit ein paar Jahren objektiv abnimmt.³⁶ Dennoch steigt die Kriminalitätswahrnehmung und damit die Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung stetig an – Verbrechenhäufigkeit und das eigene Opferrisiko werden vermehrt überschätzt.³⁷

Andererseits ist die Wahrnehmung der Risiken auch innerhalb der Bevölkerung unterschiedlich.³⁸ Um beim vorigen Beispiel zu bleiben: Besonders überschätzt

HARD, S. 125; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 83; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 28 und 2.

³⁰ KOLLER/SCHINDLER, S. 283; REINHARD, S. 125.

³¹ Vgl. BERICHT SIPOL 2010, S. 5146 ff.; PFANDER, S. 1 f.; RAUBER, S. 5; RITTER, S. 106 ff.; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 161 ff.

³² DENNINGER, Prävention, S. 223.

³³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 15; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 84.

³⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 15; vgl. auch REINHARD, S. 126; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 165 f.

³⁵ KOLLER/SCHINDLER, S. 282 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 3 ff.

³⁶ AEBERSOLD, S. 6.

³⁷ AEBERSOLD, S. 6.

³⁸ KOLLER/SCHINDLER, S. 282 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 15; RUCH, Sicherheit

werden die Kriminalitätszahlen von Zuschauern privater Fernsehsender, auf welchen tagtäglich schwere Verbrechen gezeigt werden.³⁹ Konsumenten von öffentlich-rechtlichen Medien schätzen die Kriminalität zwar auch zu hoch ein, sind aber von den Zahlen der Polizeistatistik etwas weniger weit entfernt.⁴⁰ Die unterschiedliche Risikowahrnehmung zeigt sich auch im alljährlichen Angstbarometer des GfS Zürich: So fühlten sich 2013 die Westschweizer generell deutlich bedrohter als die Deutschschweizer und Personen mit einer tiefen Bildung oder einem tiefen Einkommen zeigten signifikant höhere Ängste als hoch Gebildete bzw. Personen mit hohem Einkommen.⁴¹

Ist schon die Wahrnehmung der Risiken subjektiv geprägt, so gilt dies erst recht bezüglich der **Akzeptanz der Risiken**.⁴² Die Nationale Plattform Naturgefahren lancierte ihre Publikation zum Sicherheitsniveau für Naturgefahren vom August 2013 auf ihrer Homepage mit folgenden Worten:⁴³ «Eine 100-prozentige Sicherheit vor Naturgefahren gibt es nicht. Dies bedeutet, dass gewisse Risiken in Kauf genommen werden müssen. Wie wird festgelegt, welche Risiken akzeptabel sind und welche nicht? Und wer legt diese Grenze – das angestrebte Sicherheitsniveau – fest?»

Diese Risikoakzeptanz beinhaltet also die Frage nach den **zumutbaren Risiken**, welche einerseits eine Wertung der Eintretenswahrscheinlichkeit und des Schadenspotential der Gefahren, andererseits aber auch eine Abwägung mit anderen Zielen und Interessen voraussetzt.⁴⁴ Denn zum einen bewirkt die Bekämpfung von Bedrohungen allenfalls ihrerseits gewisse (weniger erhebliche) Schäden: Man denke etwa an einen Gastwirt, welchem die Gäste und damit der Umsatz ausbleibt, weil seine Strasse zum Schutz vor Krawallschäden gesperrt wird.⁴⁵

Zum andern sind Risiken nicht nur negativ konnotiert, sie können auch mit einem Nutzen verbunden sein.⁴⁶ Entsprechend hat sich der Gesetzgeber und damit die Bevölkerung in den letzten Jahrzehnten mehrmals dagegen entschieden, gewisse gefährliche Vorrichtungen oder Tätigkeiten, wie die Eisenbahn, den Stras-

und Freiheit, Nr. 86 m.w.H.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 28.

³⁹ AEBERSOLD, S. 6.

⁴⁰ AEBERSOLD, S. 6.

⁴¹ Angstbarometer 2013 des GfS Zürich, S. 3, publiziert unter <http://www.gfs-zh.ch/>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴² Vgl. KOLLER/SCHINDLER, S. 283 ff.; REINHARD, S. 126; RUCH, Regulierung, S. 391.

⁴³ <http://www.planat.ch/de/home/>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴⁴ KOLLER/SCHINDLER, S. 283; REINHARD, S. 126; vgl. auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 24; RUCH, Regulierung, S. 390.

⁴⁵ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 23.

⁴⁶ REINHARD, S. 126; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 89.

senverkehr und die Luftfahrt, die Jagd, Gentechnik und Kernenergie oder auch Sprengstoffe generell zu verbieten – sie werden wegen ihres überwiegenden gesellschaftlichen Nutzens geduldet.⁴⁷ Mittels Gefährdungshaftung wird aber immerhin das finanzielle Risiko regelmässig demjenigen auferlegt, welcher den wirtschaftlichen oder ideellen Nutzen aus der Vorrichtung oder Tätigkeit zieht.⁴⁸ Wer etwas Gefährliches betreibt oder ausübt ist damit selbst dafür verantwortlich, dass genügend Sicherheit besteht und andere nicht geschädigt werden.⁴⁹

Dass nicht nur die Wertung der Gefahren, sondern auch die Abwägung mit den damit verbundenen Nutzen von Person zu Person unterschiedlich ist, muss nicht weiter ausgeführt werden. Wie schon die Wahrnehmung, ist also auch die Akzeptanz der Risiken in der Bevölkerung verschieden und weicht überdies regelmässig von den wissenschaftlichen Erkenntnissen ab, welche selbst weder unfehlbar noch vollständig sind. Ein subjektiver Massstab bei der Einschätzung von Risiken führt also zwangsweise zu sehr **unterschiedlichen Resultaten**, weshalb das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung kaum Richtlinie für polizeiliches Handeln sein kann.⁵⁰ Dem entsprach zwar noch die ältere Rechtsprechung.⁵¹ In jüngerer Zeit scheint das Bundesgericht das Sicherheitsempfinden der Bevölkerung aber vermehrt auch als Leitbild für die Rechtsetzung zu sehen.⁵² Diese Entwicklung erscheint in Anbetracht der dargestellten Überlegungen als fragwürdig⁵³ und ist wohl auf einen gewissen medialen und damit politischen Druck zurückzuführen⁵⁴.

⁴⁷ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 28 ff.; vgl. auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 18; RUCH, Regulierung, S. 391; vgl. auch KOLLER/SCHINDLER, S. 287 f. zur Gesetzgebung im Bereich Strassenverkehr und Waffen.

⁴⁸ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 30 m.w.H.; MÜLLER, Handkommentar, N 18 zu Art. 41 OR.

⁴⁹ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 18, vgl. auch Nr. 97.

⁵⁰ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 26; vgl. Auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 93.

⁵¹ Vgl. BGE 125 I 369 ff. (387), E. 7b.dd, wonach bei der Frage, ob die Polizei in einer Situation eingreifen darf, ein objektiver Massstab gilt: «Es kann nicht allein auf das subjektive Empfinden der Belästigten ankommen, auch wenn es sich um das Empfinden einer Mehrheit des Publikums handeln sollte».

⁵² Vgl. BGE 136 I 1 ff. (11), E. 4.4.2 mit Verweis auf HANGARTNER, S. 742: «Das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung stellt ein Faktum dar, das die Rechtssetzung legitimerweise beeinflussen darf und muss, wenn es aufgrund von Erhebungen festgestellt wird.»; vgl. auch BGE 132 I 7 ff. (12), E. 7.2; 132 I 49 ff. (62), E. 7.1.

⁵³ Vgl. auch TÖNDURY/YOUSSEF, S. 26.

⁵⁴ Vgl. HANGARTNER, S. 742.

d) Fazit

Klar wurde nach diesen Ausführungen also, in den Worten von JOACHIM RINGELNATZ, erst eines: «Sicher ist, dass nichts sicher ist. Selbst das nicht.» Sicherheit ist also «weder objektiv noch subjektiv ein Faktum, ein Zustand, worüber es Gewissheit gibt».⁵⁵

Wortüber es keine Gewissheit gibt, das kann aber auch nicht Schutzgegenstand sicherheitspolizeilichen Handelns sein. Der Gesetzgeber muss abwägen und bestimmen, wie Sicherheit zu interpretieren ist und welches Mass an Sicherheit die Gesellschaft will.⁵⁶ Das **Gesetz** muss also den Sicherheitsmassstab festlegen und so eine Grundlage für Sicherheitsentscheide bieten.⁵⁷ Es gilt nun, diesen rechtlich relevanten Sicherheitsbegriff zu definieren.⁵⁸

B) Umfassende Sicherheitspolitik im 21. Jahrhundert

a) Umfassender Sicherheitsbegriff der BV

Wie einleitend festgestellt, wird in diversen Gesetzen die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Schutzgegenstand sicherheitspolizeilichen Handelns bezeichnet.⁵⁹ Diese Formulierung unterscheidet sich vom **Sicherheitsauftrag**, welcher im Zweckartikel der BV normiert ist. **Art. 2 Abs. 1 BV** verzichtet nämlich auf die Zweiteilung in «Sicherheit und Ordnung» und auferlegt dem Staat stattdessen, «die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes» zu wahren.^{60 61}

Diese Aufgabe wurde in der alten BV noch etwas umständlicher mit «Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen» sowie «Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern» umschrieben.⁶² Man könnte deshalb annehmen, dass «Sicherheit» in der neuen BV für die «innere Sicherheit», «Unabhängigkeit des Landes» hingegen für die «äussere Sicherheit» steht. Berücksichtigt man aber den Grund für die neue Ausdrucksweise, ergibt sich ein anderes Bild:

In der Botschaft zur neuen BV wurde nämlich festgehalten, innere und äussere Sicherheit könnten – angesichts der gegenwärtigen Bedrohungen, welche sich

⁵⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 16 mit Verweis auf RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 22; vgl. auch SUTTER, Naturgefahren, S. 180.

⁵⁶ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 88.

⁵⁷ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 88.

⁵⁸ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 32.

⁵⁹ Vgl. auch PFANDER, S. 82.

⁶⁰ Art. 2 Abs. 1 BV; BOTSCHAFT BV, S. 399.

⁶¹ Vgl. RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 3.

⁶² BOTSCHAFT BV, S. 127; zur Umformulierung vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 3.

weder an territoriale noch an organisatorische Grenzen halten –⁶³ kaum mehr auseinander gehalten werden.⁶⁴ Entsprechend prägte der Bundesrat in seinem Bericht über die Sicherheitspolitik der Schweiz aus dem Jahr 2000 einen neuen Sicherheitsbegriff, der **innen-** wie auch **aussenpolitische Elemente** umfasste.⁶⁵ Daran wurde 10 Jahre später festgehalten und der Begriff der Sicherheit losgelöst von dieser Differenzierung in vier Bereiche aufgeteilt:⁶⁶

- «a. polizeiliche Gefahrenabwehr, Staatsschutz und Strafverfolgung;
- b. Vorbeugung, Vorsorge und Bewältigung von natur- und zivilisationsbedingten Katastrophen und Notlagen;
- c. Abhalten und Abwehr eines militärischen Angriffs;
- d. Wahrung der Interessen der Schweiz im Ausland und Beiträge zum internationalen Krisenmanagement.»

Unsere BV scheint also, zumindest als Ganzes, von einem **umfassenden Sicherheitsbegriff** auszugehen, der neben macht- und kriminalpolitischen auch technologische, natürliche, ja gar kulturelle, ethnische, soziale und wirtschaftliche Bedrohungen einbezieht.⁶⁷ Er hat sich von traditionellen Sicherheitskonzepten, welche sich vor allem auf zwischenstaatliche Beziehungen bezogen, entfernt und wurde um den völkerrechtlichen Begriff der «Menschlichen Sicherheit» ergänzt.⁶⁸ Letzterer umfasst «die Förderung und Sicherung des Friedens, die Entwicklungshilfe, die Stärkung der Menschenrechte und der Demokratie,

⁶³ BERICHT SIPOL 2010, S. 5159; vgl. auch etwa MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 5.

⁶⁴ BOTSCHAFT BV, S. 127; vgl. dazu auch etwa BELSER, BSK, N 12 zu Art. 2 BV; BERICHT MALAMA, S. 4476; zu den Stärken, welche der Föderalismus für das Sicherheitssystem Schweiz bewirkt vgl. auch BERICHT USIS II, S. 26; ENGELI, S. 8; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 80; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 6 und 23; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 24 und 410; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 32 f.

⁶⁵ BERICHT MALAMA, S. 4477 f. mit Verweis auf BERICHT SIPOL 2000, S. 7657 ff.; kritisch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 19; zum traditionellen Sicherheitsbegriff und seine Erweiterung vgl. HOFMANN/LEDERGERBER, S. 13 ff.

⁶⁶ BERICHT SIPOL 2010, S. 5159 f.

⁶⁷ BIAGGINI, BV, N 2 zu Vorb. Art. 57 ff. BV; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 11 zu Art. 57 BV; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 126; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 34; insbes. Nr. 10; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 163; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 1 f. und 7 f. zu Vorb. Art. 57 ff. BV und N 8 zu Art. 57 BV; vgl. zur umfassenden Sicherheit auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 28 ff.; RUCH, Regulierungsfragen, S. 387; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 8 ff.

⁶⁸ Ausführlich m.w.H. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 9 ff.; vgl. zum traditionellen Sicherheitsbegriff und seiner Erweiterung HOFMANN/LEDERGERBER, S. 13 ff. und 20 ff.

die Wahrung der natürlichen Ressourcen, der Schutz der Natur und der Lebensgrundlagen, die Vermeidung von Armut, Krankheit und Flüchtlingsströmen».⁶⁹

b) Eingeschränkter Zuständigkeitsbereich der Polizei

Es ist offenkundig, dass ein solch umfassender Sicherheitsauftrag nicht von der Polizei alleine wahrgenommen werden kann, würde dies ihre **Ressourcen** doch deutlich übersteigen. Entsprechend nennt der sicherheitspolitische Bericht 2010 neben ihr zahlreiche weitere Instrumente, mit welchen diese Aufgabe bewältigt werden soll – so die Armee und Zollverwaltung, der Bevölkerungsschutz, Nachrichten- und Zivildienst, aber auch die Aussen- und Wirtschaftspolitik.⁷⁰

Nicht nur aus praktischen (Ressourcen-)Gründen, sondern auch mit Blick auf die Rechte der Bürger und deren **Freiheit**, welche vom Staat ebenfalls zu schützen ist, kann die Erfüllung des (umfassenden) Sicherheitsauftrags unserer BV nur eingeschränkt durch die Polizei erfolgen.⁷¹ Da deren Aufgaben gleichzeitig den Anwendungsbereich ihrer Befugnisse bestimmen⁷² und zu letzteren auch etwa die Zwangsanwendung gehört,⁷³ mit welcher unter Umständen stark in die (Grund-)Rechte der Bürger eingegriffen wird,⁷⁴ kann der hier relevante Sicherheitsbegriff also nur ein eingeschränkter, ein Teilaspekt des umfassenden sein.⁷⁵ Ansonsten würde die Freiheit der Bürger in Berufung auf deren Sicherheit zu stark beschränkt.

Das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit wird weiter unten thematisiert.⁷⁶ Im nächsten Kapitel soll aber zuerst der für uns relevante Sicherheitsbegriff umrissen werden.

⁶⁹ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 9; vgl. zur Ausdehnung des Sicherheitsbegriffs HOFMANN/LEDERGERBER, S. 13 ff.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 5 ff.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, insbes. Nr. 15 ff. und allgemein die Beiträge in JUCHLI/WÜRMLI/HAUNREITER.

⁷⁰ BERICHT SIPOL 2010, S. 5165 ff.; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77 ff.; vgl. des Weiteren RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 8, wonach Sicherheit «auch Vorsorge, politische Einflussnahmen, fördernde Aktivitäten» verlangt.

⁷¹ Siehe bereits die Einleitung; Vgl. auch MANFRINI, S. 206 f.; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53.

⁷² PFANDER, S. 80; REINHARD, S. 206 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 2.

⁷³ Vgl. anstelle vieler Art. 27 ff. PolG GL; Art. 23 ff. PolG GR; Art. 55 PolG NE.

⁷⁴ Vgl. TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 3.

⁷⁵ Vgl. auch PFANDER, S. 2; RAUBER, S. 6 und 10.

⁷⁶ Kap. 1/2/II/3.

2. Öffentliche Sicherheit und Ordnung als Teilaspekt einer umfassenden Sicherheit

A) Innere Sicherheit als eingeschränkter Sicherheitsbegriff

An den zuvor umschriebenen Sicherheitsbegriffen ist die Idee grundsätzlich richtig, Sicherheit immer in Beziehung zu einer Bedrohung zu sehen.⁷⁷ Das Problem ist nun aber, dass diese Bedrohungen vielfältig sind, einem stetigen Wandeln unterliegen, allenfalls nicht vorhergesehen und deshalb nicht generell und abschliessend rechtlich umschrieben werden können.⁷⁸ Die Ansichten darüber, vor was mit welcher Intensität zu schützen ist, verändern sich ständig und haben entsprechenden Einfluss auf die Rechtssetzung sowie Rechtsanwendung.⁷⁹ So entstehen umfassende, ja totale Sicherheitsbegriffe, welche für unser Vorhaben nicht dienlich sind.

Was im Gegensatz zu den Bedrohungen selbst normiert werden kann, sind die **Rechtsgüter**, welche zu schützen sind.⁸⁰ Entsprechend soll hier ein Sicherheitsbegriff definiert werden, welcher an den Rechtsgütern und Institutionen anknüpft, die von der Polizei geschützt werden sollen.⁸¹ Die traditionelle Zweiteilung in innere und äussere Sicherheit, zumeist als überholt betrachtet,⁸² ist hierfür idealer Ausgangspunkt, orientiert sie sich doch auch an einzelnen Schutzobjekten:

Die **äussere Sicherheit** beinhaltet die «Beständigkeit und Verlässlichkeit der Unabhängigkeit eines Staates, die Fähigkeit, seine Grenzen und seine verfassungsmässige Ordnung nach aussen zu verteidigen, sowie sein gutes Einvernehmen mit anderen Staaten».⁸³ Es geht also um Aufgaben, welche eng mit den auswärtigen Angelegenheiten verbunden und damit nach Art. 54 Abs. 1 BV Sache des Bundes sind.⁸⁴ Dabei ist etwa die Armee, vor allem aber die Aussenpolitik gefordert.⁸⁵

⁷⁷ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 32; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 13 und 19.

⁷⁸ Vgl. etwa ENGELI, S. 181; JOST, S. 23 ff.; MANFRINI, S. 205; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 36; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 28 ff.; BGE 130 I 369 ff. (382), E. 7.3.

⁷⁹ ENGELI, S. 181; vgl. auch DENNINGER, Prävention, S. 222; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4.

⁸⁰ Vgl. etwa MOHLER, Polizeirecht, Nr. 36.

⁸¹ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 36.

⁸² Vgl. anstelle vieler BERICHT MALAMA, S. 4476; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 11 zu Vorb. Art. 57 ff. BV; vgl. bereits Kap. 1/2/II/B/a.

⁸³ BERICHT SIPOL 2000, S. 7730.

⁸⁴ BERICHT MALAMA, S. 4477; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 78 ff.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 26 ff.; SCHWEI-

Der für uns relevante Begriff ist derjenige der **inneren Sicherheit**. Sie umfasst die «Beständigkeit und Verlässlichkeit der verfassungsmässigen politischen Staatseinrichtungen, die freiheitlich-demokratische Grundordnung des Staates und das ordnungsgemässe Funktionieren dieser Einrichtungen sowie die Sicherheit der Bevölkerung».⁸⁶ Dies hat zwei Elemente:

Einerseits ein **staatspolitisches**, welches die Existenz und Grundordnung des Staates selbst sowie seine Institutionen schützen will.⁸⁷ Diesbezüglich sind vermehrt etwa Aspekte der Ökologie oder der wirtschaftlichen und sozialen Zufriedenheit der Bevölkerung von Bedeutung, was weniger Gefahrenabwehr als eher prospektive (Sozial-)Gestaltung erfordert.⁸⁸

Andererseits hat die innere Sicherheit aber auch ein **polizeirechtliches Element**, das den Schutz der klassischen Polizeigüter umfasst.⁸⁹ Für letztere wird als Oberbegriff auch die Terminologie der «öffentlichen Sicherheit und Ordnung» verwendet.⁹⁰ Auf die Bedeutung dieses Begriffs soll im nächsten Kapitel näher eingegangen werden.

ZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 33.

⁸⁵ RAUBER, S. 7; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78 f.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 16.

⁸⁶ BERICHT SIPOL 2000, S. 7730; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4477; BOTSCHAFT BV, S. 399.

⁸⁷ BERICHT MALAMA, S. 4477; BOTSCHAFT BV, S. 399; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; RAUBER, S. 9 m.w.H.

⁸⁸ BOTSCHAFT BV, S. 399; RAUBER, S. 10; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 164.

⁸⁹ BERICHT MALAMA, S. 4477; BOTSCHAFT BV, S. 399; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; RAUBER, S. 9 m.w.H.; neben «Polizeigüter» findet man auch die Begriffe der «polizeilichen Güter» oder «polizeilichen Schutzgüter». Da diese offenbar als Synonyme betrachtet werden, kommen auch in dieser Arbeit alternierend alle drei Begriffe zur Anwendung (vgl. TÖNDURY/YOUSSEF, Fn. 2).

⁹⁰ Vgl. anstelle vieler GYGI, Verwaltungsrecht, S. 171; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 88; REINHARD, S. 59 f.; SOBOTICH, S. 13; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 270.

B) Öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung als Rechtsbegriffe

a) Mehrdeutigkeit der Begriffe «öffentliche Sicherheit und (öffentliche) Ordnung»

aa) Unterschiedliche Begriffsverwendung

Öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung beschreiben zwar einerseits einen Zustand, der wünsch- aber wohl nicht realisierbar ist.⁹¹ Andererseits sind sie aber auch als Rechtsbegriffe zu betrachten,⁹² die – wie bereits der Polizeibegriff – **unbestimmt** sind: Um ihren Sinn erschliessen zu können, bedarf es einer Analyse der mehrjährigen Lehre und Rechtsprechung.⁹³ Diese ergibt jedoch kein eindeutiges Ergebnis:

In gewissen Fällen wird «Öffentliche Sicherheit und Ordnung» in einem Atemzug, als Begriffseinheit genannt.⁹⁴ In anderen Fällen werden die Termini aber auch auseinandergehalten.⁹⁵ Dabei werden «öffentliche Sicherheit» und «öffentliche Ordnung» entweder gleichwertig verwendet,⁹⁶ wobei sie vereinzelt schlicht neben einzelnen weiteren Polizeigütern wie «Ruhe» und «Sittlichkeit» aufgezählt werden,⁹⁷ oder aber der eine als Oberbegriff des anderen betrachtet^{98, 99}.

⁹¹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 88.

⁹² Vgl. SUTTER, Staatshaftung, S. 27.

⁹³ ANDEREGG, Nr. 466; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 54; die genaue Bedeutung bleibt allerdings auch nach dieser Analyse noch unklar, wird der Begriff doch sehr unterschiedlich verwendet.

⁹⁴ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 315, anders Nr. 672; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; vgl. auch Urteil des BGer 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009, E. 3.4: «Der Ausdruck der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bildet vielmehr einen umfassenden offenen Oberbegriff zum Schutz von Polizeigütern.»

⁹⁵ ENGELI, S. 180; JOST, S. 20 f. und 63; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 89; REINHARD, S. 52 und 56; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 ff. zu § 54.

⁹⁶ ENGELI, S. 180; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 20 m.w.H.

⁹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 672; JOST, S. 20 m.w.H.; REINHARD, S. 60 m.w.H.; vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 PolG OW.

⁹⁸ Vgl. etwa BGE 100 Ib 383 ff. (395), E. 6b und ENGELI, S. 178 f. mit Verweis auf weitere Literatur und Urteile, gemäss welchen «öffentliche Ordnung» sämtliche Polizeigüter zusammenfasst; vgl. auch GYGI, Polizeibegriff, S. 236; SALADIN, S. 344.

⁹⁹ Vgl. zum ganzen auch PFANDER, S. 21; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 3 und Fn. 5 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 12 insbes. Fn. 50.

In beiden Fällen werden die Ausdrücke zudem zu weiteren ähnlichen Termini wie «öffentliche Ruhe und Ordnung», «verfassungsmässige Ordnung» oder «innere Sicherheit» nicht sauber abgegrenzt und teilweise gleichbedeutend verwendet.¹⁰⁰ Insbesondere das Verhältnis der «inneren Sicherheit» zur «öffentlichen Sicherheit» und «öffentlichen Ordnung» scheint unklar zu sein.

Die einen betrachten die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Teilaspekt der inneren Sicherheit im Sinne einer «Gesamtsicherheit innerhalb eines Staates».¹⁰¹ Andere scheinen «innere Sicherheit» als Synonym für «öffentliche Sicherheit» oder gar für «öffentliche Sicherheit und (öffentliche) Ordnung» zu sehen.¹⁰² Dritte schliesslich ordnen die «innere Sicherheit» der staatspolitischen Ebene zu, welche nicht mit der «öffentlichen Sicherheit» identisch sei, sich aber mit dieser überschneide.¹⁰³

bb) Verwendung als Oberbegriff und Platzhalter

Einhellig zeigt sich die Literatur lediglich darin, «öffentliche Sicherheit und (öffentliche) Ordnung» auch als **Sammel- oder Oberbegriff der Rechtsgüter** zu betrachten, welche vom **Staat geschützt** werden müssen.¹⁰⁴

Zumeist wird die Formulierung aber auch als **Synonym für die Polizeigüter**, also die Güter, «von denen Gefahren abzuwenden die Polizei verpflichtet ist»,¹⁰⁵ verwendet, was nach der hier vertretenen Ansicht vermieden werden sollte. Denn die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beinhaltet nicht nur einen Auftrag zur Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störun-

¹⁰⁰ EICHENBERGER, aBV-Kommentar, N 150 zu Art. 102 aBV.

¹⁰¹ Vgl. etwa RAUBER, S. 10; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 163 f.

¹⁰² Vgl. ENGELI, u.a. S. 179; PFANDER, u.a. S. 3 und 21; Vgl. aber auch LIENHARD, innere Sicherheit, S. 125, welcher öffentliche Sicherheit sogar als Oberbegriff für innere und äussere Sicherheit verwendet; zur uneinheitlichen Terminologie vgl. EICHENBERGER, aBV-Kommentar, N 150 zu Art. 102 aBV; ENGELI, S. 178; a.M. SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 9 zu Art. Vorb. Art. 57 ff. BV, wonach die Begriffe sich überschneiden, aber nicht deckungsgleich sind; vgl. auch BGE 138 I 6 ff. (25), E. 4.3, wo das Bundesgericht von «nationale oder öffentliche Sicherheit» spricht.

¹⁰³ MOHLER, Polizeibestände, S. 69 f.; vgl. zu dieser Begriffsproblematik auch etwa DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 20 ff. zu Art. 57 BV, welche einen verfassungsrechtlichen Begriff der öffentlichen Sicherheit und den polizeirechtlichen Begriff der öffentlichen Sicherheit unterscheiden.

¹⁰⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 88 m.w.H.; Vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, S. 171; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 20 und 25; REINHARD, S. 9 und 59 f.; SOBOTICH, S. 13; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 54.

¹⁰⁵ JOST, S. 25 m.w.H.; vgl. hierzu auch PFANDER, S. 90.

gen, sondern geht darüber hinaus.¹⁰⁶ Auch wird hierzu nicht nur die Polizei im institutionellen Sinn, sondern zusätzlich weitere staatliche (Sicherheits-)Organe tätig.¹⁰⁷ Die synonyme Verwendung stützt sich auf einen weiten materiellen Polizeibegriff, welcher nach der hier vertretenen Auffassung aufzugeben ist.¹⁰⁸

Die synonyme Begriffsverwendung könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass «öffentliche Sicherheit und Ordnung» in gewissen Polizeierlassen als **Platzhalter** für sämtliche polizeilichen Schutzgüter verwendet wird.¹⁰⁹ Über eine Art Generalklausel mit Auffangfunktion zu verfügen, ist für die sicherheitspolizeilichen Akteure tatsächlich wichtig, können doch viele Gefahren nur beschränkt vorhergesehen und deshalb auch nicht genau bezeichnet werden.¹¹⁰ Es muss folglich die Möglichkeit eröffnet werden, bei Bedarf gegen neue Bedrohungen polizeilichen Schutz zu gewähren, auf neue Situationen flexibel zu reagieren.¹¹¹

Zum einen ist aber zu bedenken, dass zwar allenfalls hinsichtlich der Gefahren Unsicherheit besteht, die zu schützenden **Rechtsgüter** hingegen grds. **bekannt** sind.¹¹² Zum andern ist die Konsequenz der mangelnden Bestimmtheit rechtsstaatlich nicht unbedenklich.¹¹³ Die einzelnen zu schützenden Güter sollten deshalb im Hinblick auf mögliche Grundrechtseingriffe in den Polizeierlassen ausdrücklich genannt werden.¹¹⁴ Der **Gesetzgeber** und nicht eine reine Verwaltungsbehörde wie etwa die Polizei sollte darüber entscheiden, für welche Güter Gefahren abzuwehren sind.¹¹⁵ Entsprechend benutzen zwar viele Polizeierlasse

¹⁰⁶ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 91 und 94; SUTTER, Staatshaftung, S. 27.

¹⁰⁷ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 93; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 58; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 12.

¹⁰⁸ Vgl. bereits oben, Kap. 1/1/IV; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 127; a.M. JOST, S. 126.

¹⁰⁹ Art. 1 Abs. 1 PolG OW; vgl. auch § 2 Abs. 1 PolG AG; Art. 4 Abs. 1 PolG AI; Art. 1 Abs. 1 PolG AR; § 1 Abs. 1 PolG BS; Art. 2 Abs. 1 lit. a PolG GL; Art. 2 lit. a PolG GR; § 1 Abs. 1 PolG LU; Art. 1 Abs. 1 PolG SG; § 2 Abs. 1 PolG SO; § 1 Abs. 1 PolG SZ; § 1 Abs. 1 PolG ZG; § 3 Abs. 1 PolG ZH; vgl. hierzu auch RAUBER, S. 11 f.; REINHARD, S. 60 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 54.

TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 54.

¹¹¹ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 24.

¹¹² Vgl. EGLI, 2012, S. 197; GYGI, Polizeibegriff, S. 242; PFANDER, S. 53 ff.; REINHARD, S. 74.

¹¹³ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 25.

¹¹⁴ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 54.

¹¹⁵ Vgl. REINHARD, S. 84.

die Formulierung der «öffentlichen Sicherheit und Ordnung», nennen daneben aber ausdrücklich noch weitere polizeiliche Aufträge.¹¹⁶

cc) Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung sollten die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und öffentlichen Ordnung begrifflich auseinander gehalten und jeweils nicht selbst als eigentliche Rechtsgüter, sondern als Oberbegriffe für schützenswerte Rechtsgüter betrachtet werden.¹¹⁷ Entsprechend werden in der Folge zuerst einzeln die Begriffe der öffentlichen Sicherheit sowie der öffentlichen Ordnung analysiert, deren Rechtsgüter Schutzgegenstand sowohl der Polizei im institutionellen Sinn als auch weiterer staatlicher Organe sein können. Erst im darauffolgenden Kapitel (Kap. 1/2/II/2/C) wird auf die sicherheitspolizeilichen Schutzgüter eingegangen. Die öffentliche Sicherheit, welche als erstes zu analysieren ist, beinhaltet gemäss herrschender Lehre drei Elemente:¹¹⁸

b) Öffentliche Sicherheit

aa) Schutz des Staates sowie der staatlichen Institutionen

Als erstes wird der Schutz des Staates sowie der staatlichen Institutionen unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit subsumiert.¹¹⁹ Grundsätzlich beinhaltet

¹¹⁶ Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 PolG BE; § 2 Ziff. 1 PolG BS; Art. 2 Abs. 1 PolG BL; Art. 2 Abs. 1 PolG GL; Art. 2 PolG OW; § 1 PolG SZ; § 1 PolG ZG; § 3 ff. PolG ZH.

¹¹⁷ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 88 f.; REINHARD, S. 60 m.w.H.; auch etwa GAMMA, S. 29 und LEUTERT, S. 64 ff. behandeln die Begriffe getrennt; vgl. hingegen Urteil des BGer 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009, E. 3.4, wonach die Begriffe einen umfassenden Oberbegriff bilden.

¹¹⁸ ENGELI, S. 180 m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 20 m.w.H.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 125 m.w.H.; RAUBER, S. 11; REINHARD, S. 52 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13 ff.; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 270; diese, so etwa REINHARD und JOST, lehnen sich teilweise an die deutsche Polizeirechtswissenschaft an; vgl. hingegen GYGI, Verwaltungsrecht, S. 171 f., welcher den Staatsschutz im weiteren Sinn, das Funktionieren öffentlicher Institutionen und die Verhinderung von strafbaren Handlungen unter die öffentliche Sicherheit subsumiert.

¹¹⁹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 233 f.; GAMMA, S. 29; GUSY, Nr. 79 und 82; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 20 m.w.H.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 125 m.w.H.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 15; PFANDER, S. 91; RAUBER, S. 11; REINHARD, S. 52 ff.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 5; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13 ff.; SUTTER, Staatshaf-

dies einen allgemeinen Auftrag, Gefahren für die Verfassung sowie die Funktionsfähigkeit gewisser Institutionen wie Parlamente, Regierungen, Verwaltungsbehörden und Gerichte abzuwehren.¹²⁰

Polizeiliche Aufgaben können aber nur zurückhaltend daraus abgeleitet werden.¹²¹ Einige ergeben sich aus dem StGB, welches den Staat u.a. durch den Dreizehnten Titel¹²² vor Angriffen auf dessen Bestand und u.a. durch den Vierzehnten bis Achtzehnten Titel¹²³ vor Angriffen auf dessen Einrichtungen schützen will.¹²⁴ Solche Staatsschutzdelikte müssen nicht nur verfolgt, sie sollten möglichst bereits frühzeitig erkannt und verhindert werden – ein erster sicherheitspolizeilicher Auftrag des Bundes.¹²⁵ Dies bedingt, dass über bestimmte Personen und deren mutmasslich staatsgefährliche Tätigkeit Informationen gesammelt, gespeichert und möglicherweise auch weitergegeben werden.¹²⁶

bb) Schutz der Rechtsgüter des Einzelnen

Zweites Element der öffentlichen Sicherheit ist der Schutz der Rechtsgüter des Einzelnen.¹²⁷ Als solche werden regelmässig Leib und Leben, Gesundheit, Frei-

tung, S. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 54.

¹²⁰ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 20; REINHARD, S. 52 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 16.

¹²¹ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 20 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 16; vgl. auch REINHARD, S. 63.

¹²² Art. 258 ff. StGB: «Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden».

¹²³ Art. 265 ff. StGB: «Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung»; Art. 279 ff. StGB: «Vergehen gegen den Volkswillen»; Art. 285 ff. StGB: «Strafbare Handlungen gegen die öffentliche Gewalt»; Art. 296 ff. StGB: «Störung der Beziehungen zum Ausland»; Art. 303 ff. StGB: «Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege»; Art. 312 ff. StGB: «Strafbare Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht».

¹²⁴ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 16 m.w.H.; vgl. auch REINHARD, S. 52 f. und 63 ff.

¹²⁵ REINHARD, S. 65.

¹²⁶ REINHARD, S. 65.

¹²⁷ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 28; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 235 f.; GAMMA, S. 29; GUSY, Nr. 79 und 84; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 20 m.w.H.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 125 m.w.H.; PFANDER, S. 91; RAUBER, S. 11; REINHARD, S. 52 ff.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; RUCH, Regulierungsfragen, S. 387; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13 ff.; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 54.

heit, Ehre, Eigentum und Besitz, teilweise auch Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, öffentliche Sittlichkeit und Ruhe genannt.¹²⁸

Einige dieser Güter erscheinen wenig bestimmt und die konkrete Ausgestaltung ihres Schutzes zeitgeistabhängig.¹²⁹ So soll die Gesellschaft etwa vor Ausbeutung und Täuschung durch unredliche Geschäftstätigkeit (Treu und Glauben im Geschäftsverkehr),¹³⁰ vor gesundheitlichen Schädigungen als Folge des gemeinschaftlichen Zusammenlebens (öffentliche Gesundheit)¹³¹ und diesbezüglich beispielsweise vor Störungen der Sonntags-, Nacht- oder Umgebungsruhe (öffentliche Ruhe)¹³² bewahrt werden. Auch ist ihr sittliches Empfinden zu schützen (öffentliche Sittlichkeit).¹³³

Die mangelhafte Bestimmtheit dieser Güter und die örtliche und zeitliche Wandelbarkeit des mit ihnen verbundenen Schutzauftrags¹³⁴ scheinen alleine aber noch kein Grund zu sein, sie nicht als Schutzgut staatlichen Handelns zu betrachten.¹³⁵ Denn diese Offenheit garantiert gerade, dass auch auf neue Entwicklungen und Gefahren möglichst rasch reagiert werden kann.¹³⁶ Soweit wie möglich sollten Begriffe wie die öffentliche Sittlichkeit aber dennoch expliziten Regeln des Gesetzgebers weichen.¹³⁷ Diesen Gütern darf also nur Schutz gewährt werden, sofern dies aus einem Rechtssatz abgeleitet werden kann.¹³⁸ Beim Ent-

¹²⁸ BERICHT SIPOL 2010, S. 5205; DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 28; EICHENBERGER, aBV-Kommentar, N 153 und Fn. 101 zu Art. 102 aBV; FAVRE, 100 ans, S. 267; HÜRLIMANN, S. 38; REINHARD, S. 68; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; RUCH, Regulierungsfragen, S. 387; SALADIN, S. 344; SCHWEGLER, Nr. 2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 und 14 ff. zu § 54.

¹²⁹ FAVRE, 100 ans, S. 267 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 und 18 zu § 54; vgl. ausführlich HÜRLIMANN, insbes. S. 40 f. und 164 ff. zur öffentlichen Sittlichkeit.

¹³⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 54.

¹³¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 54.

¹³² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 54.

¹³³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 54; der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit wird in den Polizeierlassen aber nicht allzu oft verwendet und die Gerichte greifen sehr selten als Schutzgut des allgemeinen Polizeirechts darauf zurück (TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 559 f.).

¹³⁴ Vgl. BGE 106 Ia 267 ff. (271), E. 3a mit Verweis auf JOST, S. 24; vgl. auch RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4.

¹³⁵ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 28; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 54.

¹³⁶ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 28.

¹³⁷ Vgl. TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 553 ff., insbes. S. 568.

¹³⁸ Vgl. FAVRE, 100 ans, S. 267 f.; REINHARD, S. 83 f.; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 27 f.; TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 568; vgl. bereits BGE 34 I 254 ff. (261), E. 2 zur öffentlichen Sittlichkeit.

scheid, was auf welche Art zu schützen ist, muss sich der Gesetzgeber an gewisse Voraussetzungen halten, auf welche unten näher eingegangen wird.¹³⁹

Andere individuelle Rechtsgüter, deren Schutz unter die öffentliche Sicherheit subsumiert wird – nämlich Leib und Leben, Freiheit und Eigentum – können dagegen (relativ) klar umrissen werden.¹⁴⁰ Denn sie haben im Recht, etwa in Art. 111 ff. StGB sowie Art. 28 und 641 ZGB, differenziert Niederschlag gefunden.¹⁴¹ Dies ist aber insofern zu relativieren, als das Recht auf Freiheit auch einen Anspruch des Einzelnen beinhaltet, seine Grundrechte ungestört ausüben zu können.¹⁴² Daraus folgt eine Pflicht des Staates, verfassungs- und menschenrechtliche Grundrechte zu schützen, in bestimmten Situationen also etwa mittels Polizei einzugreifen.¹⁴³ Da über den Schutzbereich der einzelnen Grundrechte und somit die Schutzpflichten des Staates keineswegs nur Einigkeit besteht,¹⁴⁴ ist also auch die Bestimmtheit dieser Schutzgüter als bloss beschränkt anzusehen.

cc) Unverletzlichkeit der (gesamten) objektiven Rechtsordnung

Als drittes Element der öffentlichen Sicherheit wird die Unverletzlichkeit der (gesamten) objektiven Rechtsordnung genannt.¹⁴⁵ Die Rechtsordnung hat nämlich die wichtige Funktion, ein friedliches und geordnetes Zusammenleben der Gemeinschaft zu ermöglichen.¹⁴⁶ Wer gegen ein Gesetz verstösst, handelt dem Willen des Gesetzgebers und damit dem Willen dieser Gemeinschaft zuwider und gefährdet so die öffentliche Sicherheit.¹⁴⁷ Hierfür reicht einerseits bereits

¹³⁹ Kap. 1/2/II/2/C/b; vgl. auch TÖNDURY/YOUSSEF, S. 28.

¹⁴⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 f. zu § 54.

¹⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 54.

¹⁴² REINHARD, S. 53.

¹⁴³ Vgl. DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 30 und Fn. 28 f.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 127 f.; REINHARD, S. 53; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 14 m.w.H.

¹⁴⁴ Vgl. dazu Kap. 2/3, insbes. Kap. 2/3/1/2; vgl. an dieser Stelle anstelle vieler MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 20 ff., insbes. Nr. 23 und 29, wonach grds. die Verwirklichung aller Grundrechte (unter bestimmten Umständen) sicherheitspolizeiliches Eingreifen rechtfertigen kann.

¹⁴⁵ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 16; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 236 f.; GUSY, Nr. 79; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 20 m.w.H.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 125 m.w.H.; PFANDER, S. 91; RAUBER, S. 11; REINHARD, S. 52 ff.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 3; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13 ff.; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 54.

¹⁴⁶ JOST, S. 27 m.w.H.; REINHARD, S. 79; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 3.

¹⁴⁷ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 236 f.; RAUBER, S. 100; REINHARD, S. 79;

eine Gefährdung, eine erst drohende Verletzung eines Rechtsgutes.¹⁴⁸ Andererseits genügt es, wenn der objektive Tatbestand der Norm verwirklicht ist, der subjektive muss hingegen grundsätzlich nicht erfüllt sein.¹⁴⁹

Nach diesem Verständnis beinhaltet die Garantie der öffentlichen Sicherheit also eine «**Durchsetzungsgarantie gesetzten Rechts**»:¹⁵⁰ es geht um die «Frage der tauglichen und fairen Reaktion des Staates auf Bürger, die durch ihr Einzelhandeln Gesetze zu verletzen drohen».¹⁵¹ Diese Reaktion des Staates muss sich aber an den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns ausrichten, was etwa bedeutet, dass sein Eingreifen verhältnismässig sein muss und eines öffentlichen Interesses bedarf.¹⁵²

Letzteres bedeutet, dass Sicherheitsinteressen betroffen sein müssen, welche von allgemeiner Tragweite und nicht rein privater Art sind¹⁵³ – dass also ein staatlicher Eingriff für die Gewährleistung von Friede und Ordnung in der Gemeinschaft unabdingbar ist.¹⁵⁴ Dies wird bei Gefährdung privater Rechte nur ausnahmsweise zutreffen.¹⁵⁵ Hier wird der Frieden primär gewahrt, indem den Privaten die Möglichkeit gegeben wird, zur Wahrung ihrer Rechte ein Gericht anzurufen.¹⁵⁶ In Bezug auf private Rechte ist die Aufgabe des Staates indes in erster Linie, gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten, folglich die erforderlichen Verfahren und Institutionen bereit zu stellen.¹⁵⁷

-
- ¹⁴⁸ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13 m.w.H.
¹⁴⁹ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 17; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13 m.w.H.
¹⁴⁹ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 17; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13.
¹⁵⁰ PFANDER, S. 5.
¹⁵¹ PFANDER, S. 2.
¹⁵² Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. anstelle vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 ff. zu § 56; vgl. auch Kap. 2/2/II und III.
¹⁵³ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13; vgl. auch EPINEY, BSK, N 65 zu Art. 5 BV; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 23 f.
¹⁵⁴ Vgl. RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 2.
¹⁵⁵ Vgl. auch Kap. 1/2/II/2/C/b/cc.
¹⁵⁶ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 28; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 238 f.; GAMMA, S. 31; GUSY, Nr. 91 ff.; JOST, S. 50; vgl. auch PFANDER, S. 93 f.; RAUBER, S. 103; REINHARD, S. 101; SCHWEGLER, Nr. 23; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 30 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 270 und Fn. 58.
¹⁵⁷ Vgl. zur Rechtsweggarantie etwa KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 197 ff.; vgl. auch RAUBER, S. 103; REINHARD, S. 80.

dd) Fazit: Definition der öffentlichen Sicherheit

Nach den gemachten Ausführungen kann öffentliche Sicherheit also als Gewährleistung der **durch Rechtsnormen geschützter Güter**, die für das friedliche und geordnete Zusammenleben der Gemeinschaft unabdingbar sind, definiert werden.¹⁵⁸

Sicherheitsrelevant ist aber demgemäss nicht nur, wenn ein Sachverhalt unter eine spezifische Rechtsnorm subsumiert werden kann, sondern auch, wenn ein durch die Rechtsordnung generell als schützenswert bezeichnetes Gut verletzt oder gefährdet wird.¹⁵⁹

c) Öffentliche Ordnung

aa) Unterschiedliche Begriffsverwendung

Der Begriff der öffentlichen Ordnung wird in der Schweiz sehr **unterschiedlich verwendet**.¹⁶⁰ Da deren Wahrung ein Ziel der gesamten Rechtsordnung ist, wird nicht nur im Polizeirecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten auf sie verwiesen.¹⁶¹ Aber bereits im Zusammenhang mit den polizeilichen Schutzgütern scheint über den Inhalt der öffentlichen Ordnung keineswegs Einhelligkeit zu bestehen:

Gemäss älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst sie den Schutz derjenigen Güter, welche im vorhergehenden Kapitel bereits unter die öffentliche Sicherheit subsumiert wurden, wie Leben, Gesundheit, Ruhe und Sittlichkeit. Zusätzlich wird aber auch die öffentliche Sicherheit selbst dazu gezählt, wodurch diese nicht mehr als Oberbegriff, sondern als Schutzgut betrachtet wird.¹⁶² Wie oben dargelegt wurde, ist die öffentliche Sicherheit aber zu unbestimmt, um selbst Schutzgut sein zu können. Sie sollte deshalb als Oberbegriff

¹⁵⁸ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; SCHÄRMELI, S. 50; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 12; SUTTER, Staatshaftung, S. 25 m.w.H.

¹⁵⁹ REINHARD, S. 54.

¹⁶⁰ Vgl. GYGI, Polizeibegriff, S. 235 ff.; JOST, S. 20 f.; REINHARD, S. 60 ff.; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 25 f.; TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 561.

¹⁶¹ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 25 mit Verweis auf Art. 19 Abs. 2 OR sowie Art. 17, 27 und 190 Abs. 2 lit. e IPRG.

¹⁶² GYGI, Polizeibegriff, S. 236 mit Verweis auf BGE 97 I 499 ff. (504 f.), E. 4b; 96 I 350 ff. (357), E. 4; 70 I 140 ff. (147), E. 2; vgl. auch GYGI, Verwaltungsrecht, S. 171, wonach Leib, Leben, Gesundheit, Ruhe, Eigentum, Sitte, Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Handels- und Geschäftsverkehr Bestandteil der öffentlichen Ordnung sind.

für (polizeilich) schützenswerte Rechtsgüter und nicht als Begriff für ein eigentliches Rechtsgut verwendet werden.¹⁶³

In Anlehnung an das deutsche Polizeirecht wird die öffentliche Ordnung in der Literatur regelmässig als Gesamtheit jener Regeln umschrieben, welche in der Gesellschaft allgemein anerkannt und für deren friedliches und geordnetes Zusammenleben unabdingbar sind.¹⁶⁴ Da gemäss oben erläuterten Verständnis der öffentlichen Sicherheit bereits diese grundsätzlich alle geschriebenen Regeln erfasst, kann sich die öffentliche Ordnung nur noch auf die **ungeschriebenen Regeln** beziehen.¹⁶⁵ Es handelt sich also um moralische Normen, um **Sozialnormen**, welche etwa Fragen der Religion, des Anstandes oder der Sexualität zum Gegenstand haben.¹⁶⁶

bb) Definition der öffentlichen Ordnung

Analog zur Definition der öffentlichen Sicherheit kann die öffentliche Ordnung also als Gewährleistung der durch **Sozialnormen geschützter Güter**, die für das friedliche und geordnete Zusammenleben der Gemeinschaft unabdingbar sind, definiert werden. Welches diese **moralischen Normen** sind, ist von aktuellen gesellschaftlichen Wertvorstellungen abhängig und verändert sich somit im Laufe der Zeit.¹⁶⁷ Sie sollten durch den **Gesetzgeber**, nicht aber durch rechtsanwendende Behörden wie die Polizei, bestimmt werden.¹⁶⁸

¹⁶³ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 88 f.; REINHARD, S. 60 m.w.H.; vgl. auch RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 8, wonach öffentliche Sicherheit selbst nicht Polizeigut ist.

¹⁶⁴ ENGELI, S. 180; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2433; JOST, S. 63; PFANDER, S. 92; REINHARD, S. 56; TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 561; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 54; je mit Verweisen, etwa auf DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 245; GÖTZ, N 1 zu § 5; GUSY, Nr. 96 ff.; HÜRLIMANN, S. 40.

¹⁶⁵ GÖTZ, N 3 zu § 5; LEUTERT, S. 65; PFANDER, S. 92; REINHARD, S. 56 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 271.

¹⁶⁶ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 35; ENGELI, S. 180; LEUTERT, S. 65; PFANDER, S. 92; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 271.

¹⁶⁷ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 36; REINHARD, S. 83 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 54.

¹⁶⁸ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 36; PFANDER, S. 93; REINHARD, S. 83 f.; TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 568; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 54.

Es widerspricht unserem liberalen Rechtsverständnis,¹⁶⁹ dass sich polizeiliches Eingreifen – allenfalls gar mit Zwang verbunden – lediglich auf moralische Vorstellungen stützt, welche keinen Eingang ins Recht gefunden haben.¹⁷⁰ Was das Recht nicht erfasst, gehört nämlich grundsätzlich zur Freiheitssphäre der Individuen.¹⁷¹ Oder, in den Worten der BV: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»¹⁷² Sozialnormen sind grundsätzlich weder genügend demokratisch legitimiert,¹⁷³ noch hinreichend bestimmt,¹⁷⁴ um polizeiliches Schutzgut sein zu können. Im Übrigen sind sie im Polizeialltag als Handlungsgrundlage nicht praktikabel.¹⁷⁵ Ihre Ermittlung, an restriktive Voraussetzungen geknüpft,¹⁷⁶ wird wohl regelmässig die Mittel der Polizei übersteigen, weshalb letztere die Sozialnormen nur «erahnen» kann.¹⁷⁷

cc) *Fazit: Verzicht auf den Begriff der öffentlichen Ordnung*

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte im Polizeirecht bei der Umschreibung des sicherheitspolizeilichen Aufgabenbereichs somit von einem Verweis auf die öffentliche Ordnung oder (ungeschriebene) Sozialnormen abgesehen werden.¹⁷⁸ Den Terminus «öffentliche Sicherheit und Ordnung» deshalb nur noch als Einheit zu verstehen ist der Klarheit aber wenig dienlich.¹⁷⁹ Vielmehr sollte, analog zur (neuen) Regelung in gewissen deutschen Bundesländern,¹⁸⁰ auf den Begriff gänzlich verzichtet werden.

Damit relativieren sich auch die oben geäusserten Bedenken hinsichtlich der Verwendung der «öffentlichen Sicherheit (und Ordnung)» als Platzhalter.¹⁸¹ Denn der materielle Inhalt der öffentlichen Sicherheit ergibt sich erst im Zu-

¹⁶⁹ Vgl. hierzu TÖNDURY/YOUSSEF, S. 16 ff.

¹⁷⁰ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 18 m.w.H. SUTTER, Staatshaftung, S. 25; vgl. auch GAMMA, S. 29 f. m.w.H.; LEUTERT, S. 65; REINHARD, S. 56 f. und 83 ff., welcher auf S. 62 f. aber relativierend ausführt, offene Normen seien grds. unproblematisch, solange es sich nur um Aufgaben-, nicht aber um Befugnisnormen handle.

¹⁷¹ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 18 m.w.H.; SUTTER, Staatshaftung, S. 25.

¹⁷² Art. 5 Abs. 1 BV; siehe zum Legalitätsprinzip Kap. 2/2/I.

¹⁷³ TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 564 f.

¹⁷⁴ TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 565 f.; vgl. auch PFANDER, S. 93.

¹⁷⁵ TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 566.

¹⁷⁶ Vgl. TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 560 ff.

¹⁷⁷ TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 566; vgl. auch PFANDER, S. 93.

¹⁷⁸ G.I.M. PFANDER, S. 92 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 18 m.w.H.; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 568.

¹⁷⁹ Vgl. den Vorschlag bei TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 568.

¹⁸⁰ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 11 und 35; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 12 m.w.H.

¹⁸¹ Vgl. Kap. 1/2/II/2/B/a/bb.

sammenhang mit (anderen) Rechtsnormen, etwa Artikeln des StGB oder SVG,¹⁸² womit in der Regel schliesslich doch der Gesetzgeber und nicht eine reine Verwaltungsbehörde entscheidet, für welche Güter Gefahren abzuwehren sind.¹⁸³

C) Die sicherheitspolizeilichen Schutzgüter als Teilaspekt der öffentlichen Sicherheit

a) Einordnung und Definition der polizeilichen Schutzgüter

Wie in den letzten Kapiteln dargelegt wurde, besteht in der Literatur und Rechtsprechung keineswegs Einigkeit darüber, unter welche Oberbegriffe einzelne polizeiliche Schutzgüter zu subsumieren sind.¹⁸⁴ So führte das Bundesgericht erst kürzlich aus, «dass die öffentliche Sicherheit nicht streng von der öffentlichen Ordnung getrennt werden kann.»¹⁸⁵ Einige Autoren fügen dieser Feststellung jeweils hinzu, die **genaue Zuordnung** sei mangels Rechtsfolgen **sekundär**, Gewissheit bezüglich der einzelnen Polizeigüter hingegen viel wichtiger.¹⁸⁶

An dieser Stelle erübrigt sich eine eindeutige Einteilung ebenfalls. Denn da sich der Begriff der öffentlichen Ordnung nach der hier vertretenen Auffassung nicht dazu eignet, den sicherheitspolizeilichen Aufgabenbereich zu bestimmen, ist für uns einzig der Begriff der öffentlichen Sicherheit relevant. Auf diesen bezieht sich auch MOHLER in seiner **Definition** der polizeilichen Schutzgüter:

«Polizeigüter sind die vom Sicherheitsbegriff erfassten Rechtsgüter, die durch hinreichende Rechtsnormen und durch Rechts- und Realakte der zuständigen Behörden (und beauftragten Organisationen) verfassungskonform, gestützt auf konkrete gesetzliche Vorschriften, die polizeiliche Generalklausel oder den unmittelbaren Grundrechtsschutz zu schützen sind.»¹⁸⁷

Hiermit weicht er von der gängigen Umschreibung ab, wonach die Polizeigüter diejenigen Güter sind, «von denen Gefahren abzuwenden die Polizei verpflichtet ist».¹⁸⁸ Letztere erweist sich als wenig ergiebig, da sie den unbestimmten Begriff der Polizei enthält.¹⁸⁹ Versteht man ihn nur im institutionellen Sinne, so sagt diese Umschreibung nichts über den Inhalt der Polizeigüter aus. Überdies ist der

¹⁸² Vgl. RAUBER, S. 12.

¹⁸³ Vgl. REINHARD, S. 84.

¹⁸⁴ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 171; RAUBER, S. 11; SCHÄRMELI, S. 50.

¹⁸⁵ Urteil des BGer 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009, E. 3.4.

¹⁸⁶ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 171; RAUBER, S. 11; SCHÄRMELI, S. 50.

¹⁸⁷ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 122.

¹⁸⁸ JOST, S. 25 m.w.H.; RAUBER, S. 11; REINHARD, S. 60; SALADIN, S. 344.

¹⁸⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 118.

Begriff der Gefahrenabwehr selbst wertungsbedürftig und somit zur Definition wenig hilfreich.¹⁹⁰

b) *Restriktive Voraussetzungen für die Annahme sicherheitspolizeilicher Schutzgüter*

aa) *Notwendigkeit der Einschränkung sicherheitspolizeilicher Schutzgüter*

Die Definition der polizeilichen Schutzgüter von MOHLER erscheint nützlich, da sie am Sicherheitsbegriff anknüpft. Wie aber bereits verschiedentlich angetönt wurde, ist selbst der **Begriff der öffentlichen Sicherheit** als Teilaspekt einer umfassenden für unser Vorhaben, den sicherheitspolizeilichen Aufgabenbereich zu skizzieren, **zu weit**:

Insbesondere der Schutz der (gesamten) objektiven Rechtsordnung ist Auftrag sämtlicher staatlicher Organe, nicht aber primär Aufgabe der Polizei.¹⁹¹ Ebenso kann die Bewahrung des Staates sowie seiner Institutionen nur begrenzt sicherheitspolizeiliche Aufgaben bewirken.¹⁹² Aber auch der Schutz der Rechtsgüter des Einzelnen ist Gegenstand weit mehr Regelungsbereiche.¹⁹³ Beispielsweise umfasst der Schutz der öffentlichen Gesundheit auch etwa den Erlass und Vollzug von Normen über den Umwelt-, Strahlen- und Arbeitsschutz, über die Ausbildung medizinischen Personals, über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten oder über die Kontrolle von Lebens- und Betäubungsmitteln.¹⁹⁴ Dies bedarf einer umfassenden Gesundheitspolitik und kann nur sekundär Polizeiaufgabe sein.¹⁹⁵

Die von der Polizei zu schützenden Güter müssen zwingend **eingeschränkt** und ihr Handeln **an restriktive Voraussetzungen** gebunden werden. Denn ist schon ein Eingreifen des Staates als Ganzes gewissen Einschränkungen unterworfen, so muss dies erst recht für ein Tätigwerden der Polizei gelten, das regelmässig mit Zwang verbunden und in besonderer Weise grundrechtsrelevant sein kann.¹⁹⁶ Diese Forderung kann polizeigeschichtlich begründet werden, war es doch ein Ziel der Aufklärer sowie des liberalen Rechtsstaates, die Aufgaben und

¹⁹⁰ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 118; vgl. auch Kap. 1/2/III.

¹⁹¹ GAMMA, S. 29 und Fn. 31 m.w.H.; REINHARD, S. 54 und 79 ff.; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 54; vgl. auch SCHÄRMELI, S. 50.

¹⁹² Vgl. bereits Kap. 1/2/II/2/B/b/aa; vgl. auch DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 27;
REINHARD, S. 63; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 16.

¹⁹³ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 27 zur öffentlichen Gesundheit.

¹⁹⁴ REINHARD, S. 69.

¹⁹⁵ REINHARD, S. 70; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 27.

¹⁹⁶ Vgl. etwa Kap. 1/3/IV und Kap. 2/3; vgl. auch EGLI, 2015, S. 59.

Befugnisse der Polizei zu begrenzen.¹⁹⁷ Ihr Handeln ist deshalb zum einen an die Voraussetzung einer Gefahr oder Störung gebunden,¹⁹⁸ zum andern soll die Gefahrenabwehr der Polizei in mehrfacher Hinsicht subsidiär sein.¹⁹⁹

bb) Voraussetzung der Gefahr bzw. Störung

Die Polizei soll grds. nur tätig werden, wenn eine Gefahr abzuwehren oder eine Störung zu beseitigen ist.²⁰⁰ Dieses «negative Element» der Umschreibung polizeilicher Aufgaben²⁰¹ grenzt polizeiliches Handeln von anderer staatlicher Tätigkeit ab, welche etwa im Bereich der Sozial- oder Umweltpolitik auf Gestaltung und Veränderung gerichtet ist.²⁰² Der Begriff der Gefahr ist im Polizeirecht also sehr bedeutsam,²⁰³ weshalb auf diesen weiter unten detailliert eingegangen wird.²⁰⁴ Dabei wird auch der Frage nachgegangen, wie weit sicherheitspolizeiliche Akteure zu vorgelagerter Überwachungstätigkeit, insbesondere zu präventiven Datenerhebungen, legitimiert sind.²⁰⁵

cc) Subsidiarität der Gefahrenabwehr durch die Polizei

Die Gefahrenabwehr der Polizei ist einerseits in Bezug auf das Eingreifen **anderer staatlicher Stellen** subsidiär: Obliegt nämlich ein bestimmter Aufgabenbereich einer anderen Verwaltungsbehörde, so ist primär auch diese für die entsprechende Gefahrenabwehr zuständig. Nur in Ausnahmefällen, bei zeitlicher Dringlichkeit, hat die Polizei die notwendigen – **einstweiligen** – **Massnahmen** vorzunehmen.²⁰⁶

Wenn beispielsweise Beamte eines kantonalen Korps bei einer Patrouillenfahrt darauf aufmerksam werden, dass eine Person unzulässigerweise Abfall verbrennt, dürfen sie im Rahmen des Umweltschutzes grds. nur dann gegen die Verbrennung vorgehen, wenn die eigentlich für den Umweltschutz zuständige

¹⁹⁷ Vgl. oben, Kap. 1/1/II; vgl. auch LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 20 und 22 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 12; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 9 ff., insbes. S. 1.
¹⁹⁸ ENGELI, S. 179; GAMMA, S. 30; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 266.
¹⁹⁹ Zum Subsidiaritätsprinzip vgl. etwa DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 237 ff.
²⁰⁰ ENGELI, S. 179; GAMMA, S. 30; SUTTER, Staatshaftung, S. 25; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 266.
²⁰¹ GAMMA, S. 30; GYGI, Polizeibegriff, S. 237; JOST, S. 19.
²⁰² ENGELI, S. 179; GAMMA, S. 30; JOST, S. 17 ff.
²⁰³ SUTTER, Staatshaftung, S. 25.
²⁰⁴ Kap. 1/2/III.
²⁰⁵ Kap. 1/2/III/4.
²⁰⁶ REINHARD, S. 55 f. und 93 f.; vgl. auch DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 239 f.; GUSY, Nr. 134 ff.; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 11; vgl. bereits Kap. 1/1/III/4/B/a.

Behörde nicht rechtzeitig tätig werden kann.²⁰⁷ Den Polizeibeamten verbleibt hingegen eine selbständige Kompetenz zum Tätigwerden, sofern durch das unzulässige Verhalten gleichzeitig etwa Anwohner durch den giftigen Rauch direkt an Leib und Leben gefährdet werden.²⁰⁸

Andererseits bestehen aber auch hinsichtlich **Art und Gegenstand der Gefährdung** subsidiäre Zuständigkeiten, heisst es doch nicht umsonst öffentliche²⁰⁹ Sicherheit:

Zum einen sind die Kompetenzen der Polizei bezüglich **Eigengefährdungen** stark beschränkt.²¹⁰ Da eine Selbstgefährdung Ausdruck der Privatautonomie ist, darf der Staat nur in Ausnahmefällen tätig werden: Beispielsweise, wenn die betroffene Person urteilsunfähig ist, wenn mit der Selbstgefährdung auch Dritte gefährdet werden, wenn etwa durch ein Selbstmordversuch oder eine Selbstverstümmelung das (höchste) Rechtsgut Leben betroffen ist oder wenn gleichzeitig mehrere Personen (eigen-)gefährdet sind.²¹¹ Entsprechend werden etwa Bauverbote in Gefahrengebieten oder die Pflicht zum Tragen eines Sicherheitsgurtes in Motorfahrzeugen als öffentliche Sicherheitsinteressen angesehen.²¹² Auch ist die Polizei grds. verpflichtet, bei einer Selbstmorddrohung eine Suchaktion durchzuführen oder auf andere Art zu intervenieren.²¹³

Zum andern ist der **Schutz privater Rechte** begrenzt, was bereits kurz angesprochen wurde.²¹⁴ Bei Gefährdung obligatorischer oder zivilrechtlicher Ansprüche ist eine polizeiliche Intervention nämlich grundsätzlich nur in zwei Fällen legitim: Entweder, falls dies spezialgesetzlich vorgesehen ist, so etwa in Art. 286b Abs. 2 OR,²¹⁵ oder aber wenn «deren Bestand glaubhaft gemacht wird, [...] gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist [...] und ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich er-

²⁰⁷ SCHWEGLER, Nr. 22.

²⁰⁸ Vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 22.

²⁰⁹ Vgl. hierzu GAMMA, S. 31; REINHARD, S. 95; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 23 f.

²¹⁰ Vgl. ausführlich etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2441 ff.; JOST, S. 50 ff.; REINHARD, S. 98 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 29 f. zu § 54.

²¹¹ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 31 ff.; GÖTZ, N 28 ff. zu § 4; GUSY, Nr. 85 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2444; JOST, S. 50 ff.; PFANDER, S. 94 f.; REINHARD, S. 98 ff.; SOBOTICH, S. 15 m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 29 f. zu § 54.

²¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2441 f.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Fn. 4.

²¹³ Urteil des Verwaltungsgerichts Thurgau Nr. 14 vom 2. April 2014, E. 2.

²¹⁴ Vgl. Kap. 1/2/II/2/B/b/cc.

²¹⁵ «Heimlich oder gewaltsam fortgeschaffte Gegenstände können innert zehn Tagen seit der Fortschaffung mit polizeilicher Hilfe in die vermieteten Räume zurückgebracht werden.»

schwert werden könnte»^{216, 217} Die Polizei kann beispielsweise den Eigentümer eines Autos anhalten und sein Auto sicherstellen, wenn ein Garagist glaubhaft vorbringt, eben dieses Fahrzeug sei ohne seinen Willen bei ihm abgeholt worden, obwohl ihm aufgrund unbezahlter Reparaturenrechnungen daran ein Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB zustehe.²¹⁸

Private, so auch Organisatoren von Veranstaltungen, müssen sich aber primär selbst um ihre eigene sowie die Sicherheit ihrer Besucher kümmern.²¹⁹ Im Rahmen ihres Hausrechts haben sie hierzu relativ weite Befugnisse, deren Ausübung regelmässig privaten Sicherheitsdiensten übertragen wird.²²⁰ Zu denken ist etwa an das Sicherheitspersonal in Fussball- und Eishockeystadien, aber auch den Türsteher eines Partylokals.²²¹ Deren Handeln fällt insofern wieder in den polizeilichen Kompetenzbereich, als einige Kantone der Polizei die «Aufsicht über private Sicherheitsdienste» auferlegen und die «Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste» einer Bewilligungs- und Meldepflicht unterstellen.²²²

Die private sowie die von der Polizei zu schützende Sphäre voneinander abzugrenzen, ist generell nicht immer einfach.²²³ Die Abgrenzung richtet sich nach der Frage, ob für eine bestimmte staatliche Intervention ein öffentliches Interesse besteht.²²⁴ Privates kann wohl immer dann polizeilich relevant sein, wenn es entweder in der Öffentlichkeit wahrnehmbar ist oder aber die Allgemeinheit an der Sicherung der Rechte Einzelner ein Interesse hat.²²⁵ Öffentlich wahrnehmbar

²¹⁶ Art. 2 Abs. 2 PolG AR; § 2 Abs. 2 PolG BS; Art. 2 Abs. 2 PolG GL; Art. 4 Abs. 2 PolG UR; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 PolG BE; § 1 Abs. 4 PolG ZG.

²¹⁷ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 28; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 238 f.; GAMMA, S. 31; vgl. auch GUSY, Nr. 92 ff.; MÜLLER, PolG BL, S. 128; PFANDER, S. 94; REINHARD, S. 101 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 13; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 31 f. zu § 54.

²¹⁸ Vgl. SCHWEGLER, Nr. 23.

²¹⁹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77.

²²⁰ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77 mit Verweis auf das Hausrecht in Art. 217 StPO.

²²¹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77.

²²² § 3 Abs. 1 lit. i und Art. 57 ff. PolG AG; vgl. auch etwa Art. 23 PolG AI; Art. 62 PolG BE; § 29 ff. PolG LU; § 45 ff. PolG SO; vgl. ausführlich BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 629 ff.

²²³ EPINEY, BSK, N 65 zu Art. 5 BV; GAMMA, S. 31; JOST, S. 50; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 2 und Fn. 4; vgl. zum Subsidiaritätsverhältnis zwischen den Einzelnen und dem Staat auch MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 13 ff.

²²⁴ Anstelle vieler ANDEREGG, Nr. 466 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23; vgl. zum öffentlichen Interesse Kap. 2/2/II.

²²⁵ RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4 mit Verweis auf JOST, S. 50 und 55; vgl. auch EPINEY, BSK, N 65 zu Art. 5 BV.

sind zum einen Tätigkeiten, welche öffentlich vorgenommen werden, etwa Nacktwandern im öffentlichen Raum.²²⁶ Zum andern gehören dazu aber auch Handlungen, die sich in die Öffentlichkeit auswirken, beispielsweise indem sie die Gesundheit einer unbestimmten Zahl von Personen gefährden²²⁷.²²⁸ Ein öffentliches Interesse an einem Eingreifen der Polizei besteht hingegen immer, wenn es um den Schutz öffentlich-rechtlicher Normen, v.a. solchen des Strafrechts, geht.²²⁹

c) Frage nach einem Numerus clausus (sicherheits)polizeilicher Schutzgüter

Unbestritten sind gewisse Schutzgüter **wertungsbedürftig**, weshalb sich die daraus fließenden Aufträge des Staates ändern können. Ein Beispiel ist die immer wieder thematisierte Prostitution: Einmal versucht ihr der Staat zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit mit umfangreichen Ressourcen Einhalt zu gebieten,²³⁰ ein anderes Mal sieht er die öffentliche Sittlichkeit nicht mehr bedroht und will unter Berufung auf die öffentliche Gesundheit etwa mittels «Verrichtungsboxen» lediglich lenkend eingreifen.²³¹

Verschiedentlich wird nun überdies die Ansicht vertreten, dass für das geordnete Zusammenleben der Bevölkerung aufgrund des zeitlichen und örtlichen Wandels der Schutz der einen Rechtsgüter auf einmal bedeutungslos werden, während zugleich **neue Güter** schutzwürdig erscheinen könnten.²³² Dies ist in Bezug auf die **staatliche Tätigkeit im Ganzen** durchaus richtig, können staatliche Freiheitsbeschränkungen doch grundsätzlich durch sämtliche öffentliche Interessen gerechtfertigt werden.²³³ Etwa der Umwelt-, Natur- und Heimatschutz war

²²⁶ Vgl. BGE 138 IV 13 ff.

²²⁷ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 54, wonach vom Schutzgut der öffentlichen Gesundheit grds. nicht die individuelle Person, sondern die Bevölkerung als Kollektiv geschützt ist.

²²⁸ JOST, S. 50 m.w.H.

²²⁹ PFANDER, S. 94.

²³⁰ Vgl. etwa BGE 99 Ia 504 ff., (insbes. 508), E. 2b; 81 IV 107 ff.

²³¹ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 30; vgl. ausführlich HÜRLIMANN, etwa S. 164 ff. zur wertausfüllungsbedürftigen Generalklausel «Sittenwidrigkeit», S. 179 ff. zu Beispielen von vollzogenem Wertewandel im schweizerischen Recht, S. 263 ff. zu einem Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin aus dem Jahr 2000.

²³² JOST, S. 25 f.; TÖNDURY/YOUSSEF, S. 30; vgl. auch FAVRE, 100 ans, S. 267 f.; RITTER, S. 118; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 f. zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 268 f.; kritisch GYGI, Polizeibegriff, S. 242; REINHARD, S. 74; vgl. auch etwa MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 2 f. zum Wandel des Gehalts von Grundrechten.

²³³ REINHARD, S. 75; vgl. auch etwa HÄNNI/MAHAIN, S. 145 Fn. 5, wonach die Liste

nicht seit je her Regelungsbereich des modernen Staates.²³⁴ Dagegen sind verglichen mit der frühen Neuzeit und dem Zeitalter des Absolutismus etliche staatliche Schutzgüter weggefallen.²³⁵

Für den Bereich des **allgemeinen Gefahrenabwehrauftrages** stellt sich hingegen die Frage nach einem **Numerus clausus** der Schutzgüter.²³⁶ Für die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit kann wohl vertreten werden, dass bezüglich ihres primären Gefahrenabwehrauftrages die zu schützenden **Rechtsgüter** an sich **bekannt** sind.²³⁷ Lediglich die auftretenden Gefahren für diese Rechtsgüter können sich (neu) entwickeln.²³⁸ Gegenwärtig sind als **neue Bedrohungen** beispielsweise Betrügereien im Internet, insbesondere das sogenannte «Phishing», oder Drohnen ein Thema.²³⁹ Beim Phishing gelangen die Betrüger an geheime Kreditkarten- und Kontodaten, wodurch das Eigentum der Besitzer bedroht wird.²⁴⁰ Beim Drohneinsatz kann etwa die Privatsphäre, durch die Lärmbelastung die öffentliche Gesundheit, bei gewissen Einsätzen sogar Leib und Leben betroffen sein.²⁴¹ Zugegeben sind diesbezüglich auch Verwendungsarten denkbar, bei welchen die Subsumtion unter ein klassisches Schutzgut nicht offenkundig ist – wohl aber möglich.²⁴² Der Bestand der sicherheitspolizeilichen Schutzgüter scheint somit nicht erweiterungsbedürftig.²⁴³ Eine andere Situation kann sich höchstens ergeben, wenn die Polizei subsidiär tätig wird, etwa ausnahmsweise einer anderen Verwaltungsbehörde zu Hilfe eilen oder private Rechte schützen muss. Dies muss aber in jedem Fall in einem Rechtssatz vorgesehen sein.²⁴⁴

der aufgezählten Schutzgüter nicht abschliessend ist.

²³⁴ PFANDER, S. 27; REINHARD, S. 74; vgl. ausführlich auch FAVRE, 100 ans, S. 254 ff.

²³⁵ Vgl. Kap. 1/1/III; vgl. auch FAVRE, 100 ans, S. 254 ff.; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 268 f.

²³⁶ REINHARD, S. 75.

²³⁷ GYGI, Polizeibegriff, S. 242; REINHARD, S. 74.

²³⁸ GYGI, Polizeibegriff, S. 242; REINHARD, S. 74.

²³⁹ Zur Internetkriminalität vgl. HÄUPTLI, NZZ; zur zunehmenden Bedeutung der zivilen Nutzung von Drohnen vgl. STEIGER, S. 169 f.

²⁴⁰ Vgl. HÄUPTLI, NZZ.

²⁴¹ Vgl. auch STEIGER, S. 172 f.

²⁴² Vgl. auch BGE 137 II 431 ff. (446), E. 4.1, wonach gemäss Bundesgericht die Herausgabe von Bankkundendaten der UBS durch die FINMA zur Aufrechterhaltung der ökonomischen Stabilität und zum Schutz des Finanzmarkts gerechtfertigt sei, wobei dies keine neuen Schutzgüter darstellen, sondern unter klassische Güter wie Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr subsumiert werden können; vgl. hierzu auch TÖNDURY/YOUSSEF, S. 29.

²⁴³ REINHARD, S. 74.

²⁴⁴ Vgl. etwa SCHWEGLER, Nr. 22 als Beispiel für ein Einschreiten im Rahmen des

d) Fazit

Der Schutzbereich der Polizei kann die verschiedensten Güter umfassen.²⁴⁵ Vorausgesetzt ist hierfür aber entweder ein Rechtssatz oder dann eine Situation, welche einen Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel legitimiert oder eine grundrechtliche Schutzpflicht auslöst.²⁴⁶ Beides ist an gewisse Bedingungen zu knüpfen: So muss zum einen gemäss objektiver Beurteilung tatsächlich eine Gefahr bzw. Störung vorliegen. Zum andern müssen sich diese öffentlich äussern und deren Abwehr bzw. Beseitigung durch die Polizei für das friedliche Zusammenleben der Gemeinschaft tatsächlich unabdingbar sein, ist die Intervention der Polizei doch in mehrfacher Hinsicht subsidiär.²⁴⁷ Ihr obliegen also die unumgänglichen Freiheitsbeschränkungen zur Wahrung der grundlegendsten Rechte der Bürger, sozusagen «das minimale Programm, das der Staat nicht unterschreiten kann».²⁴⁸

Die sicherheitspolizeilichen Schutzgüter sind folglich Rechtsgüter,

- Die durch Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung zu schützen sind,
- sofern sich die Gefahr bzw. Störung öffentlich äussert
- und ein Eingreifen der Polizei aus objektiver Sicht für das friedliche und geordnete Zusammenleben der Gemeinschaft tatsächlich unabdingbar ist, insbesondere weil keine andere Verwaltungsbehörde wirksam intervenieren kann.²⁴⁹

Es wäre illusorisch, an dieser Stelle sämtliche der daraus fliessenden sicherheitspolizeilichen Aufträge aufzuzählen.²⁵⁰ Im Übrigen kann auf eine Aufzählung verzichtet werden, da im zweiten Teil dieser Arbeit eine Darstellung der für die polizeiliche Tätigkeit relevanten Grundrechte erfolgt (Kap. 2/3), sowie in diesem Kapitel weiter unten einzelne polizeiliche Aufgaben auf Bundes- sowie kantonaler Ebene genauer betrachtet werden (Kap. 1/2/IV). Vor dieser Analyse erscheint es aber notwendig, zuerst dem Verhältnis zwischen den beiden viel genannten staatlichen Schutzzwecken, Sicherheit und Freiheit (Kap. 1/2/II/3) und anschliessend dem zweiten entscheidenden Teil der gängigen sicherheitspo-

Umweltschutzes.

²⁴⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 121; vgl. auch BGE 133 II 136 ff. (144), E. 5.3.1 zur öffentlichen Sittlichkeit.

²⁴⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 121.

²⁴⁷ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 28; vgl. auch TSCHANNEN, öffentliche Sittlichkeit, S. 562 ff. und REINHARD, S. 87 hinsichtlich Sozialnormen.

²⁴⁸ SALADIN, S. 347.

²⁴⁹ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 122 und MOHLER, Realakte, S. 463.

²⁵⁰ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 54.

lizeilichen Aufgabenumschreibung, dem Terminus der «Abwehr von Gefahren sowie Beseitigung von Störungen» (Kap. 1/2/III), ein Kapitel zu widmen.

3. Spannungslage zwischen Sicherheit und Freiheit des Einzelnen

A) Wahrung der Sicherheit und Freiheit als Staatszweck

Wie bereits Art. 2 Abs. 1 BV konstatiert, ist nicht nur die Wahrung der Sicherheit der Bürger, sondern auch der Schutz ihrer persönlichen Entfaltung, ihrer Freiheit im Denken und Handeln, eine der elementaren Aufgaben des Staates und damit des Rechts.²⁵¹ Dabei ist zu beachten, dass Freiheit und Sicherheit sowohl vor als auch durch dem/n Staat zu schützen sind.²⁵² Dies widerspiegelt das gegenwärtige Grundrechtsverständnis, wonach den Bürgern sowohl Abwehr- als auch Schutzrechte gegenüber dem Staat zustehen.²⁵³

Grundsätzlich sind die beiden Staatszwecke **gleichwertig**,²⁵⁴ weshalb nicht der eine zu Gunsten des andern zurückgestellt werden darf.²⁵⁵ Diese Aussage gilt aber nur für deren Inhalt, nicht aber für das tatsächliche Vorgehen des Staates, des Gesetzgebers, zumindest was dessen in dieser Arbeit untersuchten Aufgabenbereich anbelangt: Gegenstand seiner **Regulierung** im Sicherheitsbereich ist zumeist die **Sicherheit**, bzw. die Sicherheitsmassnahmen.²⁵⁶ Die Freiheit muss er nicht direkt normieren, sondern – so weit als möglich – wahren.²⁵⁷ Dabei ist zu beachten, dass Schutz vor Gefahren nicht nur durch staatliche Regulierung, etwa Verbote²⁵⁸ und verhaltenslenkende Vorschriften²⁵⁹, ermöglicht werden

²⁵¹ BRUGGER, S. 8 ff.; KOLLER/SCHINDLER, S. 278 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 5 mit Verweis auf RUCH, Regulierungsfragen, S. 388 f.

²⁵² KOLLER/SCHINDLER, S. 279 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 5; vgl. auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 39 ff.

²⁵³ Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 2 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 256 ff.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432; KOLLER/SCHINDLER, S. 279; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 127 m.w.H.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 30; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 8 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6 m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

²⁵⁴ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 6.

²⁵⁵ DENNINGER, Prävention, S. 222; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 7; vgl. hingegen etwa HUG, S. 16, wonach die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit grds. der persönlichen Freiheit vorgeht.

²⁵⁶ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 82.

²⁵⁷ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 82; vgl. auch Art. 36 BV, welcher die Beschränkung von Freiheitsrechten und nicht letztere selbst reguliert.

²⁵⁸ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 13; RUCH, Regulierungsfragen, S. 389.

²⁵⁹ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 14; RUCH, Regulierungsfragen, S. 389.

kann.²⁶⁰ Private Regulierungen, aber gar Moral und Ethik, können Sicherheit unter Umständen ebenso gewährleisten und die Freiheit gleichzeitig weniger beeinträchtigen.²⁶¹

Bei der Wahl der Art sowie des Inhalts dieser Regulierungen ist zu beachten, dass sich die beiden Staatszwecke je nach Sichtweise in einer «brisanten Spannungslage»²⁶² bzw. einer «fruchtbare[n] Polarität»²⁶³ befinden.²⁶⁴

B) Brisante Spannungslage bzw. fruchtbare Polarität

Brisante Spannungslage bzw. fruchtbare Polarität deshalb, weil zum einen Freiheit immer nur im Zustand einer gewissen Sicherheit denkbar ist.²⁶⁵ Ein **Zuviel an Freiheit** des einen gefährdet die Freiheit, aber auch die Sicherheit des andern.²⁶⁶ Würde man etwa keinerlei Massnahmen ergreifen, um die Bürger vor den Gefahren des Terrorismus zu schützen, so wäre nicht nur deren Sicherheit betroffen, sondern durch ihre Schutzlosigkeit auch Unfreiheit die Folge.²⁶⁷

Zum andern ist die Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit meist mit einem Eingriff in die Freiheitsrechte derjenigen verbunden, welche diese Güter (mutmasslich) gefährden.²⁶⁸ So kann ein **Übermass an Sicherheit** diese selbst sowie die Freiheit in Frage stellen.²⁶⁹ Möchte man einen möglichst lückenlosen Schutz gegen terroristische Aktivitäten gewährleisten, so würde den Individuen sämtliche Freiräume genommen, durch die allgegenwärtigen Überwachungs- und

²⁶⁰ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 20.

²⁶¹ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 3, 20 und 97; vgl. zu den privaten Regulierungen auch etwa RUCH, Regulierungsfragen, S. 392 und 419 ff.

²⁶² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53.

²⁶³ DENNINGER, Prävention, S. 222.

²⁶⁴ Vgl. auch PFANDER, S. 9, wonach Sicherheitswahrung immer «in Bezug und in Abhängigkeit von den anderen Staatsaufgaben zu sehen» ist; vgl. des Weiteren KOLLER/SCHINDLER, S. 279 und 280; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 135 f.; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 262.

²⁶⁵ DENNINGER, Prävention, S. 223 f.; KOLLER/SCHINDLER, S. 279; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 135 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53.

²⁶⁶ Vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, S. 169 f.; HUG, S. 15; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 12 und 20; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 4 und 33; SUTTER, Staatshaftung, S. 25 mit Verweis auf KANT.

²⁶⁷ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 2.

²⁶⁸ KOLLER/SCHINDLER, S. 280; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 136; PFANDER, S. 37; vgl. auch BRAND, NZZ; HUG, S. 15.

²⁶⁹ DENNINGER, Prävention, S. 223 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Einleitung vor § 53; vgl. auch PFANDER, S. 37.

Zwangsmassnahmen aber auch ein Gefühl der Unsicherheit geschaffen.²⁷⁰ Oder erlaubt man der Polizei weitreichende Zugriffe auf Medienschaffende und deren recherchiertes Material, um die Funktionsfähigkeit der Polizei und damit die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, so wird nicht nur die Informations- und Medienfreiheit stark beeinträchtigt, sondern auch die Kontrollfunktion der Medien gefährdet, welche ihrerseits die Bürger vor ausufernder Staatsgewalt schützen soll.²⁷¹

Freiheit und Sicherheit sind also nicht gänzlich in Einklang zu bringen, gleichzeitig aber keineswegs völlig gegensätzlich.²⁷² Vielmehr bedingen sie sich gegenseitig – die eine ist ohne die andere nicht denkbar.²⁷³ Es geht also nicht um einen Entscheid zwischen Sicherheit oder Freiheit, sondern um die Frage nach dem **notwendigen Mass an Sicherheit**, um die Freiheit bestmöglich gewährleisten zu können.²⁷⁴ Die **Abwägung**, welche Freiräume zugunsten welcher Sicherheitsinteressen beschränkt werden dürfen und welche Sicherheitsbedürfnisse hinter welchen Freiheiten zurückstehen müssen, ist eine immerwährende Wertungsaufgabe, welche je nach Ort und Zeit unterschiedlich ausfällt.²⁷⁵ Dabei muss für jedes Freiheitsrecht einzeln geprüft werden, inwiefern und inwieweit Sicherheitsinteressen dessen Beschränkung rechtfertigen können.²⁷⁶

C) Wachsendes Sicherheitsbedürfnis

Da das Sicherheitsbedürfnis der Bürger in den letzten Jahren, insbesondere aufgrund neuartiger Gefahrenlagen, aber wohl vor allem wegen dem besseren Zugang zu Medien und deren umfangreichere Berichterstattung, stetig zu wachsen scheint, mehren sich auch die Schutzansprüche an den Staat.²⁷⁷ Insbesondere der Bereich der Prävention gewinnt stetig an Bedeutung, wobei auch Massnahmen vorgesehen werden, deren Fähigkeit zur Problembewältigung nicht ausreichend geklärt ist.²⁷⁸

²⁷⁰ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 2.

²⁷¹ SCHMOHL, S. 135 ff., insbes. S. 139, 147 und 149.

²⁷² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 13; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6.

²⁷³ KOLLER/SCHINDLER, S. 279; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 13; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 4.

²⁷⁴ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 82; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6.

²⁷⁵ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 8 und 82; vgl. auch KOLLER/SCHINDLER, S. 280; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 136.

²⁷⁶ Vgl. RITTER, S. 79 m.w.H.

²⁷⁷ RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 17; PFANDER, S. 28 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

²⁷⁸ FAVRE, enjeux, S. 17; vgl. zur Prävention auch PFANDER, S. 28 ff.

So werden nach jedem terroristischen Ereignis mehr Massnahmen, eine schärfere Anti-Terror-Gesetzgebung gefordert: In den USA folgten auf die Anschläge vom 11. September 2001 der «Patriot Act», in Europa werden nach Angriffen auf das Satiremagazin Charlie Hebdo sowie einen jüdischen Supermarkt im Januar 2015 die Rufe laut, Gesetze zu verschärfen und etwa im grossem Umfang Flugpassagierdaten zu sammeln.²⁷⁹ Auch in der Schweiz sollen dem Geheimdienst mehr Mittel in die Hand gegeben werden: «Er soll Wanzen legen, Sender verstecken, Computer hacken dürfen» – Forderungen, welche noch vor einem Jahrzehnt politisch chancenlos gewesen wären.²⁸⁰ Dass mit solchen Massnahmen, deren Wirksamkeit nicht unumstritten ist, stark in die Freiheitsrechte der Bürger eingegriffen und etwa generell, ohne Anfangsverdacht, heikle Daten gesammelt werden, scheint Politiker wie Bürger auf einmal nicht mehr zu stören.²⁸¹

Der **Schutzauftrag des Staates** wird damit **stetig ausgeweitet**, wobei seine Reaktion oft symbolisch erscheint und seine zunehmende Ohnmacht gegenüber den neuen Gefahren und Erwartungen überdecken soll.²⁸² Denn nur wenn er seinem Auftrag, für die Sicherheit der Individuen zu sorgen, erfolgreich nachkommt, kann die Akzeptanz des Gegenstücks,²⁸³ seines Herrschaftsanspruchs und damit verbundenen Gewaltmonopols, bestehen bleiben.²⁸⁴ Mit anderen Worten: Der Bürger schuldet dem Staat Gehorsam, im Gegenzug muss der Staat dem Bürger Schutz gewähren.²⁸⁵

Das Gewaltmonopol ermöglicht dem Staat unter Umständen auch die Anwendung von Zwang, typischerweise durch die Polizei:²⁸⁶ Sie kann körperliche Gewalt, Waffen und andere Hilfsmittel gegen die Bürger anwenden, was unweigerlich zu teilweise schweren Beschränkungen deren Freiheitsrechte führt, denke man etwa an die Tötung eines Menschen bei einem Polizeieinsatz.²⁸⁷

²⁷⁹ Vgl. auch BRAND, NZZ; ISRAEL, Tagesanzeiger.

²⁸⁰ BRAND, NZZ.

²⁸¹ Vgl. zum Ganzen ISRAEL, Tagesanzeiger; vgl. auch BRAND, NZZ; DENNINGER, Prävention, S. 222 ff.

²⁸² SUTTER, Naturgefahren, S. 178; vgl. auch ISRAEL, Tagesanzeiger.

²⁸³ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 3; vgl. hierzu auch RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 45 ff., insbes. Nr. 46.

²⁸⁴ GAMMA, S. 60 m.w.H.; MOHLER, Gewaltmonopol, S. 153 ff., insbes. S. 158; PFANDER, S. 5; RAUBER, S. 99 ff., insbes. S. 102.

²⁸⁵ MOHLER, Gewaltmonopol, S. 153 ff., insbes. S. 158; SUTTER, Naturgefahren, S. 177.

²⁸⁶ MANFRINI, S. 206; MOHLER, Gewaltmonopol, S. 158; PFANDER, S. 103; RAUBER, S. 100; vgl. auch BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 631 f.

²⁸⁷ BOTSCHAFT ZAG, S. 2489 ff., insbes. S. 2493; MANFRINI, S. 206 f.; PFANDER,

III. Begriff der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung

1. Einordnung und Definition des Gefahrenbegriffs

Wie oben dargelegt wurde, kann Sicherheit in einem umfassenden Sinn als Idee der Abwesenheit von Unsicherheiten, Sorgen oder Risiken gesehen werden. Nicht jede Unsicherheit kann aber staatliches Eingreifen rechtfertigen, absolute Sicherheit ist ohnehin ein nicht zu erreichender Idealzustand. Gewisse Unsicherheiten verbleiben und werden von der Gesellschaft als **Restrisiko** akzeptiert.²⁸⁸ In Anlehnung an ein von RUCH entwickeltes Stufenmodell kann dies als dritte Stufe bezeichnet werden, auf welcher sich Unsicherheiten befinden, welche von der Gesellschaft akzeptiert und als tragbar erachtet werden (**Akzeptanzprinzip**).²⁸⁹ Staatliche Gewährleistungspflichten bestehen hier grds. keine, vielmehr haben die Bürger allfällige Schäden selbst abzuwenden bzw. zu tragen.²⁹⁰

Erst auf der nächsten Stufe rechtfertigt das Vorliegen von **abstrakten Gefahren** staatliches Eingreifen (**Vorsorgeprinzip**).²⁹¹ Im Rahmen der Vorsorge ist diesen Gefahren durch vorsorgliches Recht vorzubeugen (Kap. 1/2/III/2).²⁹²

Auf der ersten Stufe (**Schutzprinzip**) schliesslich begründen **konkrete Gefahren** sowie **Störungen** die Notwendigkeit von direktem Eingreifen, vorwiegend unmittelbar wirksamen Massnahmen der Polizei (Kap. 1/2/III/3).²⁹³

Sowohl auf der ersten als auch auf der zweiten Stufe können gewisse vorgelagerte Überwachungstätigkeiten, mithin präventive Datenerhebungen, erforderlich sein. Aufgrund deren besonderer Bedeutung in der heutigen Zeit, insbesondere angesichts von Gefährdungen durch Terrorismus, wird ihnen in der Folge ein separates Kapitel gewidmet (Kap. 1/2/III/4), bevor die Besprechung des Gefahrenabwehrbegriffs mit einem Fazit geschlossen wird (Kap. 1/2/III/5).

S. 103 f.; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 289.

²⁸⁸ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 24; RUCH, Regulierungsfragen, S. 391; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 52.

²⁸⁹ RUCH, Regulierungsfragen, S. 391.

²⁹⁰ Vgl. RUCH, Regulierungsfragen, S. 395; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 52.

²⁹¹ RUCH, Regulierungsfragen, S. 390, welcher auf dieser Stufe allerdings die Risiken platziert.

²⁹² Vgl. REINHARD, S. 119.

²⁹³ RUCH, Regulierungsfragen, S. 389.

Bei diesen Ausführungen wird vom traditionellen **Begriff der Gefahr** ausgegangen, welcher «eine Sachlage [bezeichnet], die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit [...] führt».²⁹⁴

Konkret ist die Gefahr, wenn sie angesichts der vorliegenden Situation tatsächlich besteht – **abstrakt** hingegen, wenn sie nur hypothetisch existiert, wenn also nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein Sachverhalt in ähnlichen Situationen zu einem Schaden führen könnte.²⁹⁵ Die abstrakte ist der konkreten Gefahr somit vorgelagert.²⁹⁶ Von einer **Störung** spricht man hingegen, wenn ein Schaden bereits eingetreten ist, sich die Gefahr also verwirklicht hat.²⁹⁷

2. Vorbeugung gegen abstrakte Gefahren

Abstrakten Gefahren soll mit **generell-abstrakten Normen** – vorwiegend spezialgesetzlichen Regelungen – vorgebeugt werden (Vorsorgeprinzip).²⁹⁸ Diese Regelungen setzen oft in einem Zeitpunkt an, in welchem die allenfalls gefährliche Tätigkeit noch gar nicht ausgeübt wird.²⁹⁹ Es geht hier also um **Vorsorge**, welche erfolgt, bevor eine konkrete Gefahr vorliegt.³⁰⁰ Noch unüberschaubare

²⁹⁴ REINHARD, S. 105; vgl. auch DENNINGER, Prävention, S. 223; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 220; GÖTZ, N 3 zu § 6; GUSY, Nr. 108 und 110; JOST, S. 67; PFANDER, S. 82 f.; RAUBER, S. 49 f.; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 19; RUCH, Regulierungsfragen, S. 389; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 23; SUTTER, Naturgefahren, S. 176; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 266 f. m.w.H.; BGE 111 Ia 322 f. (323), E. 6a; vgl. auch BGE 60 I 197 ff. (209) E. 3b; 57 I 266 ff. (272).

²⁹⁵ Vgl. DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 42; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 227; GÖTZ, N 17 ff. zu § 6; GYGI, Verwaltungsrecht, S. 173; JOST, S. 79; PFANDER, S. 83; REINHARD, S. 110 f.; SCHENKE, Nr. 70; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 292.

²⁹⁶ SCHÄRMELI, S. 51.

²⁹⁷ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 220; GAMMA, S. 33; GUSY, Nr. 103; REINHARD, S. 105; SCHENKE, Nr. 92; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 267.

²⁹⁸ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 42; GÖTZ, N 22 zu § 6; GUSY, Nr. 126; GYGI, Verwaltungsrecht, S. 173; JOST, S. 67; PFANDER, S. 83; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 111 und 119; SCHÄRMELI, S. 51; SCHENKE, Nr. 70; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; SUTTER, Naturgefahren, S. 176; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 28 zu § 54.

²⁹⁹ SCHÄRMELI, S. 51 mit Verweis auf REINHARD, S. 112.

³⁰⁰ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 62 ff.; RUCH, Regulierungsfragen, S. 390.

Risiken für den Menschen und seine Umwelt, beispielsweise durch Naturgefahren,³⁰¹ Bauten und Anlagen,³⁰² oder (andere) Immissionen, sollen begrenzt werden.³⁰³ Entsprechend wird generell gefährlichen oder möglicherweise schädigenden Situationen und Tätigkeiten etwa mittels Verboten, Monopolisierung, Abgaben oder Bewilligungspflichten «bereits an ihrer Quelle» entgegengewirkt.³⁰⁴

Diese Vorsorge umfasst aber nicht nur Massnahmen, welche direkt die Rechtsstellung der Bürger regeln, sondern kann nur durch eine ganzheitliche, vorausschauende staatliche Planung realisiert werden.³⁰⁵ Entsprechend muss sie auch etwa in die Sozial-, Umwelt-, Gesundheits- und Wirtschaftspolitik einfließen, womit sie regelmässig nicht nur der Gefahrenabwehr dient, sondern auch sozialpolitische oder wohlfahrtsstaatliche Ziele verfolgt.³⁰⁶

3. Schutz vor konkreten Gefahren und Störungen

A) Einleitung

Anders als die abstrakten Gefahren legitimieren und erfordern konkrete Gefahren sowie Störungen **direktes Eingreifen**, vorwiegend unmittelbar wirksame Einzelmassnahmen in Form von Verfügungen oder Realakten (Schutzprinzip).³⁰⁷ Dies ist nun also der für uns **relevante sicherheitspolizeiliche Tätigkeitsbereich**,³⁰⁸ ist das Handeln der allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden doch grundsätzlich gegen konkrete Gefahren oder Störungen gerichtet.³⁰⁹

³⁰¹ Vgl. hierzu etwa FAVRE, Naturgefahren, S. 2 ff.; SUTTER, Naturgefahren, S. 175 ff.

³⁰² Vgl. hierzu etwa HÄNNI/MAHAIN, S. 144 ff.; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 385 ff.; SOBOTICH, insbes. S. 29 ff.

³⁰³ BGE 126 II 399 ff. (406), E. 4b; 124 II 219 ff. (232), E. 8a; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 63.

³⁰⁴ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; vgl. auch SCHÄRMELI, S. 51 mit Verweis auf JOST, S. 79 und TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 53 und N 28 zu § 54.

³⁰⁵ REINHARD, S. 117.

³⁰⁶ REINHARD, S. 111, 117 und 119.

³⁰⁷ PFANDER, S. 83; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 110; RUCH, Regulierungsfragen, S. 389; SCHÄRMELI, S. 51; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; SUTTER, Naturgefahren, S. 176; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 67.

³⁰⁸ Wobei wir uns auf das Handeln mittels Realakten beschränken werden, vgl. Kap. 1/3/II/4.

³⁰⁹ RAUBER, S. 46; REINHARD, S. 32 und 110; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 27 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 268.

Eine Störung liegt vor, wenn ein Schaden bereits eingetreten ist, sich die Gefahr also verwirklicht hat.³¹⁰ Massnahmen der Störungsbeseitigung gelten i.d.R. dem Störer selbst³¹¹ und bewegen sich, sofern seine Handlung strafrechtlich relevant ist, im Schnittbereich zur kriminalpolizeilichen Tätigkeit.³¹²

Die Gefahrenabwehr ist das präventive Element der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit und stets an die beiden Voraussetzungen des Schadens für die öffentliche Sicherheit sowie der hinreichenden Wahrscheinlichkeit dieses Schadenseintritts gebunden.³¹³

B) Schaden für die öffentliche Sicherheit

Ein Schaden im polizeirechtlichen Sinn liegt nur vor, wenn ein tatsächlich vorhandener **Bestand an Gütern objektiv gemindert** wird.³¹⁴ Damit unterscheidet sich der polizeirechtliche Schadensbegriff zum einen vom zivilrechtlichen, da etwa entgangener Gewinn nicht erfasst wird,³¹⁵ zum andern erfolgt mit dieser Umschreibung eine Abgrenzung zur Sozialgestaltung, da mit Gefahrenabwehr gerade keine Vergrösserung des Bestandes bestehender Rechtsgüter angestrebt wird.³¹⁶

Wie oben erläutert wurde, sollte nach der hier vertretenen Auffassung bei der Umschreibung des polizeilichen Aufgabenbereichs von einem Verweis auf die öffentliche Ordnung oder Sozialnormen abgesehen werden.³¹⁷ Entsprechend begründet lediglich eine Beeinträchtigung von Gütern, welche Gegenstand der **öffentlichen Sicherheit** sind, einen für uns relevanten Schaden.³¹⁸

Des Weiteren darf diese Beeinträchtigung **nicht unerheblich** sein, weshalb schlichte Belästigungen und Geschmacklosigkeiten, aber auch andere einfache Nachteile und Unbequemlichkeiten grds. kein polizeiliches Eingreifen rechtfertigen.³¹⁹ Die Abgrenzung erweist sich je nach Situation als anspruchsvoll: Be-

³¹⁰ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 220; GAMMA, S. 33; GUSY, Nr. 103; REINHARD, S. 105; SCHENKE, Nr. 92; SUTTER, Staatshaftung, S. 26; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 267.

³¹¹ Zum Störerprinzip vgl. Kap. 2/2/III/2.

³¹² RAUBER, S. 52.

³¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2475 ff.; IMBODEN/RHINOW, S. 972; LEUTERT, S. 55; RAUBER, S. 49 und 52; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 2.

³¹⁴ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 40; REINHARD, S. 106; SCHENKE, Nr. 73.

³¹⁵ Vgl. auch etwa REINHARD, S. 106 Fn. 12.

³¹⁶ GAMMA, S. 32 f. m.w.H.; vgl. auch JOST, S. 67 und REINHARD, S. 113.

³¹⁷ Vgl. Kap. 1/2/II/2/B/c.

³¹⁸ Gl.M. SUTTER, Staatshaftung, S. 25.

³¹⁹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 221; GÖTZ, N 5 zu § 6; GUSY, Nr. 106; PFANDER, S. 83; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 106; SCHENKE, Nr. 74; SCHWEI-

einträchtigt ein kläffender Hund bereits das Polizeigut der öffentlichen Ruhe oder ist dies lediglich eine polizeilich irrelevante Belästigung?³²⁰

Das subjektive (Über-)Empfinden der betroffenen Person darf bei der Beurteilung nicht ausschlaggebend sein.³²¹ Vielmehr ist die Intensität der Beeinträchtigung anhand deren Zeit, Ort und anderen konkreten Umständen zu beurteilen.³²²

Das Kläffen eines Hundes ist wohl in vielen Situationen hinzunehmen, kann aber je nach Zeit (z.B. mitten in der Nacht oder ununterbrochen), Ort (z.B. neben einem Rehabilitationszentrum) oder anderen Umständen (wenn es sich z.B. nicht um einen, sondern um ein ganzes Rudel von kläffenden Hunden handelt) auch zu polizeirechtlich relevanten Schäden führen.³²³

Die Polizeierlasse sowie die polizeiliche Generalklausel, auf welche sich sicherheitspolizeiliches Handeln stützen muss, sehen in Bezug auf das Schadensausmass sowie den Rang des zu schützenden Rechtsgutes teilweise Qualifizierungen vor.³²⁴ So wird in Bezug auf das Schadensausmass eine «erhebliche», «ernste» oder «ernsthafte»³²⁵ Gefährdung bzw. Störung gefordert und für gewisse polizeiliche Massnahmen gar die Gefährdung eines spezifischen Polizeigutes, etwa Leib und Leben,³²⁶ vorausgesetzt.

C) Hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts

Die Beurteilung, ob präventives Handeln aufgrund eines «hinreichend wahrscheinlichen» Schadenseintritts notwendig ist, erfordert immer eine **Prognose** der polizeilichen Akteure,³²⁷ welche nachträglich einer richterlichen Prüfung

ZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 23; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 25 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 271.

³²⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 25 zu § 54.

³²¹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 222; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 107; SCHENKE, Nr. 75; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 25 zu § 54.

³²² DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 222; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 107; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 23 mit Verweis auf BGE 130 II 394 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 25 zu § 54.

³²³ Vgl. auch DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 221 f.; RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 107; SCHENKE, Nr. 74.

³²⁴ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 52 ff.; GÖTZ, N 24 ff. zu § 6; GUSY, Nr. 127 ff.; REINHARD, S. 110 f.; SCHENKE, Nr. 78; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 24; SUTTER, Staatshaftung, S. 26.

³²⁵ Vgl. anstelle vieler § 25 Abs. 2, § 31 Abs. 1, § 34 Abs. 1 PolG AG; Art. 22, Art. 29 Abs. 1 lit. a, Art. 39 Abs. 1 lit. a PolG BE.

³²⁶ Vgl. anstelle vieler § 31 Abs. 1 lit. a, § 34 Abs. 1 lit. c und Abs. 2, § 45 Abs. 1 lit. a PolG AG; Art. 29 Abs. 1 lit. f, Art. 32 Abs. 1 lit. a, Art. 39 Abs. 1 lit. d, Art. 48 Abs. 1 PolG BE.

³²⁷ RAUBER, S. 50; REINHARD, S. 107; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 25.

zugeführt werden kann.³²⁸ Diese Prognose sollte – soweit möglich – auf eindeutigen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen.³²⁹ Entsprechend führt etwa die Kantonspolizei Aargau einen Dienst «Lage- und Analysezentrum», welcher sicherheitsrelevante Informationen beschafft, auswertet und basierend darauf in regelmässigen Abständen Berichte zur Sicherheitslage veröffentlicht, welche als Grundlage für die Planung von Einsätzen und Massnahmen dienen.³³⁰

Bei der Prognose kommt es auf jeden Fall nicht auf die subjektiven Eindrücke der Sicherheitsorgane, sondern auf eine **objektive Beurteilung** an: Eine Situation muss im Moment der Entscheidung, also aus **ex ante-Sicht**, so erscheinen, dass ein sorgfältiger und verständiger Polizist sie als konkrete Gefahr beurteilen würde.³³¹ Wird später ersichtlich, dass lediglich eine Anscheinsgefahr vorlag, in der Tat also gar kein Schaden drohte, so kann dies der «echten» Gefahr gleich gestellt werden.³³² Anders verhält es sich mit der Scheingefahr: wenn also ein Polizist eine Situation subjektiv für gefährlich hält, ohne hierfür hinreichende Gründe zu haben, so vermag dies die getroffenen Massnahmen nicht zu rechtfertigen.³³³

Ungeachtet dieses objektiven Massstabes erfordert die Situationsbeurteilung, ob eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht und damit direktes polizeiliches Eingreifen gerechtfertigt ist, immer eine Wertung, eine **Abwägung** der Sicherheitsorgane.³³⁴ Massgebliche Elemente sind dabei vor allem die Art des betroffenen Rechtsgutes sowie das Schadenspotential: je bedeu-

³²⁸ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 25 mit Verweis auf SCHENKE, Nr. 77; vgl. auch GUSY, Nr. 121, welcher aber betont, das Gericht habe zu berücksichtigen «dass die nachträgliche gerichtliche Sachverhaltsfeststellung gerade im Prognosebereich nahezu notwendig klüger ist als die vorherige polizeiliche Tatsachenaufklärung».

³²⁹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 224; GÖTZ, N 117 und 132 zu § 7; REINHARD, S. 107; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 27; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 26 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 272;
vgl. zu letzteren bereits Kap. 1/2/II/1/A/b.

³³⁰ Vgl. auch [https://www.ag.ch/de/dvi/kantonspolizei/kapo_auftrag/organisation/
support_1/Fuehrung.jsp](https://www.ag.ch/de/dvi/kantonspolizei/kapo_auftrag/organisation/support_1/Fuehrung.jsp), zuletzt besucht am 30. März 2016.

³³¹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 223; GUSY, Nr. 121; REINHARD, S. 107;
SCHENKE, Nr. 82; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 25 mit Verweis auf DEN-
NINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 46.

³³² DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 47 und 50; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS,
S. 226; GÖTZ, N 38 ff. zu § 6; GUSY, Nr. 122; RAUBER, S. 51; REINHARD,
S. 108 ff.; SCHENKE, Nr. 80 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 25.

³³³ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 225; RAUBER, S. 51; REINHARD, S. 107.

³³⁴ REINHARD, S. 107; vgl. auch, insbes. zur schwierigen Situation der Polizei, MOH-
LER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 68.

tender bzw. grösser sie sind, desto kleiner darf die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sein.³³⁵ Dies gilt aber nicht in allen Fällen: Zum einen können von der Polizei genauere Abklärungen der Situation verlangt werden, wenn keinerlei zeitliche Dringlichkeit vorliegt.³³⁶ Zum andern kann auch der Gesetzgeber gewisse Wertungen vorweg nehmen und eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit verlangen³³⁷ oder in Bezug auf die zeitliche Nähe des Schadenseintritts eine «unmittelbare» oder «gegenwärtige» Gefährdung bzw. Störung fordern³³⁸.

4. Überwachungsmassnahmen zwischen Gefahrenvorsorge und -abwehr

Zur Abwehr von Gefahren sind die Sicherheitsbehörden immer auch auf **Informationen** angewiesen: Sowohl Informationen über die Art der Gefahr, als auch über das Wo, Wie und Wann sind notwendig, um wirksam Gegenmassnahmen ergreifen können. Die heute zentralen Gefahren, insbesondere der Terrorismus sowie die organisierte Kriminalität, verlangen immer wie häufiger ein immer wie früheres Tätigwerden.³³⁹ Damit der Ruf nach mehr Sicherheit, nach mehr Prävention durch den Staat nicht «zum Einfallstor für eine unbeschränkte Datenverarbeitung der Polizei» wird, ist dieser Informationstätigkeit klare Grenzen zu setzen.³⁴⁰ Ein erster Ansatzpunkt ist, am Begriff der Gefahr anzuknüpfen und diesbezüglich zwei Situationen zu unterscheiden:

Zum einen können die Sicherheitsbehörden darauf angewiesen sein, über bestimmte Personen oder Personengruppen Informationen zu sammeln, weil zumindest der **Verdacht** besteht, dass die Sicherheit der Schweiz durch ihr (geplantes) Verhalten **bedroht** ist.³⁴¹ Die entsprechenden Massnahmen sind also an die Voraussetzung des Verdachts auf eine konkrete Gefahr geknüpft, befinden sich mithin auf der ersten Stufe unseres Stufenmodells (Schutzprinzip).

Dabei ist zu bedenken, dass die Beurteilung, ob eine konkrete Gefahr überhaupt eine unmittelbar wirksame Einzelmassnahme zu rechtfertigen vermag, sowie die Frage, welche Massnahme im Einzelnen angemessen erscheint, immer anhand

³³⁵ DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 52 mit Vorbehalt; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 224; GUSY, Nr. 119; RAUBER, S. 51; REINHARD, S. 107 f.; SCHENKE, Nr. 77; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 25.

³³⁶ REINHARD, S. 108; SCHENKE, Nr. 77.

³³⁷ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 24; vgl. auch GUSY, Nr. 127 ff.

³³⁸ Vgl. anstelle vieler § 25 Abs. 2, § 31 Abs. 1 lit. b, § 39 Abs. 2, § 40 Abs. 1 lit. b PolG AG; Art. 22, Art. 29 Abs. 1 lit. a, Art. 39 Abs. 1 lit. a, Art. 48 Abs. 1 PolG BE.

³³⁹ Vgl. REINHARD, S. 218.

³⁴⁰ REINHARD, S. 218.

³⁴¹ Vgl. BOTSCHAFT NDG, S. 2230; SIGRIST, S. 210 ff. und 218 ff.

einer Abwägung vorzunehmen ist. Durch Terrorismus, Extremismus oder auch militärische Bedrohungen sind die wertvollsten Rechtsgüter, nämlich Leib und Leben des Menschen bedroht, auch ist das Schadenspotential immens. Entsprechend dürften diese Bedrohungen eher als andere Gefahren sicherheitspolizeiliche Massnahmen, insbesondere präventive Datenbearbeitungen, rechtfertigen.³⁴²

Zum andern müssen die Sicherheitsbehörden aber auch Massnahmen ergreifen können, um frühzeitig solche **Gefahrenlagen** überhaupt **erkennen** zu können. Hier geht es um eine vorverlagerte Tätigkeit, welche bezweckt, über mögliche Gefahren und potentielle Akteure Kenntnis zu erlangen.³⁴³ Eine konkrete Gefahr fehlt hier gerade, weshalb diese Massnahmen der zweiten Stufe unseres Stufenmodells zuzuordnen sind (Vorsorgeprinzip).³⁴⁴ Es geht darum, Daten zu sammeln, um die Bedrohungslage der Schweiz laufend analysieren sowie die betreffenden Informationen aufarbeiten zu können und den zuständigen Behörden auf Bundes- und Kantonsebene so ein rechtzeitiges Eingreifen zu ermöglichen.³⁴⁵ Der Nachrichtendienst des Bundes soll insbesondere Gefährdungen durch Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst, gewalttätigen Extremismus und Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen frühzeitig aufdecken.³⁴⁶ Um Gewalt lokalen Ausmasses rechtzeitig erkennen zu können, müssen v.a. die kantonalen Polizeikorps Datenerhebungen machen.³⁴⁷

Tätigkeiten, welche im Vorfeld der eigentlichen konkreten Gefahrenabwehr erfolgen, fallen nicht unter den hier verwendeten Begriff des sicherheitspolizeilichen Handelns. Sie sind vielmehr mit der Arbeit von Naturwissenschaftlern sowie Ökonomen, Soziologen, Psychologen und Politikern vergleichbar, deren Aufgabe es ist, objektiv bestehende Gefahren zu erkennen und einzuschätzen, um so überhaupt die Grundlage für sicherheitspolizeiliche Massnahmen zu schaffen.³⁴⁸ Solch vorverlagerte Datenbearbeitungen sind folglich nur am Rande Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Deren Besprechung würde denn auch Stoff für ein zweites, separates Buch bieten, bedürfen solche «Gefahrenerforschungsmassnahmen» doch in besonderem Masse gesetzgeberischen Sicherungen.³⁴⁹

³⁴² Vgl. allerdings kritisch SIGRIST, S. 216 ff.

³⁴³ CUPA, Nr. 25 f. m.w.H.; SIGRIST, S. 222 m.w.H.

³⁴⁴ BERICHT BWIS, S. 7 f.; BIAGGINI, Gutachten, S. 262.

³⁴⁵ Vgl. BERICHT BWIS, S. 5 ff.

³⁴⁶ Art. 2 Abs. 1 und 2 BWIS; vgl. auch CUPA, Nr. 25 ff. m.w.H.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 39 und Fn. 66.

³⁴⁷ BERICHT BWIS, S. 8.

³⁴⁸ Vgl. bereits Kap. 1/2/II/A/b; vgl. zu dieser Arbeit auch etwa ENGELI, S. 11; RAUBER, S. 6; SUTTER, Staatshaftung, S. 28 ff.

³⁴⁹ BIAGGINI, Gutachten, S. 261.

Jeder Form der polizeilichen Informationstätigkeit, insbesondere der präventiven Datenerhebung, ist zum Schutz der Bürger indes Grenzen zu setzen. Hierzu ist etwa die Voraussetzung einer genügenden gesetzlichen Grundlage von Bedeutung. Darauf wird im zweiten Teil dieser Arbeit im Kapitel zum Legalitätsprinzip näher eingegangen.³⁵⁰

5. Fazit

Zusammenfassend kann der für uns vorwiegend relevante Begriff der konkreten Gefahr als Sachlage umschrieben werden, die im Einzelfall tatsächlich oder aus der ex ante-Sicht der handelnden Person bei verständiger Würdigung in naher Zukunft die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung eines Rechtsgutes mit sich bringt, das Gegenstand der öffentlichen Sicherheit ist.³⁵¹

Diese umständliche Definition verweist aber bereits auf die Problematik, welche mit dem Begriff der Gefahrenabwehr einhergeht: Sie hat oft normwidriges Verhalten oder sonst wie Aussergewöhnliches zum Gegenstand, was naturgemäss schwierig zu regulieren ist.³⁵² Auch wenn verschiedene Gefahrenarten bekannt und damit zu erwarten sind, besteht über das genaue Wo, Wie und Wann teilweise Unsicherheit.³⁵³ Staatliche Gefahrenabwehr ist also sehr vielgestaltig. Mit Blick auf den Urheber der Gefahr können primär fünf Arten unterschieden werden: Schutz vor Fremdschädigung durch den Staat, Schutz vor Fremdschädigung durch einen ausländischen Staat, Schutz vor Fremdschädigung durch einen anderen Privaten, Schutz vor Selbstschädigung und Schutz vor Naturgefahren.³⁵⁴

In der allgemeinen sicherheitspolizeilichen Aufgabenumschreibung der «Abwehr von konkreten Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit» kann die konkrete Gefahr bzw. die Störung als Handlungsvoraussetzung sicherheitspolizeilichen Handelns gesehen werden, während die zuvor analysierte öffentliche Sicherheit dessen Schutzgegenstand darstellt.³⁵⁵ Im nächsten

³⁵⁰ Vgl. Kap. 2/2/I.

³⁵¹ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 23 m.w.H.; vgl. auch DENNINGER, Prävention, S. 223; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 220; GÖTZ, N 3 zu § 6; GUSY, Nr. 108 und 110; JOST, S. 67; PFANDER, S. 82 f.; RAUBER, S. 49 f.; REINHARD, S. 105; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 19; RUCH, Regulierungsfragen, S. 389; SUTTER, Naturgefahren, S. 176; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 54; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 266 f. m.w.H.; BGE 111 Ia 322 f. (323), E. 6a; vgl. auch BGE 60 I 197 ff. (209) E. 3b; 57 I 266 ff. (272).

³⁵² RITTER, S. 79.

³⁵³ RITTER, S. 79.

³⁵⁴ SUTTER, Naturgefahren, S. 179.

³⁵⁵ Vgl. auch PFANDER, S. 82.

Kapitel soll nun diese allgemeine Aufgabenumschreibung verlassen und genauer dargelegt werden, welche spezifischen sicherheitspolizeilichen Aufträge welchen staatlichen Akteuren obliegen.

IV. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben in der föderalistischen Schweiz

1. Kompetenzverteilung im Polizeirecht

Die föderalistische Struktur der Schweiz widerspiegelt sich auch im Polizeirecht: Sowohl dem **Bund** als auch den **Kantonen** und **Gemeinden** obliegen Aufgaben im Bereich der öffentlichen Sicherheit.³⁵⁶ Zusätzlich verfügen teilweise auch **private Organisationen** über sicherheitspolizeiliche Befugnisse.³⁵⁷ Die Kompetenzverteilung folgt dabei grundsätzlich dem allgemeinen, vom Föderalismus und Subsidiaritätsprinzip geprägten System der Bundesverfassung.³⁵⁸ Gemäss Art. 3 BV sind die Kantone grds. souverän und «üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind». Die Art. 42 ff. BV führen diesen Grundsatz weiter aus und bestimmen, dass der Bund nur die Aufgaben erfüllt, «die ihm die Bundesverfassung zuweist»³⁵⁹ und selbst bei Bestehen einer grundsätzlichen Kompetenz nur die übernimmt, «welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen»³⁶⁰. Ausnahmen in der Verfassung vorbehalten, haben sogar in einem solchen Fall die Kantone das Recht aber auch die Pflicht, das dabei erlassene Bundesrecht umzusetzen.³⁶¹

Zu diesen abstrakten Regeln finden sich in den Art. 54 ff. BV konkrete Kompetenzzuweisungen.³⁶² Fürs Polizeirecht ist Art. 57 BV von Bedeutung, gemäss welchem Bund und Kantone «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicher-

³⁵⁶ BERICHT SIPOL 2010, S. 5205; BERICHT SIPOL 2000, insbes. S. 7721; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77; RÉMY, S. 8.

³⁵⁷ Vgl. Kap. 1/3/VI; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77.

³⁵⁸ Vgl. hierzu BERICHT MALAMA, S. 4478 f.; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 4; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 194; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 10 ff. und 412 f.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 686 ff.; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 185; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 116 f.; zum bundesstaatlichen Subsidiaritätsprinzip im Sicherheitsbereich vgl. auch MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 16 ff.

³⁵⁹ Art. 42 BV.

³⁶⁰ Art. 43a BV.

³⁶¹ Art. 46 BV; BERICHT MALAMA, S. 4479; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 4.

³⁶² Vgl. RAUBER, S. 16 mit Verweis auf RHINOW, S. 74.

heit des Landes und den Schutz der Bevölkerung» sorgen (Abs. 1) und «ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit» koordinieren (Abs. 2). Dieser Artikel gibt Bund und Kantone aber lediglich einen Auftrag zum Handeln – sagt hingegen weder etwas über die Art dieser Aufgaben noch darüber, wer denn genau für deren Erfüllung zuständig ist.³⁶³ In seiner Unbestimmtheit kann Art. 57 BV also nicht als Kompetenzzuweisung betrachtet werden, welche als Grundlage für eine Aufgabenwahrnehmung durch den Bund genügt.³⁶⁴ Eine (restriktive) Ausnahme sieht der Bundesrat lediglich beim Koordinationsauftrag in Abs. 2.³⁶⁵

Findet sich also kein Verfassungsartikel, welcher mindestens implizit eine Bundeskompetenz im Bereich der öffentlichen Sicherheit enthält, so haben primär die Kantone die Befugnis zum Tätigwerden.³⁶⁶ Entsprechend liegt die Wahrung der öffentlichen Sicherheit auf dem Gebiet der Kantone als «selbständige Gemeinweisen»³⁶⁷ in ihrer (originären) Zuständigkeit.³⁶⁸ Dieser Grundsatz der **kantonalen Polizeihöheit**, welcher sowohl Rechtsetzungs- als auch Vollzugskompetenzen beinhaltet, ist in Lehre,³⁶⁹ Rechtsprechung,³⁷⁰ wie auch vom Bun-

³⁶³ BERICHT MALAMA, S. 4485; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 415.

³⁶⁴ BERICHT MALAMA, S. 4486; BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 646; BIAGGINI, BV, N 2 zu Art. 57 BV; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 23 zu Art. 57 BV; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 5; LINSI, S. 471; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 202; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 8; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 419; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 9; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 188 m.w.H.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 2 zu Art. 57 BV; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 115 f.

³⁶⁵ BERICHT MALAMA, S. 4486; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 5; LINSI, S. 471 ff., insbes. S. 475; vgl. auch Kap. 1/2/IV/2/A/b.

³⁶⁶ BERICHT MALAMA, S. 4486 und 4503; vgl. auch etwa BOTSCHAFT HOOLIGANISMUS/BWIS, S. 6477; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 495; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 204 f.; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 419; SCHWEGLER, NR. 7 f.; zu einem anderen Ergebnis kommt offenbar MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 31 durch eine grammatikalische (nicht aber historische) Interpretation, wonach bei der Wahrung der inneren Sicherheit keine Subsidiarität des Bundes mehr existiere.

³⁶⁷ BGE 117 Ia 202 ff. (216), E. 5.

³⁶⁸ BOTSCHAFT BV, S. 237; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76.

³⁶⁹ BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 57 BV; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 24 zu Art. 57 BV; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 5; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 29; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 18; LINSI, S. 467; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 195, 197 ff. und 205; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 419; RAUBER, S. 54; REINHARD, S. 40; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 33; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 185; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 15 zu Art. 57 BV; SCHWEI-

desrat³⁷¹ allgemein anerkannt. Den zuvor umschriebenen Regeln entsprechend, kennt er aber gewisse Einschränkungen.³⁷² Auf diese, sowie auf weitere sicherheitspolizeiliche Kompetenzgrundlagen und damit auch Aufgaben des Bundes, wird im nächsten Kapitel näher eingegangen (Kap. 1/2/IV/2). Daran anschliessend werden die deutlich weiteren Zuständigkeiten der Kantone behandelt (Kap. 1/2/IV/3).

Vorweg kann bereits festgehalten werden, dass das **Fehlen klarer Kompetenznormen** die Sicherheitsarchitektur der Schweiz zu einer sehr komplexen Angelegenheit, ja gar einem «Irrgarten» macht,³⁷³ weshalb die Koordination zwischen den einzelnen Sicherheitsakteuren von vorrangiger Bedeutung ist (Kap. 1/2/IV/4), trotz dieser in der Schweizer Sicherheitsarchitektur aber gewisse Lücken und Verbesserungspotential verbleiben (Kap. 1/2/IV/5).

2. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben auf Bundesebene

A) Kompetenzgrundlagen des Bundes

a) *Beschränkte Zuständigkeit im Bereich der inneren Sicherheit*

Wie oben bereits angesprochen, weist das Sicherheitsrecht der Schweiz dem Bund traditionell die Aufgabe zu, die **äussere Sicherheit** des Landes zu wahren:³⁷⁴ Zum einen sind gemäss Art. 54 Abs. 1 BV «die auswärtigen Angelegenheiten (...) Sache des Bundes», wobei den Kantonen einzig gewisse Mitwirkungsrechte und subsidiäre Kompetenzen zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen vorbehalten sind.³⁷⁵ Zum andern sind gemäss Art. 58 ff. BV auch et-

ZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 33; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 35 und Fn. 60.

³⁷⁰ Vgl. u.a. BGE 125 I 227 ff. (246), E. 11d; 117 Ia 202 ff. (216), E. 5.

³⁷¹ Vgl. u.a. BERICHT MALAMA, S. 4479 f.; BOTSCHAFT HOOLIGANISMUS/BWIS, S. 6477; BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 645; BERICHT SIPOL 2010, S. 5205.

³⁷² LIENHARD/HÄSLER, Nr. 18.

³⁷³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77.

³⁷⁴ BERICHT MALAMA, S. 4477; vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 6; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 78 ff.; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 419; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 26 ff.; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186 f.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 24 zu Vorb. Art. 57 ff. BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 33.

³⁷⁵ BERICHT MALAMA, S. 4491 f.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 27 ff. zu Vorb. Art. 57 ff. BV.

wa die Armee und gemäss Art. 61 BV die Gesetzgebung über den Zivilschutz eine Bundeskompetenz.³⁷⁶

Im Bereich der **inneren Sicherheit** und insbesondere im Bereich der sicherheitspolizeilichen Aufgaben ist er hingegen mangels allgemeiner Kompetenznorm und aufgrund Fehlens eines Generalauftrags nur in gewissen Teilbereichen zuständig, wofür jeweils eine **Grundlage in der Verfassung** gegeben sein muss.³⁷⁷

b) Koordinationsauftrag (Art. 57 Abs. 2 BV)

Wie bereits angesprochen, kommt als erste Grundlage gemäss Bundesrat ausnahmsweise Art. 57 Abs. 2 BV in Frage, welcher vorsieht, dass Bund und Kantone «ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit» koordinieren. Gemäss aktueller Praxis des Bundesrats kann dies aber nur unter zwei Voraussetzungen als Kompetenzgrundlage herangezogen werden: Zum einen muss es um Aspekte der inneren Sicherheit gehen, für welche mindestens teilweise eine **Sachzuständigkeit** des Bundes von genügender Bedeutung besteht – zum andern muss tatsächlich ein **Koordinationsbedarf** (durch den Bund) vorliegen.³⁷⁸

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, besteht insbesondere lediglich auf kantonaler Ebene eine Verfassungsgrundlage für die Normierung eines bestimmten Bereiches, so ist ein Tätigwerden des Bundes ausgeschlossen.³⁷⁹ Die Koordination hat in diesem Fall mittels Konkordat durch die Kantone selbst zu erfolgen.³⁸⁰

Sind die Voraussetzungen hingegen gegeben, so kann der Bund (zumindest gemäss Bundesrat) auch Belange normieren, für welche eigentlich die Kantone zuständig wären.³⁸¹ Von dieser Möglichkeit hat der eidgenössische Gesetzgeber – etwa beim Erlass des ZAG – bereits mehrfach Gebrauch gemacht.³⁸² Diese Praxis wird in der Lehre teilweise äusserst kritisch beurteilt.³⁸³

³⁷⁶ Vgl. hierzu auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 6 ff.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 31 f. zu Vorb. Art. 57 ff. BV.

³⁷⁷ BERICHT MALAMA, S. 4486 ff. und 4503; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 204 f.; vgl. auch LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 99; SCHWEGLER, Nr. 7 f.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 33 f. zu Vorb. Art. 57 ff. BV und N 21 ff. zu Art. 57 BV.

³⁷⁸ BERICHT MALAMA, S. 4486; BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 645; BOTSCHAFT HOOLIGANISMUS/BWIS, S. 6477; vgl. bereits früher BOTSCHAFT ZAG, S. 2515.

³⁷⁹ LINSI, S. 474.

³⁸⁰ LINSI, S. 474; vgl. als Beispiel die IKAPOL.

³⁸¹ LINSI, S. 474.

³⁸² Vgl. etwa den Ingress des BPI, des BWIS, des ZAG und des ZG; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4450; BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 646; LINSI,

c) *Explizite Kompetenzgrundlagen*

Als zweite Grundlage für ein Tätigwerden des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit kommen Normen der BV in Frage, welche ihm explizit eine Gesetzgebungskompetenz zuweisen.³⁸⁴ Von besonderer Bedeutung ist hierbei, allerdings in Belangen der Repression, Art. 123 BV, welcher den Bund zum Erlass eines einheitlichen materiellen Strafrechts sowie Strafverfahrensrechts ermächtigt.³⁸⁵

Im Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr ist als explizite Kompetenzgrundlage einzig **Art. 58 Abs. 2 Satz 2 BV** relevant, wonach die Armee «die zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen» unterstützt.³⁸⁶ Dies bedarf allerdings eines konkreten Auftrags durch die zuständige politische Behörde und ist subsidiär.³⁸⁷

d) *Implizite Kompetenzgrundlagen*

Von grösserer Bedeutung ist die dritte Möglichkeit der impliziten Kompetenzgrundlagen, welche gemäss Bundesrat grds. in zwei Konstellationen bestehen können:³⁸⁸

Zum einen kann der Bund für eine Aufgabe implizit (teil)zuständig sein, wenn diese mit einem ihm ausdrücklich zugewiesenen Auftrag in einem so **engen Sachzusammenhang** steht, dass er den zweiten nicht ohne die erste erfüllen kann.³⁸⁹ Diese Konstellation ermächtigt ihn zum Erlass von Normen im Bereich

S. 473.

³⁸³ Vgl. u.a. BERICHT MALAMA, S. 4550 ff.; BIAGGINI, BV, N 10 zu Art. 57 BV; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; LINSI, insbes. S. 475 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 211; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 8 und 20; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 420; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 188 und Fn. 39; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 4 zu Art. 57 BV; vgl. hingegen MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 31, wonach Art. 57 Abs. 2 BV nicht nur eine Verbandskompetenz, sondern eine Verschiebung von Kompetenzen zugunsten des Bundes beinhaltet.

³⁸⁴ BERICHT MALAMA, S. 4487.

³⁸⁵ BERICHT MALAMA, S. 4487; BERICHT SIPOL 2010, S. 5206 f.; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 12; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 35.

³⁸⁶ BERICHT MALAMA, S. 4487; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 12 zu Art. 58 BV; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 7; MOHLER, Polizeibestände, S. 69 f.

³⁸⁷ MOHLER, Polizeibestände, S. 71.

³⁸⁸ BERICHT MALAMA, S. 4487; vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 13 Fn. 31.

³⁸⁹ BERICHT MALAMA, S. 4487; LINSI, S. 469 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 205; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 29.

der allgemeinen Gefahrenabwehr, welche etwa eng mit seinen Kompetenzen im Bereich des Zollwesens,³⁹⁰ des Strassen³⁹¹-, Eisenbahn-, Schifffahrts- oder Luftverkehrs³⁹² verbunden sind.³⁹³

Zum andern kann von einer impliziten Zuständigkeit ausgegangen werden, wenn der Staat einer Aufgabe vernünftigerweise selbst nachkommt, weil sie sich aus seiner **eigenen Existenz** ergibt.³⁹⁴ Diese Konstellation begründet nicht nur eine implizite, sondern gar eine «inhärente» Zuständigkeit³⁹⁵ und damit eine primäre Aufgabe des Bundes zur Wahrung seiner inneren und äusseren Sicherheit, wobei grob zwei Fälle zu unterscheiden sind:

Im ersten Fall gründet sein Auftrag – wie auch die Polizeihochheit der Kantone – auf seinem Bestand als **selbständiges Gemeinwesen**.³⁹⁶ Der Staat muss nämlich sich selbst sowie seine Organe, Behörden und Institutionen im Innern wie im Äussern schützen und hierfür die erforderlichen (sicherheitspolizeilichen) Normen erlassen.³⁹⁷ Beispielsweise das BWIS stützt sich auf diese inhärente Zuständigkeit und trägt dem Bund unter anderem auf, für den Schutz seiner Behörden und Gebäude sowie der Personen und Gebäude, für welche er «völkerrechtliche Schutzpflichten erfüllen muss» zu sorgen.³⁹⁸ Die eigene Sicherheit des

³⁹⁰ Art. 133 BV: «Die Gesetzgebung über Zölle und andere Abgaben auf dem grenzüberschreitenden Warenverkehr ist Sache des Bundes.»

³⁹¹ Art. 82 Abs. 1 BV: «Der Bund erlässt Vorschriften über den Strassenverkehr.»

³⁹² Art. 87 BV: «Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.»; vgl. auch BERICHT SIPOL 2010, S. 5206.

³⁹³ BERICHT MALAMA, S. 4487 und 4550; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 39 zu Art. 57 BV; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 31; LINSI, S. 470; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 200; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 116; SCHWEGLER, Nr. 8.

³⁹⁴ BERICHT MALAMA, S. 4487; BGE 117 Ia 202 ff. (211), E. 4a.

³⁹⁵ Vgl. BERICHT MALAMA, S. 4487; BOTSCHAFT BV, S. 131; BOTSCHAFT BWIS, S. 5637; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 13 Fn. 31; LINSI, S. 468; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 205; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 28.

³⁹⁶ BGE 117 Ia 202 ff. (211 f.), E. 4a.

³⁹⁷ BERICHT MALAMA, S. 4487 und 4550; BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 646; BERICHT SIPOL 2010, S. 5206; BOTSCHAFT BWIS, S. 5637; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 38 zu Art. 57 BV; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 7; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 31; LINSI, S. 468; REINHARD, S. 37 ff.; TROCHS-LER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 36.

³⁹⁸ Art. 22 Abs. 1 sowie Ingress BWIS; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4487 und 4550; BOTSCHAFT BWIS, S. 5637; DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 38 zu Art. 57 BV; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 7; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 12 m.w.H.; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 434 ff.

Bundes erfordert aber auch etwa Gefahrenabwehr an der Landesgrenze oder im Luftraum.³⁹⁹

Im zweiten Fall, welcher enge Bezüge zu Art. 57 BV aufweist, folgen mögliche Staatsaufgaben aus dem föderativen Staatsaufbau der Schweiz.⁴⁰⁰ Im Bereich der Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit gibt es durchaus Belange, welche trotz grundsätzlicher Zuständigkeit der Kantone «einer **einheitlichen Regelung** durch den Bund bedürfen».⁴⁰¹

e) Auswärtige Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1 BV)

Eine vierte mögliche Grundlage für ein Tätigwerden des Bundes im Bereich der Sicherheit ist gemäss Bundesrat Art. 54 Abs. 1 BV:⁴⁰² Der Auftrag des Bundes, sich um die «auswärtigen Angelegenheiten» zu kümmern, betrifft aber vorwiegend die äussere Sicherheit.

In Belangen der inneren Sicherheit darf der Bund nur unter restriktiven Voraussetzungen, bei Vorliegen eines engen Bezugs zu den auswärtigen Angelegenheiten, gestützt auf Art. 54 Abs. 1 BV legiferieren.⁴⁰³ Für die allgemeine Gefahrenabwehr von Bedeutung und somit erwähnenswert ist etwa der Ausbau **internationaler Polizeikooperation** durch den Bund⁴⁰⁴ sowie seine Massnahmen im Bereich **internationaler Sportveranstaltungen**, insbesondere zur Verhinderung von Gewalttätigkeiten.⁴⁰⁵

³⁹⁹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 13 Fn. 30.

⁴⁰⁰ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 13.

⁴⁰¹ Art. 43a Abs. 1 BV, wobei dieser selbst aber keine neuen Kompetenzen begründet; vgl. hierzu LIENHARD/HÄSLER, Nr. 13 f. m.w.H.

⁴⁰² Vgl. den Ingress des BWIS; vgl. auch BOTSCHAFT BWIS, S. 5637 ff.

⁴⁰³ BERICHT MALAMA, S. 4488 f. und 4550; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 27 zu Vorb. Art. 57 ff. BV.

⁴⁰⁴ BERICHT MALAMA, S. 4535: «Unter internationaler Polizeikooperation sind alle Formen der Interaktion zwischen Organen der Sicherheitspolizei sowie der Gerichtspolizei zu verstehen, die verschiedenen Staaten oder verschiedenen Gemeinwesen angehören. Die Zusammenarbeit kann in Form eines Austauschs von Personal, Material und Spezialkenntnissen, von gemeinsamen Polizeieinsätzen oder auch durch Austausch von Personendaten erfolgen. Die Polizeikooperation ist darauf ausgerichtet, Polizeiaufgaben wie die Vorbeugung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, die Beseitigung von Störungen sowie die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten zu erleichtern.»

⁴⁰⁵ BERICHT SIPOL 2010, S. 5207; vgl. zu den Sportveranstaltungen auch etwa Art. 24c BWIS; BOTSCHAFT BWIS, S. 5638.

f) Letztverantwortung des Bundes (Art. 52 BV)

Die fünfte und letzte mögliche Kompetenzgrundlage des Bundes in Belangen der inneren Sicherheit, welche hier besprochen werden soll, ist Art. 52 BV, wonach der Bund «die **verfassungsmässige Ordnung der Kantone**» schützt und eingreift, «wenn die Ordnung in einem Kanton gestört oder bedroht ist und der betroffene Kanton sie nicht selber oder mit Hilfe anderer Kantone schützen kann». Dies ist Ausdruck der «Letztverantwortung» oder «Gewährleistungsverantwortung» des Bundes, für die Sicherheit der Schweiz als Ganzes aber auch der einzelnen Gemeinweisen zu sorgen.⁴⁰⁶

Hierfür kann er zu unterschiedlichen Massnahmen wie Aufsicht, Vermittlung oder prozessualen Mitteln greifen.⁴⁰⁷ Die Bundesintervention nach Art. 52 Abs. 2 BV, aber auch etwa die Bundesexekution, kommen erst bei besonders ernsthaften Störungen als ultima ratio in Frage, da sie für die Kantone sehr einschneidend sind.⁴⁰⁸ Entsprechend ist Letztverantwortung auch in dem Sinne zu verstehen, dass ein staatliches Eingreifen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit in den Kantonen in jeder Hinsicht **subsidiär** ist: Zuerst sollen die Kantone entsprechend ihrer allgemeinen Polizeihochheit selbst tätig werden. Reichen die eigenen Ressourcen nicht aus, haben sie sich etwa im Rahmen eines Polizeikonkordates als zweites an die anderen Kantone zu wenden.⁴⁰⁹ Nur wenn auch mit diesem Beistand die bestehenden Gefahren nicht abgewehrt bzw. die Störungen nicht beseitigt werden können, darf und muss der Bund intervenieren.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 27 zu Art. 57 BV; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 495; LANGENEGGER, S. 140 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 39; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 200 f.; RAUBER, S. 24 f.; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 185 f.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 17 zu Art. 57 BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 33.

⁴⁰⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 1034 ff.; RAUBER, S. 25; SCHWEIZER/MÜLLER, SGK, N 24 ff. zu Art. 52 BV.

⁴⁰⁸ BERICHT MALAMA, S. 4488; vgl. auch DIGGELMANN/ALTWICKER, BSK, N 28 ff. zu Art. 57 BV; LANGENEGGER, S. 140; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 417 f.; RAUBER, S. 24 f. m.w.H.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 33, 36 ff. und 42 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 33 m.w.H.; WIEGANDT, S. 93 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. hierzu Kap. 1/2/IV/4/B/b; vgl. auch die Grafik bei HENSLER, Zusammenarbeit, S. 496; MOHLER, Polizeibestände, S. 66 und 70; SCHWEGLER, Nr. 53, wonach zuerst die vier grossen Polizeikonkordate, subsidiär die IKAPOL von Bedeutung sind.

⁴¹⁰ BERICHT MALAMA, S. 4488; vgl. auch MÜLLER, innere Sicherheit, S. 417 f.; RAUBER, S. 24 f.; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 119.

B) Sicherheitspolizeiliche Aufgaben und Organe des Bundes

a) Vielzahl von sicherheitspolizeilichen Organen

Trotz Fehlen einer ausdrücklichen Bundeszuständigkeit in sicherheitspolizeilichen Belangen nimmt der Bund eine Reihe von Aufgaben wahr, welche der Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit dienen. So wie die Normen zahlreich und unübersichtlich sind,⁴¹¹ welche diese sicherheitspolizeilichen Aufträge des Bundes regeln, so verfügt er zu deren Erfüllung auch nicht einfach über eine einzige, sicherheitspolizeiliche Behörde.⁴¹² Vielmehr sind an der Erfüllung dieser Aufgaben fast sämtliche Bundesdepartemente und damit zahlreiche unterschiedliche Organe beteiligt, welche jeweils nur teilweise sicherheitspolizeilich tätig sind.⁴¹³ Des Weiteren ist der Bund nach wie vor auf die Vollzugsunterstützung durch die Kantonspolizeien angewiesen.⁴¹⁴

b) Sicherheitspolizeiliche Aufgaben der Armee

Vorweg sei das wohl bekannteste **sicherheitspolitische Organ** des Bundes, die dem Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport zugehörige Armee, erwähnt.⁴¹⁵ Da sich deren Zuständigkeit auch heute noch primär auf die Abwehr eines von aussen kommenden Angriffs – also auf die «**ausserordentliche Lage**» – richtet, ist sie grds. kein sicherheitspolizeiliches Organ im Sinne der vorliegenden Arbeit.⁴¹⁶

Zum einen kommt sie aber regelmässig auch in der «normalen Lage» zum Einsatz und **unterstützt die Polizeikorps** beispielsweise im Botschaftenschutz⁴¹⁷ oder bei Grossanlässen wie dem WEF in Davos⁴¹⁸ und (mit «5000 Mannsta-

⁴¹¹ Vgl. bereits RITTER, S. 97 ff.

⁴¹² LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 99 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 34; vgl. auch FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 5; MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 420; RAUBER, S. 27; WIEGANDT, S. 16.

⁴¹³ Vgl. BERICHT USIS II, S. 50 und Fn. 59; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77; RAUBER, S. 27; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 34.

⁴¹⁴ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 100 f.; SCHWEGLER, NR. 8.

⁴¹⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77 f.

⁴¹⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78; vgl. Art. 1 MG.

⁴¹⁷ Vgl. insbes. auch zu den rechtlichen und politischen Bedenken MÜLLER, innere Sicherheit, S. 465 ff.; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 97 und 153.

⁴¹⁸ Vgl. MÜLLER, innere Sicherheit, S. 471 ff.; vgl. auch MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 154 m.w.H.; <http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/the-men/insaetze/laufende/wef.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

ge[n]») dem Eidgenössischen Schwingfest 2013 in Burgdorf^{419, 420}. Diese Assistenzdienste haben insbesondere in der Zeitspanne von 2001 bis 2007 sehr zugenommen, sind in der Zwischenzeit ebenso stark zurückgegangen⁴²¹ und scheinen sich gegenwärtig wieder zu mehren⁴²². Dass vor einer Unterstützung durch die Armee zuerst im Rahmen der regionalen und landesweiten Konkordate Hilfe durch andere Kantone in Anspruch genommen werden sollte, bleibt dabei zu meist unbeachtet.⁴²³

Zum andern ist die Armee auch im sicherheitspolizeilichen Bereich von Bedeutung, da der Bund im Bereich der Armee – als einzige Ausnahme – über ein **eigenes Gebiet** verfügt.⁴²⁴ Entsprechend hat er in Armeebelangen selbst für die Erfüllung der sicherheitspolizeilichen Aufgaben besorgt zu sein, was er dem **Dienst für militärische Sicherheit** aufgetragen hat.⁴²⁵

Da die Armee primär aber doch auf die Verteidigung militärischer Angriffe und nicht auf die Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit ausgerichtet ist, sind für die vorliegende Arbeit der zivile Bereich und die entsprechenden Aufträge des Bundes von grösserem Interesse:

c) Analyse der Bedrohungslage

Erstens hat der Bund, insbesondere sein **Nachrichtendienst** sowie das **Bundesamt für Polizei**, den Auftrag, die Bedrohungslage der Schweiz laufend zu analysieren und die betreffenden Informationen über die innere Sicherheit aufzuarbeiten, um den zuständigen Behörden auf Bundes- und Kantonsebene ein rechtzeitiges Eingreifen zu ermöglichen.⁴²⁶ So sollen insbesondere «Gefährdungen

⁴¹⁹ Vgl. <http://www.burgdorf2013.ch/de/fest/index.aspx>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴²⁰ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78; MOHLER, Polizeibestände, S. 67 f.; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 114 f.

⁴²¹ Vgl. die Grafik bei MOHLER, Polizeibestände, S. 67 m.w.H.

⁴²² Vgl. FRIEDLI, NZZ.

⁴²³ MOHLER, Polizeibestände, S. 68; vgl. hingegen FRIEDLI, NZZ, wonach etwa bei der Neat-Feier auch Zusatzkräfte aus dem Zentralschweizer Polizeikonkordat eingesetzt werden.

⁴²⁴ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 37.

⁴²⁵ Art. 100 Abs. 1 lit. c MG; vgl. BERICHT MALAMA, S. 4517 ff.; LANGENEGGER, S. 141 ff.; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 464 f.

⁴²⁶ Vgl. das BWIS, insbes. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 lit. a und b, Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 10 und 10a BWIS; vgl. des Weiteren das ZNDG, insbes. Art. 1 lit. b ZNDG; die ISV-NDB, insbes. Art. 1 lit. b, Art. 3 Abs. 2 lit. a und b, Art. 25 ff. ISV-NDB; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4496 und 4500; BERICHT USIS II, S. 52; BERICHT USIS III, S. 86; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78; RAUBER, S. 26; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 18 zu Art. 57 BV; vgl. zur rechtlichen Stellung des NDB

durch Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst, gewalttätigen Extremismus und Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen», sowie verbotenen Handel mit Waffen, radioaktiven Materialien und heiklen Technologien frühzeitig erkannt und bekämpft werden.⁴²⁷

Wie zuvor bereits angesprochen wurde, handelt es sich hierbei, beim «Staatschutz» zwar sehr wohl um einen sicherheitspolitischen Auftrag.⁴²⁸ **Sicherheitspolizeilicher Natur** ist er aber nur **beschränkt**, nämlich wenn sich die Erkenntnisse und Analysen des Nachrichtendienstes auf tatsächlich bevorstehende oder gar bereits eingetretene Störungen der öffentlichen Sicherheit beziehen.⁴²⁹ In der Regel geht es aber nicht um die Abwehr von konkreten Gefahren oder Beseitigung von Störungen, sondern vielmehr darum, im Vorfeld solche Gefahren überhaupt erkennen und rechtzeitig vor ihnen warnen zu können.⁴³⁰ Besonders zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten sind Informationen erforderlich, welche bereits vor Bestehen einer konkreten Gefahr oder des Verdachts auf eine Straftat erhoben werden müssen.⁴³¹

d) Völkerrechtliche Schutzpflichten sowie Schutz der eigenen Existenz

Zum Zweiten hat der Bund, wie oben bereits angesprochen,⁴³² umfangreiche Pflichten im Bereich der Gewährleistung völkerrechtlicher Schutzpflichten sowie des Schutzes eigener Organe, Behörden, Institutionen und Gebäude.⁴³³ Diese obliegen grundsätzlich dem **Bundessicherheitsdienst**, welcher etwa die Bedrohungslage beurteilt und Sicherheitsmassnahmen vorbereitet.⁴³⁴ Letztere werden aber nur beschränkt, etwa im Bundeshaus, durch eigenes Personal umgesetzt.⁴³⁵ Während deren tatsächlicher Vollzug früher primär durch die kantona-

CUPA, Nr. 33 ff. m.w.H.

⁴²⁷ Art. 2 Abs. 1 und 2 BWIS; vgl. auch TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 39 und Fn. 66.

⁴²⁸ BERICHT BWIS, S. 4.

⁴²⁹ BERICHT BWIS, S. 7.

⁴³⁰ BERICHT BWIS, S. 7.

⁴³¹ BERICHT BWIS, S. 8; CUPA, Nr. 25 ff. m.w.H.

⁴³² Kap. 1/2/IV/2/A/d.

⁴³³ BERICHT SIPOL 2010, S. 5206; BERICHT USIS II, S. 52 f.; BERICHT USIS III, S. 4 f. und 86; LOBSIGER, Bereinigung, S. 406; RAUBER, S. 26 f.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 18 zu Art. 57 BV.

⁴³⁴ Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 VSB; BERICHT USIS II, S. 51; RAUBER, S. 28; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 39 und Fn. 67; vgl. auch https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/sicherheit/schutz_und_sicherheit.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴³⁵ Art. 3 Abs. 2 lit. a, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 VSB; BERICHT USIS II, S. 51;

len Polizeikorps erfolgte, sind heute vermehrt auch private Schutzdienste oder gar die Armee zuständig.⁴³⁶

e) Schutz der Sicherheit in der Zivilluftfahrt

Drittens obliegt dem Bund die Gewährleistung der Sicherheit im zivilen Luftverkehr.⁴³⁷ Das **Bundesamt für Polizei** muss diesbezüglich etwa die Bedrohungslage analysieren,⁴³⁸ sowie für Ausbildung, Einsatz und Ausrüstung der Sicherheitsbeauftragten an Bord schweizerischer Luftfahrzeuge sorgen.⁴³⁹ Eingesetzt werden hierfür «Angehörige kantonaler und städtischer Polizeikorps, Angehörige der Militärischen Sicherheit, Grenzwächter, [sowie] andere vom Bundesamt für Polizei ausgebildete Personen».⁴⁴⁰

f) Schutz der Sicherheit im öffentlichen Verkehr

Viertens kommt dem Bund die Aufgabe zu, für die Sicherheit im öffentlichen Verkehr zu sorgen.⁴⁴¹ Seit Oktober 2011 sieht er hierfür zwei mögliche Arten von Sicherheitsorganen vor: den Sicherheitsdienst und die Transportpolizei.⁴⁴² Sie sollen die Fahrgäste öffentlicher Züge, Trams und Busse⁴⁴³ insbesondere vor Bedrohungen in Form eigentlicher krimineller Aktivitäten, wie Körperverletzung oder Diebstahl, aber auch anderen Belästigungen, etwa Verschmutzungen,

HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; RAUBER, S. 28.

⁴³⁶ Vgl. Art. 3, Art. 6 Abs. 2 und 3, Art. 7 VSB; Art. 22 Abs. 1 und 2 BWIS; BERICHT USIS II, S. 51; RAUBER, S. 28; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189; vgl. noch etwa § 14 PolOG ZH, wonach die Kantonspolizei etwa zum «Schutz der Personen und Gebäude, für welche der Bund völkerrechtliche Schutzpflichten übernehmen muss, [...] besonders gefährdeter eidgenössischer [...] Magistratspersonen, [...] eidgenössischer [...] Behörden und Einrichtungen, [sowie] gefährdeter Personen im Auftrag des Bundes» tätig werden muss.

⁴³⁷ BERICHT SIPOL 2010, S. 5206; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4530 ff.; BERICHT USIS II, S. 53; BERICHT USIS III, S. 3 f. und 86; BERICHT USIS IV, S. 45 ff.; LINSI, S. 470 und Fn. 19; LOBSIGER, Bereinigung, S. 406; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 476; RAUBER, S. 27; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 187 m.w.H.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 34.

⁴³⁸ Art. 122k LFV.

⁴³⁹ Art. 122g-i LFV.

⁴⁴⁰ Art. 122e Abs. 3 LFV; vgl. zum Ganzen auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 39 und Fn. 67.

⁴⁴¹ Vgl. LINSI, S. 470 und Fn. 19 m.w.H.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 207; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 488 f.; vgl. noch zur alten Bahnpolizei BERICHT USIS II, S. 44 ff.; RAUBER, S. 35 ff.

⁴⁴² Art. 2 Abs. 2 BGST; BERICHT BGST, S. 894; vgl. auch Art. 1 ff. VST.

⁴⁴³ Sowie weiterer Transportunternehmen, vgl. hierzu Art. 1 Abs. 2 BGST; BERICHT BGST, S. 900.

Anpöbeleien und Drogenkonsum, schützen.⁴⁴⁴ Die Bahnunternehmen sind dabei frei, rein privaten Unternehmen die Sicherheitswahrung zu übertragen, was angesichts der durch das BGST vermittelten (Zwangs-)Befugnisse nicht unproblematisch ist.⁴⁴⁵ Da der Bund alleiniger Aktionär der SBB ist, erscheint deren **Transportpolizei** hingegen tatsächlich als Bundesorganisation.⁴⁴⁶

g) Sicherheitspolizeiliche Aufgaben des Grenzwachtkorps

Fünftens hat der Bund an der **Grenze** und im **Grenzraum** zahlreiche sicherheitspolizeiliche Aufträge, welchen primär das Grenzwachtkorps, «ein bewaffneter und uniformierter Verband» der eidgenössischen Zollverwaltung,⁴⁴⁷ nachkommt.⁴⁴⁸ Das Grenzwachtkorps ist eine Sonderpolizeibehörde und wird als solche nicht in der allgemeinen Gefahrenabwehr, sondern zur Erledigung spezifisch umschriebener Aufgaben tätig.⁴⁴⁹ Um unter anderem «den ordnungsgemässen Verkehr von Personen und Waren über die Zollgrenze zu gewährleisten und (...) zur inneren Sicherheit des Landes und zum Schutz der Bevölkerung beizutragen», ist es etwa zu Kontrollen des Personen- und Warenverkehrs sowie Überwachung des Grenzraums befugt,⁴⁵⁰ wobei ihm auch polizeiliche Zwangsbefugnisse zustehen⁴⁵¹.

Aufgrund **Vereinbarungen mit den Grenzkantonen** nimmt das Grenzwachtkorps seit längerem vermehrt auch weitere (sicherheits-)polizeiliche Aufgaben wahr.⁴⁵² Seit der Ratifizierung des Schengen-Abkommens konzentriert es sich des Weiteren nicht mehr nur auf die Landesgrenze, sondern wird auch im

⁴⁴⁴ Vgl. Art. 3 BGST; BERICHT BGST, S. 895 f. und 900 f.

⁴⁴⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77 mit Verweis auf Art. 1 i.V.m. Art. 2 und 4 Abs. 2 BGST; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 488 f.; vgl. auch etwa Art. 4 VST.

⁴⁴⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77 mit Verweis auf Art. 2 und 7 SBBG.

⁴⁴⁷ Art. 91 Abs. 2 ZG.

⁴⁴⁸ LANGENEGGER, S. 144; RAUBER, S. 29; SCHWEIZER, S. 187 m.w.H. und 189; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 38.

⁴⁴⁹ REINHARD, S. 35 f.

⁴⁵⁰ Art. 100 Abs. 1 ZG; BERICHT SIPOL 2010, S. 5204 und 5206; BERICHT USIS II, S. 37 f. und 74 f.; BERICHT USIS III, S. 57 ff.; BERICHT USIS IV, S. 57 ff.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 15; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 449 f.; RAUBER, S. 27.

⁴⁵¹ Art. 100 Abs. 2 und Art. 101-105 ZG; vgl. auch LANGENEGGER, S. 144 ff.

⁴⁵² Vgl. hierzu auch Art. 96 und 97 ZG; BERICHT MALAMA, S. 4564 ff.; BERICHT USIS II, S. 75; BERICHT USIS III, S. 59; BERICHT USIS IV, S. 59; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 1 ff.; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; LANGENEGGER, S. 144; LINSI, S. 470 und Fn. 20 m.w.H.; kritisch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 207; kritisch MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 18; vgl. auch MÜLLER, innere Sicherheit, S. 450 ff.; kritisch SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189; STELLUNGNAHME GWK, S. 1997 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 38 und Fn. 63.

Grenzhinterland tätig.⁴⁵³ Entgegen dem Wortlaut des ursprünglichen Art. 97 ZG hat die Eidgenössische Zollverwaltung nämlich auch mit zahlreichen Nicht-Grenzkantonen Vereinbarungen zur Übernahme kantonaler polizeilicher Aufgaben durch das GWK abgeschlossen.⁴⁵⁴ Gemäss Botschaft des Bundesrates aus dem Jahr 2015 soll die entsprechende Formulierung angepasst werden, sodass die Möglichkeit, Vereinbarungen nicht nur mit den Grenzkantonen, sondern auch mit den übrigen Kantonen abzuschliessen, ausgedehnt wird.⁴⁵⁵

Aufgrund der weitgehenden originären sowie delegierten sicherheitspolizeilichen Aufgaben des Grenzwachtkorps⁴⁵⁶ wurde bereits im BERICHT USIS II im Jahr 2001 festgestellt, letzteres erledige «zu rund 70 % sicherheitspolizeiliche Aufgaben».⁴⁵⁷

h) Schutzpflichten bei ausserordentlichen Bedrohungslagen

Sechstens kommen dem Bund, wie zuvor bereits erwähnt, bei ausserordentlichen Bedrohungslagen gewisse «nicht dauernde»⁴⁵⁸ Aufgaben zu.⁴⁵⁹ Zwar sind in Belangen der inneren Sicherheit – mit Ausnahme gewisser, teilweise eben erwähnten Spezialaufträgen des Bundes – grundsätzlich die Kantone zuständig.⁴⁶⁰ Der Bund kann «die zivilen [kantonalen] Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen» jedoch etwa durch die Armee unterstützen.⁴⁶¹ Nebst einer ausserordentlichen Lage ist hierfür aber erforderlich, dass es den zivilen Behörden «nicht mehr möglich ist, ihre Aufgaben in personeller, materiel- oder zeitlicher Hinsicht zu bewältigen».⁴⁶²

⁴⁵³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; vgl. auch MÜLLER, innere Sicherheit, S. 450; kritisch MOHLER, Polizeibestände, S. 68.

⁴⁵⁴ MOHLER, Polizeibestände, S. 68 und 73 m.w.H.

⁴⁵⁵ BOTSCHAFT ZG, S. 2895 f.

⁴⁵⁶ Vgl. hierzu BOTSCHAFT ZG, S. 2895 f.

⁴⁵⁷ BERICHT USIS II, S. 51.

⁴⁵⁸ BERICHT USIS III, S. 87.

⁴⁵⁹ BERICHT USIS II, S. 53; RAUBER, S. 27; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 187 m.w.H.

⁴⁶⁰ Vgl. nebst vielen BERICHT MALAMA, S. 4554.

⁴⁶¹ Art. 58 Abs. 2 Satz 2 BV; vgl. auch Art. 1 Abs. 3 MG; Art. 185 BV; zum Begriff der schwerwiegenden Bedrohung und ausserordentlichen Lage vgl. etwa MOHLER, Polizeibestände, S. 70.

⁴⁶² Art. 67 Abs. 2 MG; BERICHT MALAMA, S. 4554; vgl. auch MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 21 ff.

i) Koordinationspflichten

Schliesslich hat der Bund unabhängig von der konkreten Aufgabe in diversen Belangen den Auftrag, für die nötige Koordination zwischen den verschiedenen Sicherheitsakteuren zu sorgen. Angesichts der Wichtigkeit dieses Aspektes wird ihm im weiteren Verlauf dieser Arbeit ein separates Kapitel gewidmet.⁴⁶³ An dieser Stelle sei beispielhaft lediglich der Bevölkerungsschutz erwähnt, welcher wichtige Beiträge zur Wahrung der inneren Sicherheit der Schweiz, etwa hinsichtlich Naturkatastrophen, leistet.⁴⁶⁴ Zwar engagiert er sich hierfür etwa bei der Aus- und Weiterbildung des Sicherheitspersonals mit eigenen Mitteln.⁴⁶⁵ Grundsätzlich verfügt er aber über sehr beschränkte operative Ressourcen und überlässt den Grossteil der Krisenbewältigung den Kantonen.⁴⁶⁶ Der Bevölkerungsschutz ist entsprechend in Bezug auf die konkrete Gefahrenabwehr primär im Bereich der Koordination tätig.⁴⁶⁷

C) Kritik an den Grundlagen des Bundes für ein sicherheitspolizeiliches Tätigwerden

a) Mangelhafte Bestimmtheit der Kompetenzgrundlagen

Wie eben aufgezeigt wurde, besteht für ein Tätigwerden des Bundes im Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit **keine explizite Kompetenzgrundlage**, weshalb er sich auf unterschiedliche ungeschriebene Verfassungsgrundlagen beruft.⁴⁶⁸ Letztere erscheinen fürs Polizeirecht, welches vor allem in ausserordentlichen und dringlichen Situationen zur Anwendung gelangt, als zu **unbestimmt**.⁴⁶⁹ Als Beispiel seien die Bundesaufgaben in «ausserordentlichen Lagen» erwähnt, bezüglich welcher erhebliche normative Unklarheiten bestehen.⁴⁷⁰ Dies führt zu einer grossen **Unsicherheit** hinsichtlich Reich-

⁴⁶³ Vgl. Kap. 1/2/IV/4.

⁴⁶⁴ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78.

⁴⁶⁵ Vgl. <http://www.bevoelkerungsschutz.admin.ch/internet/bs/de/home/themen/ausbildung.html>, und zum Eidgenössischen Ausbildungszentrum Schwarzenburg http://www.bevoelkerungsschutz.admin.ch/internet/bs/de/home/das_babs/organisation/gb_ausb/zentrum_schwarzenburg.html, je zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴⁶⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78.

⁴⁶⁷ Vgl. http://www.bevoelkerungsschutz.admin.ch/internet/bs/de/home/themen/gerfahrungen-risiken/kant_gefahrungsanalyse.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴⁶⁸ BERICHT MALAMA, S. 4551.

⁴⁶⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 228; vgl. MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 3; RAUBER, S. 18 f.

⁴⁷⁰ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 190 f.

weite und Grenzen der staatlichen Zuständigkeiten.⁴⁷¹ Die fehlende explizite bzw. ungenügend bestimmte Verfassungsgrundlage wird in der Lehre denn auch stark kritisiert.⁴⁷²

b) Ausdehnung von Bundeskompetenzen

Des Weiteren wird moniert, dass der Bund vermehrt auch sicherheitspolizeiliche Aufgaben wahrnimmt, welche eigentlich den Kantonen obliegen, was zu einer «**schleichende[n] Ausdehnung von Bundeskompetenzen zu Lasten der Kantone**» führt.⁴⁷³ Dies darf aber nicht zu einer einseitigen Betrachtungsweise verleiten: Vielmehr sind nämlich oft die Kantone selbst schnell bereit, zu Gunsten des Bundes stillschweigend oder ausdrücklich auf gewisse Kompetenzen zu verzichten.⁴⁷⁴ Eine «schleichende Ausdehnung von Bundeskompetenzen» ist denn auch vor allem in Bereichen zu beobachten, in welchen die Kantone die nötigen Sicherheitsmassnahmen aufgrund **fehlender** struktureller, personeller oder finanzieller **Ressourcen** selbst nicht (rechtzeitig) ergreifen können – bzw. wollen.⁴⁷⁵

Beispiele hierfür sind einerseits die Übertragung zahlreicher sicherheitspolizeilicher Aufgaben, auch ausserhalb des Grenzraums, an das **Grenzwachtkorps**.⁴⁷⁶ Speziell wird daran kritisiert, dass sich diese Kompetenzausdehnung nicht auf verfassungsrechtliche, sondern auf vertragliche Grundlagen mit den Kantonen stützt.⁴⁷⁷ Es könne nicht sein, dass eine Kompetenz, welche den Kantonen durch die Verfassung zugewiesen wird, durch einen untergeordneten Erlass oder gar

⁴⁷¹ BERICHT MALAMA, S. 4551, 4567 f. und 4581.

⁴⁷² BERICHT MALAMA, S. 4551 f. m.w.H.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 228; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 160 und 162 ff.; MOHLER/SCHWEIZER, insbes. Nr. 28 ff. und Nr. 38; RAUBER, S. 18 f.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, insbes. N 77 ff. zu Vorb. Art. 57 ff. BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 34.

⁴⁷³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 226 m.w.H. und Nr. 207; vgl. auch HENSLER, Zusammenarbeit, S. 496; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 98; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 6; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 434; RAUBER, S. 18 und 53; RÉMY, S. 8; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 34; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 116.

⁴⁷⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 210; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189.

⁴⁷⁵ BERICHT MALAMA, S. 4552.

⁴⁷⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 210; MOHLER, Polizeibestände, S. 68; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 18 und 26 ff.; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189; ausführlich, insbesondere zur Kritik, BERICHT MALAMA, S. 4559 ff.

⁴⁷⁷ BERICHT MALAMA, S. 4553 m.w.H.; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 27; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 453 und 457.

nur durch einen Vertrag an den Bund rückübertragen werde.⁴⁷⁸ Zudem würden die sicherheitspolizeilichen Aufgaben des GWK nicht in Gesetzen, sondern lediglich in Verträgen – welche darüber hinaus noch nicht einmal publiziert werden – geregelt, was aus Sicht der Grundrechte und des Legalitätsprinzips untragbar sei.⁴⁷⁹

Andererseits griffen die Kantone in der Vergangenheit auch vermehrt auf die Möglichkeit zurück, zur Erfüllung gewisser Aufträge, wie etwa das Beobachten von Botschaften oder die Sicherheitsgewährleistung an Grossanlässen, einen **Militäreinsatz** einzufordern.⁴⁸⁰ Hierbei würden sich Bund und Kantone zum einen über die eigentlich geltenden, restriktiven Voraussetzungen für Armeeeinsätze im Innern hinwegsetzen – zum andern könne bei den teilweise ständigen Einsätzen des Militärs auch nicht mehr von subsidiären Einsätzen gesprochen werden.⁴⁸¹

Ganz allgemein könnten unter Befolgung der bestehenden Verfassungsgrundlagen nur in einer ausserordentlichen, nicht aber in der normalen Lage eine Unterstützung durch Angehörige der Armee oder des Grenzwachtkorps zugesprochen werden.⁴⁸²

c) Gestörte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

Nach den eben gemachten Ausführungen kann festgehalten werden, dass die Kompetenzverteilung zwischen Bund- und Kantonen im Bereich sicherheitspolizeilicher Aufgaben unüberschaubar geworden, ja gar beträchtlich gestört ist.⁴⁸³ Hierfür werden unterschiedliche, politische wie auch verfassungsrechtliche Gründe genannt.⁴⁸⁴ SCHWEIZER sieht die Hauptursache darin, dass Bund und Kantone bei einem Verstoß gegen die eigentliche Kompetenzverteilung (nahezu) keine Sanktionen zu befürchten haben.⁴⁸⁵

⁴⁷⁸ MOHLER, Polizeibestände, S. 72 m.w.H.

⁴⁷⁹ MOHLER, Polizeibestände, S. 73.

⁴⁸⁰ BERICHT MALAMA, S. 4552 m.w.H. (ausführlich, insbesondere zur Kritik, BERICHT MALAMA, S. 4509 ff. und 4554 ff.); HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 210; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 17; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 114 f.; vgl. als Beispiel FRIEDLI, NZZ.

⁴⁸¹ BERICHT MALAMA, S. 4552; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 465 ff., insbes. S. 474 f.; zur Subsidiarität zwischen Polizei und Armee vgl. auch MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 12 und 21 ff.

⁴⁸² MOHLER, Polizeibestände, S. 69 m.w.H.

⁴⁸³ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186.

⁴⁸⁴ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186.

⁴⁸⁵ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186.

Entsprechend dieser gestörten Kompetenzverteilung bestehen auch auf **Gesetzebene** eine Unzahl bundesrechtlicher Bestimmungen, welche den Bereich der öffentlichen Sicherheit regeln – beispielhaft seien etwa das BGST, Art. 4 f. BWIS, das MG, ZAG und ZG erwähnt.⁴⁸⁶ Auch hierbei werden die kantonalen Regelungsbereiche, etwa das Polizei-, Verfahren- oder Datenschutzrecht, regelmässig missachtet und durch diese bundesrechtlichen Bestimmungen überlagert.⁴⁸⁷ Dies bringt nebst einer generellen **Rechtsunsicherheit** auch spezifische Probleme mit sich:

Einerseits ist dadurch in unterschiedlichen Situationen, etwa bei Assistenzdiensten der Armee⁴⁸⁸ oder Realakten des Grenzwachtkorps, der **Rechtsschutz** der Bürger unklar geregelt.⁴⁸⁹ Dasselbe gilt für die Anwendung datenschutzrechtlicher Bestimmungen.⁴⁹⁰ Andererseits wird auch der **Grundrechtsschutz** der Bürger auf Bundesebene – verglichen mit den kantonalen Regelungen – regelmässig schlechter gewährleistet.⁴⁹¹ So urteilte das Bundesgericht etwa, der Zürcher Gesetzgeber müsse den auf Art. 31 Abs. 4 BV gestützten Anspruch einer von polizeilichem Gewahrsam betroffenen Personen auf direkten Zugang zum Gericht im kantonalen Prozessrecht umsetzen.⁴⁹² Das Zwangsanwendungsgesetz des Bundes gewährt diesen Anspruch hingegen nicht.⁴⁹³

d) Notwendigkeit einer Überarbeitung des Polizeirecht des Bundes

In Anbetracht dieser Kritik an der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Sicherheitsrecht wird gefordert, das Polizeirecht des Bundes müsse zu Gunsten deutlicherer Rechtsstrukturen und verbesserter Rechtssicherheit umfassend überarbeitet werden:⁴⁹⁴

Einer Revision bedürfe einerseits die **Bundesverfassung**: Die einen sehen hierbei die Lösung in der Einführung einer (subsidiären) Generalermächtigung des

⁴⁸⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 212; vgl. auch MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 420.

⁴⁸⁷ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 190; vgl. etwa Art. 4 Abs. 6 BGST; Art. 2 Abs. 1 lit. b ZAG.

⁴⁸⁸ Vgl. Kap. 1/2/IV/2/B/b.

⁴⁸⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 161 und 212; MOHLER, Polizeibestände, S. 74; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 38; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 116; zur (gestörten) Kompetenzverteilung vgl. auch BIAGGINI, BV, N 2 ff., insbes. N 8 f. zu Art. 57 BV; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, insbes. N 2 ff. und N 17 ff. zu Art. 57 BV.

⁴⁹⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 212; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 38.

⁴⁹¹ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 190.

⁴⁹² BGE 136 I 87 ff. (109), E. 6.5.4.

⁴⁹³ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 190.

⁴⁹⁴ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 269; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 191 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 50.

Bundes, Gefahren auf kantonalem Territorium abzuwehren, bis die Kantone selbst für die notwendigen Massnahmen sorgen können.⁴⁹⁵ Andere erachten es als erforderlich, einzelne Bundesaufgaben – etwa den Staatsschutz, der Schutz des Bundes sowie seiner eigener Organe, Behörden und Institutionen, das Führen von Informationssystemen, aber auch Aufträge des Grenzwachtkorps, der Bahntransportpolizei sowie privater Sicherheitsdienste – in der BV explizit und präzise zu normieren.⁴⁹⁶

So hat denn auch der Bundesrat anerkannt, dass für gewisse sicherheitspolizeiliche Aufgaben des Bundes eine Verfassungsgrundlage geschaffen werden muss, welche den Umfang und die Tragweite dieser Bundeszuständigkeiten klar umreisst.⁴⁹⁷ In jedem Fall ist es wichtig, zum einen dem Subsidiaritätsprinzip genügend Rechnung zu tragen und zum andern allfällige parallele Kompetenzen von Bund und Kantonen klar zu regeln.⁴⁹⁸

Andererseits seien auch auf **Gesetzes- und Verordnungsstufe** gewisse Neuausarbeitungen sowie Revisionen an die Hand zu nehmen:⁴⁹⁹ Um für die Bürger Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen, müssten die sicherheitspolizeilichen Aufgaben und Befugnisse des Bundes einer eingehenden Regelung zugeführt werden, welche mit denjenigen in jüngeren kantonalen Polizeigesetzen vergleichbar ist.⁵⁰⁰ Das ZAG aus dem Jahr 2008 sei hierfür bereits ein erster Schritt in die richtige Richtung, sei aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs aber ungenügend und bedürfe auch inhaltlicher Revisionen.⁵⁰¹ Parallel dazu solle ein materiell-rechtliches Rahmengesetz für die Polizeiaufgaben des Bundes vorbereitet werden – alles mit Rücksicht auf die kantonale Autonomie in Belangen der Organisation und Führung sowie Rechtsschutz und Aufsicht der Polizei.⁵⁰²

⁴⁹⁵ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 48 ff.

⁴⁹⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 269; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 192; vgl. zum GWK auch STELLUNGNAHME GWK, S. 1997 ff.

⁴⁹⁷ BERICHT MALAMA, S. 4567 f., 4567 und 4584; vgl. auch SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 191.

⁴⁹⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 271; MOHLER/SCHWEIZER, insbes. Nr. 40; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 192.

⁴⁹⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 269; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 192; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 52 f.; vgl. auch LOBSIGER, Bereinigung, S. 401 ff.

⁵⁰⁰ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 52; vgl. auch LOBSIGER, Bereinigung, S. 404.

⁵⁰¹ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 192; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 53.

⁵⁰² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 269 f.; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 192; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 53; vgl. auch MOHLER/SCHWEIZER,

Letzteres, nämlich ein «verständliche[s] wie transparente[s] Normenwerk» zu schaffen, «welches ausschliesslich das Handeln von Polizeiorganen des Bundes regelt und damit die kantonale Polizeihoheit unangetastet lässt», beabsichtigte der Bundesrat mit dem **Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes**, dessen Vorentwurf er im November 2009 veröffentlichte.⁵⁰³ Aus den anschliessenden Vernehmlassungen und den parlamentarischen Beratungen zum BERICHT MALAMA wurde aber deutlich, dass eine umfassende Normierung der bundespolizeilichen Aufgaben aktuell keine genügende politische Unterstützung findet. Aus diesem Grund stellte der Bundesrat die Gesetzgebungsarbeiten, unter Vorbehalt von möglichen «punktuelle[n] Anpassungen der bestehenden Rechtsgrundlagen», ein.⁵⁰⁴ Generell scheint gegenüber einer Ausweitung der Bundeskompetenzen im Sicherheitsbereich sowie Gesetzgebungsprojekten, welche in diesem Gebiet eine Vereinheitlichung anstreben, ein allgemeines Misstrauen zu bestehen, weshalb entsprechenden Vorhaben wohl wenig Erfolg beschieden sein dürfte.⁵⁰⁵

3. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben auf kantonaler Ebene

A) Kantonale Polizeihoheit und Vollzug von Bundesrecht

Wie in den letzten Kapiteln dargelegt wurde, ist die Wahrung der öffentlichen Sicherheit eine Aufgabe, welche primär dem Kompetenzbereich der Kantone zugeordnet wird.⁵⁰⁶ Soweit die Bundesverfassung nicht dem Bund eine bestimmte Zuständigkeit zuweist, sind die Kantone grds. **souverän**.⁵⁰⁷

Zum einen dürfen und müssen sie auf ihrem eigenen Gebiet (grds. selbst) für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit sorgen.⁵⁰⁸ Dieser Grundsatz der **kantonalen Polizeihoheit** ist, wie oben bereits vermerkt, sowohl in Lehre,⁵⁰⁹ Rechtsprechung,⁵¹⁰ als auch vom Bundesrat⁵¹¹ allgemein anerkannt.

Nr. 40.

⁵⁰³ BERICHT VE POLAG, S. 7; vgl. auch Art. 1 ff. VE PolAG.

⁵⁰⁴ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Juni 2013, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/aktuell/news/2013/ref_2013-06-261.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁵⁰⁵ MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 421.

⁵⁰⁶ Anstelle vieler HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 76; MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 421; THOMANN, S. 412.

⁵⁰⁷ BERICHT SIPOL 2000, S. 7721.

⁵⁰⁸ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 18; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 197; SCHMOHL, S. 137 m.w.H.

⁵⁰⁹ BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 57 BV; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 5; KÄ-

Zum andern haben sie regelmässig auch die Aufgabe, **Sicherheitsrecht des Bundes zu vollziehen**.⁵¹² Denn selbst wenn eine bestimmte Materie grundsätzlich in die (Gesetzgebungs-)Kompetenz der obersten staatlichen Ebene fällt, sind es doch weitgehend die Kantone, welche den Grossteil der Rechtsvollstreckung vornehmen.⁵¹³ Ihnen, insbesondere ihren Polizeikorps, kommt deshalb auch als «Bindeglied zwischen dem Bund und der Bevölkerung» in der Sicherheitsarchitektur der Schweiz eine substantielle Bedeutung zu.⁵¹⁴

B) Kantonale Souveränität und kommunale Aufgaben

Die Kantone sind in Art und Weise ihrer Aufgabenerfüllung grundsätzlich frei.⁵¹⁵ Ihre **Souveränität** wird aber primär in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Zum einen sind sie an zahlreiche bundes- und völkerrechtliche Vorgaben gebunden.⁵¹⁶ Zum andern bringt die Polizeihöhe eine Pflicht und Verantwortung mit sich, welche die Kantone grundsätzlich nicht von sich aus reduzieren oder sogar abgeben können.⁵¹⁷

Die meisten Kantone halten den Auftrag der Sicherheitswahrung bereits in ihrer Verfassung fest, so etwa der Kanton Aargau: «Kanton und Gemeinden gewährleisten die öffentliche Ordnung und Sicherheit.»⁵¹⁸ Während noch Anfang der 90er-Jahre erst zehn Kantone über ein Polizeigesetz verfügten, welches diesen Verfassungsauftrag konkretisiert, ist das sicherheitspolizeiliche Handeln heute,

LIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 29; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 18; LINSI, S. 467; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 195, 197 ff. und 205; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 419; RAUBER, S. 54; REINHARD, S. 40; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 33; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 185; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 15 zu Art. 57 BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 33; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 35 und Fn. 60.

⁵¹⁰ Vgl. u.a. BGE 125 I 227 ff. (246), E. 11d; 117 Ia 202 ff. (216), E. 5.

⁵¹¹ Vgl. u.a. BERICHT MALAMA, S. 4479 f.; BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 645; BERICHT SIPOL 2010, S. 5205; BOTSCHAFT HOOLIGANISMUS/BWIS, S. 6477.

⁵¹² LIENHARD/HÄSLER, Nr. 20.

⁵¹³ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 41.

⁵¹⁴ BERICHT SIPOL 2000, S. 7721; vgl. auch § 14 PolOG ZH (und hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3809), wonach die Kantonspolizei «erste Ansprechpartnerin der Sicherheitsorgane der Bundesverwaltung» ist.

⁵¹⁵ EICHENBERGER, aBV-Kommentar, N 156 zu Art. 102 aBV; RAUBER, S. 17 und 54.

⁵¹⁶ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 18; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 197; BGE 125 I 227 ff. (246), E. 11e.

⁵¹⁷ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 197; BGE 125 I 227 ff. (246), E. 11e.

⁵¹⁸ § 27 Satz 1 KV AG; vgl. auch etwa Art. 100 KV ZH und hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3801.

nach zahlreichen Kodifikations- und Revisionsarbeiten, in den meisten Kantonen ausreichend gesetzlich geregelt.⁵¹⁹

Den Kantonen steht es unter anderem frei, durch solche Polizeierlasse gewisse Kompetenzen den **Gemeinden** aufzutragen.⁵²⁰ Die föderative Vielfalt der Schweiz wirkt sich auch hier aus, ist die Aufgabenteilung zwischen kommunaler und kantonaler Ebene doch sehr verschieden geregelt worden:⁵²¹

In einigen Kantonen, so etwa im Kanton Schwyz, werden sämtliche sicherheitspolizeiliche Aufgaben ausschliesslich dem Kanton zugeschrieben, also eine sogenannte **Einheitspolizei** vorgesehen: «Der Kanton ist für die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben besorgt und stellt die dafür nötigen Mittel bereit. Die Gemeinden und Bezirke unterhalten keine eigene Polizei.»⁵²²

In anderen Kantonen, welche gewisse **kommunale** sicherheitspolizeiliche **Aufgaben** vorsehen, sind letztere sehr unterschiedlich normiert:

Einige Kantone verzichten auf eine nähere Aufgabenumschreibung und beschränken sich auf eine allgemeine, generalklauselartige Feststellung, wie dass «die örtliche Polizeigewalt [...] der Gemeinde [obliegt], welche diese durch eine Gemeindepolizei ausüben lassen kann.»⁵²³

Andere regeln die sicherheitspolizeilichen Aufgaben der Gemeinden detailliert:⁵²⁴ Zum Ersten wird ihnen regelmässig aufgetragen, für «die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung» zu sorgen⁵²⁵ und entsprechend die Bevölkerung durch vorsorglichen Patrouillendienst sowie konkrete Interventionen etwa vor Lärm und anderen nachteiligen Einflüssen zu schützen.⁵²⁶ Zum Zweiten sollen die Gemeinden dauernde «Einsatzbereitschaft von Polizeikräften oder eines Pikettdienstes» sicherstellen⁵²⁷ und der Bevölkerung als erste

⁵¹⁹ KELLER/BÜRLI, S. 1146; RAUBER, S. 55; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186; vgl. auch RITTER, S. 100; zur Entstehungsgeschichte der bernischen Polizeigesetzgebung vgl. SCHWEGLER, Nr. 4 ff.; zu den Rechtsgrundlagen im Kanton Zürich vgl. JAAG/RÜSSLI, Nr. 3804.

⁵²⁰ BERICHT SIPOL 2000, S. 7721.

⁵²¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 30; RAUBER, S. 56.

⁵²² § 23 Abs. 1 PolG SZ; vgl. auch § 6 PolG BE; Art. 1 Abs. 1 PolG OW; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 30; RAUBER, S. 56.

⁵²³ Art. 16 PolG VS; vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 30; RAUBER, S. 59 je m.w.H.

⁵²⁴ Vgl. etwa § 4 PolG AG; Art. 33 f. PolG AR; Art. 9 ff. PolG BE; Art. 13 PolG SG; § 17 ff. PolOG ZH; vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 30; MÜLLER, PolG BL, S. 139; RAUBER, S. 59 f. je m.w.H.

⁵²⁵ § 4 Abs. 2 lit. a PolG AG; § 17 PolOG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3813).

⁵²⁶ RAUBER, S. 60.

⁵²⁷ § 4 Abs. 2 lit. b PolG AG.

Anlaufstelle sowie zum Einsatz bei Konflikten dienen.⁵²⁸ Als drittes wird den Gemeinden oft der Auftrag zugeteilt, den ruhenden und fliessenden Verkehr auf dem Gemeindegebiet zu bewachen und zu kontrollieren.⁵²⁹

Da den Gemeinden aber regelmässig die **Ressourcen fehlen**, für diese Aufgaben tatsächlich eigene Polizeiorganisationen aufzubauen und zu betreiben, wird ihnen jeweils die Option offen gehalten, die Kantonspolizei hierfür in Anspruch zu nehmen bzw. bei ihr Leistungen einzukaufen.⁵³⁰ In andern Fällen ist gar per se – trotz grds. kommunaler polizeilicher Kompetenzen – zum Vollzug alleine die Kantonspolizei zuständig.⁵³¹ Eine andere Möglichkeit ist der Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu grösseren Polizeiregionen, um so den Einsatz eigener Polizeikräfte finanziell tragbar zu machen.⁵³²

Auch wenn die Kantone eine **Kooperation** zwischen den verschiedenen kommunalen und kantonalen Polizeikorps vorsehen, ist dies teilweise nur schwer umzusetzen.⁵³³ Insbesondere in kleineren Gemeinden sind die Angestellten, denen die polizeilichen Aufgaben obliegen, den Angehörigen der kantonalen Korps wohl regelmässig in Bezug auf die Ausbildung unterlegen.⁵³⁴ Zudem verfügen sie über weniger Ressourcen, etwa in finanzieller, aber auch zeitlicher Hinsicht, sind gewisse Gemeindepolizeien doch gar nur zu Bürozeiten im Einsatz.⁵³⁵ Schliesslich enden die Kompetenzen der kommunalen Polizeibeamten an den Gemeindegrenzen.⁵³⁶ Die Gefahrenabwehr liegt denn auch überwiegend in der Verantwortung der Kantone.⁵³⁷

⁵²⁸ RAUBER, S. 60.

⁵²⁹ § 4 Abs. 2 lit. c PolG AG; § 18 PolOG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3814); RAUBER, S. 60.

⁵³⁰ § 5 PolG AG; Art. 12 PolG BE; § 23 Abs. 1 PolG LU; Art. 16^{bis} PolG VS; § 3 und 31 f. PolOG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3812); vgl. auch RAUBER, S. 61 ff.; vgl. zu Ausbildung und Ressourcen der Gemeindepolizei auch MÜLLER, PolG BL, S. 139 f.

⁵³¹ Vgl. Art. 11 PolG BE und hierzu SCHWEGLER, Nr. 32; für die verbleibenden Steuerungsmöglichkeiten und Kostenpflicht der Gemeinden sowie die Behandlung von Meinungsverschiedenheiten und Untersuchung von Einsätzen vgl. SCHWEGLER, Nr. 33 ff.

⁵³² RAUBER, S. 62 f.; vgl. auch § 3 PolOG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3812).

⁵³³ MÜLLER, PolG BL, S. 140.

⁵³⁴ MÜLLER, PolG BL, S. 140.

⁵³⁵ MÜLLER, PolG BL, S. 141.

⁵³⁶ MÜLLER, PolG BL, S. 140.

⁵³⁷ MÜLLER, PolG BL, S. 141.

C) Kategorien polizeilicher Aufgaben auf kantonaler Ebene

Von den kriminalpolizeilichen Aufgaben abgesehen, können die Aufträge der kantonalen Polizeikorps vorab – entsprechend ihrer Prioritäten – in drei Kategorien eingeteilt werden.⁵³⁸

Die Polizeierlasse enthalten zum Ersten Aufträge, welche zum **Kernbereich** der Polizei gehören und zu deren Erledigung sie verpflichtet ist. Darunter fallen vor allem Aufgaben, welche die Anwendung polizeilichen Zwangs erforderlich machen.⁵³⁹ Zu den originären Aufgaben der zivilen Polizeikorps zählen denn auch primär die allgemeine Gefahrenabwehr sowie die mit Zwang verbundene Durchsetzung der Rechtsordnung.⁵⁴⁰ Mit anderen Worten ist Hauptaufgabe der kantonalen Polizei die Organisation und der Einsatz eines Korps, das Straftaten bekämpft und für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit sorgt.⁵⁴¹

Demgemäss enthalten die kantonalen Polizeierlasse regelmässig zu Beginn einen entsprechenden **allgemeinen Auftrag**.⁵⁴² Als Beispiel sei das Polizeigesetz des Kantons Schwyz zitiert: «Die Kantonspolizei sorgt für die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung. [...] sie ergreift Massnahmen, um unmittelbar drohende Gefahren für die Sicherheit und Ordnung sowie für Mensch, Tier und Umwelt abzuwehren und eingetretene Störungen zu beseitigen; sie leistet den Verwaltungs- und Justizstellen Amts- und Vollzugshilfe, soweit die polizeiliche Mithilfe gesetzlich vorgesehen ist.»⁵⁴³

Dieser allgemeine Auftrag – insbesondere zur Gefahrenabwehr – unterscheidet den Auftrag der kantonalen Polizei von den Aufträgen anderer Verwaltungsstellen, welche primär spezialgesetzlich geregelt sind.⁵⁴⁴

Zum Zweiten sind in den Pflichtenkatalogen der kantonalen Polizeikorps aber auch Aufträge aufgeführt, welche nur **zulässigerweise** der Polizei obliegen. Hierbei handelt es sich vor allem um Gefahrenabwehrhandlungen wie Prävention und Information, bei welchen in der Regel kein polizeilicher Zwang notwendig ist. Diese Aufgaben sind je nach Kanton unterschiedlich.⁵⁴⁵

⁵³⁸ GAMMA, S. 33.

⁵³⁹ GAMMA, S. 33.

⁵⁴⁰ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 41; SCHWEGLER, Nr. 18; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 2; vgl. etwa § 7 PolOG ZH.

⁵⁴¹ RITTER, S. 100; vgl. auch MOHLER, Realakte, S. 463; MÜLLER, PolG BL, S. 128.

⁵⁴² TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 46.

⁵⁴³ § 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 lit. a und c PolG SZ; vgl. nebst vielen auch § 2 Abs. 1 Ziff. 1 und 5 PolG BS; § 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und d PolG LU; Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und d PolG OW; § 3 PolG ZH.

⁵⁴⁴ TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 46.

⁵⁴⁵ GAMMA, S. 33.

Gemäss Polizeigesetz des Kantons Schwyz hat die Kantonspolizei etwa die Aufgabe, «durch Information, Beratung und andere geeignete Massnahmen zur Verhütung von Straftaten und Unfällen» beizutragen, «der Bevölkerung Hilfe in Not» zu leisten und weitere sicherheitspolizeiliche Aufgaben zu übernehmen, wenn dies durch das kantonale oder Bundesrecht vorgesehen ist.⁵⁴⁶

Ferner gibt es zum Dritten Aufgaben, für welche die Polizei grundsätzlich unzuständig ist, also nur in **Ausnahmefällen** tätig werden muss.⁵⁴⁷ Dazu gehört etwa der Schutz privater Rechte, welcher den Kantonspolizeien nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen obliegt.⁵⁴⁸

Je nach Kanton und insbesondere abhängig davon, ob deren Gemeinden über eigene Polizeikräfte verfügen, sind die Aufgaben der kantonalen Polizeikorps verschieden. In Anlehnung an KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH können nach einer Analyse verschiedenerer Polizeierlasse folgende auseinandergehalten werden.⁵⁴⁹

1. **Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung**⁵⁵⁰
2. **Hilfeleistung** bei unmittelbarer Gefahr für Leib, Leben, Eigentum oder anderen Notsituationen⁵⁵¹

Absolut zentral ist der Schutz von Leib und Leben, wozu auch etwa die Suche nach vermissten Personen gehört.⁵⁵²

3. Leistung von **Amts- und Vollzugshilfe**⁵⁵³

Amtshilfe liegt vor, wenn die Polizei eine andere Verwaltungsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgabe unterstützt.⁵⁵⁴ Vollzugshilfe beinhaltet darüber hinaus die Anwendung von unmittelbarem Zwang und ist nur erlaubt, wenn eine gesetzliche Grundlage der um Hilfe ersuchenden Behörde dies ausdrücklich erlaubt oder es für deren Aufgabenerfüllung notwendig ist.⁵⁵⁵

⁵⁴⁶ § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 lit. b PolG SZ.

⁵⁴⁷ GAMMA, S. 33; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 18.

⁵⁴⁸ Vgl. anstelle vieler § 2 Abs. 2 PolG BS; § 7 PolG ZH.

⁵⁴⁹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 22; vgl. auch RAUBER, S. 57 f.

⁵⁵⁰ Anstelle vieler § 1 Abs. 1 PolG SZ; vgl. auch MÜLLER, PolG BL, S. 128; SCHWEGLER, Nr. 19.

⁵⁵¹ Anstelle vieler § 1 Abs. 2 lit. a PolG LU; § 2 Ziff. 2 PolG BS.

⁵⁵² SCHWEGLER, Nr. 20.

⁵⁵³ Anstelle vieler Art. 2 Abs. 2 lit. d PolG OW; vgl. auch MÜLLER, PolG BL, S. 128; vgl. z.B. zur Vollzugshilfe der Polizei im Anwendungsbereich des SchKG KREN KOSTKIEWICZ, Nr. 122, 421 ff., 1014 f.

⁵⁵⁴ REINHARD, S. 136 f.; SCHWEGLER, Nr. 26.

⁵⁵⁵ REINHARD, S. 142; SCHWEGLER, Nr. 27.

4. Massnahmen bei **häuslicher Gewalt**⁵⁵⁶
5. Polizeiliche Unterstützung bei **Grossanlässen**⁵⁵⁷
6. Massnahmen bei **Katastrophen und Unfällen**⁵⁵⁸

Die Polizei hat diesbezüglich in erster Linie erste Koordinations- und Sofortmassnahmen zu treffen. Weitergehende Massnahmen obliegen aber primär den Schadenwehren wie Feuerwehr und Zivilschutz sowie den Sanitätsdiensten.⁵⁵⁹

7. Weitere durch **Spezialgesetz** übertragene Aufgaben⁵⁶⁰

So können der Kantonspolizei beispielsweise Kontrollen im Rahmen des Umwelt-, Tierschutz- oder Baupolizeirechts aufgetragen werden.⁵⁶¹

8. Ausnahmsweise Schutz **privater Rechte**⁵⁶²
9. **Spezialpolizeiliche Aufgaben** im sicherheitspolizeilichen Bereich, wie etwa die Verkehrspolizei, einschliesslich Unfallverhütung, sowie die See- und Wasserpolizei⁵⁶³

Bei diesen Aufgaben der Kantonspolizei handelt es sich allerdings nur dann um sicherheitspolizeiliche Aufgaben nach dem Verständnis der vorliegenden Arbeit, wenn sie der allgemeinen Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung für die öffentliche Sicherheit zugeordnet werden können. Im Vordergrund steht also der originäre und allgemeine Auftrag der Gefahrenabwehr, welcher zum Kernbereich der Polizei gehört und zu welchem sie verpflichtet ist.

4. Sicherheit durch Kooperation

A) Sicherheit als Verbundaufgabe

Wie zuvor bereits angesprochen wurde, können innere und äussere Sicherheit angesichts der gegenwärtigen Bedrohungen, welche sich weder an territoriale

⁵⁵⁶ Anstelle vieler Art. 1a PolG VS.

⁵⁵⁷ Anstelle vieler Art. 2 lit. g PolG GR.

⁵⁵⁸ Anstelle vieler Art. 2 Abs. 1 lit. h PolG GL; Art. 2 lit. f PolG GR.

⁵⁵⁹ SCHWEGLER, Nr. 21.

⁵⁶⁰ Anstelle vieler § 1 Abs. 2 lit. c PolG ZG.

⁵⁶¹ SCHWEGLER, Nr. 29.

⁵⁶² § 2 Abs. 2 PolG BS; § 7 PolG ZH; vgl. bereits Kap. 1/2/II/2/B/b/cc und Kap. 1/2/2/C/b/cc.

⁵⁶³ Anstelle vieler Art. 2 Abs. 1 lit. c PolG GL; Art. 2 lit. d PolG GR; § 10 und 15 PolG OG ZH (hierzu JAAG/RÜSSELI, Nr. 3810).

noch an organisatorische Grenzen halten,⁵⁶⁴ kaum mehr auseinander gehalten werden.⁵⁶⁵ Dies bedeutet für die Sicherheitswahrung in der Schweiz zweierlei:

Zum einen können mit Hilfe dieser Unterscheidung die **Zuständigkeiten** von **Bund, Kantonen und Gemeinden** nicht mehr sinnvoll voneinander abgegrenzt werden – Organe sämtlicher Staatsebenen nehmen in beiden Bereichen gewisse Aufgaben wahr.⁵⁶⁶ Mit anderen Worten obliegt auch die Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit in der Schweiz einem Verbund von sieben Departementen des Bundes, 26 souveränen Kantonen sowie unzähligen Gemeinden.⁵⁶⁷ Dies bedingt, dass die unterschiedlichen staatlichen Akteure zusammenarbeiten und ihre Anstrengungen koordinieren, ihre Aufgaben also durch Kooperation wahrnehmen.⁵⁶⁸

Ein Anschauungsbeispiel liefert etwa die Eröffnungsfeier des neuen Gotthardbasistunnels im Juni 2016: Zur Gewährleistung der Sicherheit kommen neben zivilen Kräften der Tessiner und Urner Polizei sowie Zusatzkräften aus dem Zentralschweizer Polizeikonkordat im Rahmen eines Assistenzdienstes auch bis zu 2000 Soldaten zum Einsatz. Angesichts der Terrorgefahr ist zudem der Nachrichtendienst des Bundes involviert, welcher die Polizeibehörden über seine Lagebeurteilung auf dem Laufenden hält.⁵⁶⁹

Zum andern bedeutet es aber auch, dass die zurzeit bedeutendsten Gefahren, allen voran die organisierte Kriminalität sowie der Terrorismus, – wenn überhaupt – einzig im **internationalen Verbund** abgewehrt werden können.⁵⁷⁰ Der Staat

⁵⁶⁴ BERICHT SIPOL 2010, S. 5159; vgl. auch etwa MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 120; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 5.

⁵⁶⁵ BOTSCHAFT BV, S. 127; vgl. dazu auch etwa BERICHT MALAMA, S. 4476; ENGELI, S. 8; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 80; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 6 und 23; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 11 zu Vorb. Art. 57 ff. BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 32 f.; zu den Bedrohungen von «ausssen» und von «innen» vgl. ausführlich MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 122 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. anstelle vieler HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 120; vgl. bereits die vorangegangenen Kap. 1/2/IV/2 und 3.

⁵⁶⁷ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81.

⁵⁶⁸ Art. 57 Abs. 2 BV (vgl. zu diesem Artikel bereits Kap. 1/2/IV/1 und 1/2/IV/2/A/b); BERICHT SIPOL 2010, insbes. S. 5142; BERICHT SIPOL 2000, insbes. S. 7721 und 7730; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 29; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 17 und 23; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 202.

⁵⁶⁹ Vgl. FRIEDLI, NZZ.

⁵⁷⁰ MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 5; vgl. ausführlich BERICHT SIPOL 2000, insbes. S. 7692 f.

muss von den zahlreichen multilateralen Kooperationsstrukturen Gebrauch machen, um seiner Aufgabe der Sicherheitswahrung nachkommen zu können.⁵⁷¹

Dieser **Kooperations- und Koordinationsbedarf** beginnt also bereits auf (inter)kantonaler Ebene, besteht aber auch zwischen Bund und Kantonen, zwischen der Schweiz und den internationalen Akteuren sowie zwischen privaten und staatlichen Organisationen.⁵⁷² Auf diese vier Koordinationsebenen soll in den folgenden Kapiteln kurz eingegangen werden.

B) Koordination zwischen den Kantonen

a) Koordination durch Konkordate

Da eine einheitliche Regelung zur Zusammenarbeit der Kantone im sicherheitspolizeilichen Bereich fehlt, müssen die Kantone die entsprechenden Fragen selbst regeln.⁵⁷³ Die Koordination zwischen den Kantonen wurde in den letzten Jahren indes zwangs- aber auch sinnvollerweise stetig ausgebaut.⁵⁷⁴ Sie erfolgt grundsätzlich in zweierlei Hinsicht: Zum einen werden und wurden interkantona- nale Institutionen begründet, zum andern sollen gewisse Rechtsbereiche harmo- nisiert werden.⁵⁷⁵

Mittel für beides sind Verträge zwischen den Kantonen, sogenannte Konkordate, welche sich auf Art. 48 BV stützen.⁵⁷⁶ Zwar sieht Art. 48a BV vor, dass der Bund Konkordate für allgemeinverbindlich erklären kann. Da die innere Sicher- heit in Abs. 1 aber unerwähnt bleibt, ist e contrario anzunehmen, dass eine All- gemeinverbindlicherklärung in diesem Aufgabenbereich ausgeschlossen ist: Die Kantone sind also souverän und können nicht zu einem Beitritt verpflichtet wer- den.⁵⁷⁷

b) Interkantonale Institutionen

Bei den Institutionen ist vorweg die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Poli- zeidirektorinnen und -direktoren (**KKJPD**) als **strategisches** bzw. **politisches** Koordinationsorgan zu erwähnen.⁵⁷⁸ Mitglieder sind die für die Bereiche Si- cherheit und Justiz zuständigen Regierungs- oder Staatsräte sämtlicher Kanto-

⁵⁷¹ BERICHT SIPOL 2000, S. 7693.

⁵⁷² Vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 24 ff.

⁵⁷³ SCHWEGLER, Nr. 51; vgl. hierzu auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3806a ff.

⁵⁷⁴ SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 188.

⁵⁷⁵ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 242 ff. und 258 ff.

⁵⁷⁶ MÜLLER, innere Sicherheit, S. 414.

⁵⁷⁷ MÜLLER, innere Sicherheit, S. 414.

⁵⁷⁸ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 500; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 243; SCHWEGLER, Nr. 52.

ne.⁵⁷⁹ Organisiert als Verein, dotiert mit einem Generalsekretariat sowie fünf ständigen Kommissionen, ist es unter anderem Ziel der KKJPD, für neue Bedrohungen einheitliche Lösungen zu finden, die Qualität der Polizeiarbeit zu verbessern sowie die kantonale Polizeihöhe zu verteidigen.⁵⁸⁰ Hierzu erlässt sie regelmässig Empfehlungen, denen mangels rechtsetzenden Befugnissen zwar keine Verbindlichkeit zukommt, die in der Praxis aber stark beachtet werden.⁵⁸¹

Ebenso auf politischer Ebene tätig sind etwa die Konferenz der lateinischen Justiz- und Polizeidirektoren sowie die Konferenz der städtischen Polizeidirektoren und -direktoren, beide ebenfalls als Verein organisiert.⁵⁸²

Auf **Verwaltungs- bzw. operativer Ebene** erfüllt primär die Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (**KKPKS**) bedeutende Koordinationsaufgaben.⁵⁸³ Wiederum als Verein organisiert, vereinigt sie neben den Kommandanten der Kantonspolizeien und der Stadtpolizei Zürich auch die Direktoren des fedpol, des Schweizerischen Polizeiinstituts, den Präsidenten der Schweizerischen Vereinigung Städtischer Polizeichefs sowie den Chef der Landespolizei Fürstentum Lichtenstein.⁵⁸⁴ Ihr Zweck ist der Meinungs- und Erfahrungsaustausch sowie die Zusammenarbeit und Nutzung von Synergien zwischen den Sicherheitsorganen, insbesondere den kantonalen Polizeikorps, die Festlegung einer einheitlichen Polizeidoktrin, wie auch die Sicherstellung der polizeilichen Aus- und Weiterbildung.⁵⁸⁵ Hierzu erlässt sie wertvolle Weisungen, welche aber wiederum nicht rechtsverbindlich sind.⁵⁸⁶

In **fachlicher Hinsicht** sind diverse **Fachkonferenzen** um die notwendige Koordination im sicherheitspolizeilichen Bereich bemüht.⁵⁸⁷ Zu erwähnen ist etwa der Schweizer Polizei Informatik Kongress, welcher u.a. Polizeiinformatiker

⁵⁷⁹ Vgl. <http://www.kkjpd.ch/de/organisation/mitglieder>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁵⁸⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 243; vgl. die Homepage des Vereins, <http://www.kkjpd.ch/>, zuletzt besucht am 30. März 2016, insbes. zur Organisation sowie den Themen.

⁵⁸¹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 500; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 243.

⁵⁸² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 244 f.

⁵⁸³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 500; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 246; SCHWEGLER, Nr. 52; THOMANN, S. 413.

⁵⁸⁴ Art. 1 KKPKSS.

⁵⁸⁵ Art. 2 KKPKSS; vgl. auch THOMANN, S. 413.

⁵⁸⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 500.

⁵⁸⁷ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 500; THOMANN, S. 413.

vernetzen, Ideen für neue Projekte liefern, sowie die gemeinsame Durchführung und Finanzierung dieser Vorhaben fördern soll.⁵⁸⁸

Schliesslich wird auf kantonaler Ebene einiges unternommen, um die polizeiliche **Aus- und Weiterbildung** zu harmonisieren.⁵⁸⁹

Zum einen wurde bereits 1946 das **Schweizerische Polizei-Institut**, eine privatrechtliche Stiftung, gegründet, deren Stiftungsrat sich aus Vertretern sämtlicher föderativer Ebenen zusammensetzt.⁵⁹⁰ Ihr Zweck besteht in der Koordination von Inhalten, Methoden und Didaktik und somit der Gewährleistung von Qualität sowie Einheitlichkeit der Polizeiausbildung.⁵⁹¹ Hierzu organisiert sie diverse Kader- und Spezialistenausbildungen, koordiniert aber auch die Prüfungen zur Erlangung des eidgenössischen Fachausweises bzw. Diploms für Polizistinnen und Polizisten.⁵⁹²

Zum andern wurden mittels Konkordaten aber auch **regionale Polizeischulen** geschaffen.⁵⁹³ Als grösste polizeiliche Aus- und Weiterbildungsstätte in der Schweiz ist so etwa die Interkantonale Polizeischule in Hitzkirch entstanden, welche für elf Konkordatskantone jährlich rund 300 Polizistinnen und Polizisten (grund)ausbildet.⁵⁹⁴

Auf sämtlichen Ebenen wirken zum einen die Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze **IKAPOL** sowie zum andern die **vier Polizeikonkordate** der West-, Zentral-, Nordwest-, sowie Ostschweiz.⁵⁹⁵ Erstere sieht u.a. vor, dass Kantone, denen zur polizeilichen Bewältigung eines Ereignisses oder Anlasses weder die eigenen Polizeikräfte noch die Hilfe durch Nachbarkantone sowie andere (Konkordats-)Partner ausreichen, Unterstützung durch Polizeikorps der an-

⁵⁸⁸ Vgl. <http://www.spik.ch/Kongress.aspx>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁵⁸⁹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83.

⁵⁹⁰ Art. 1 und 8 SPIS; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 249.

⁵⁹¹ Art. 2 SPIS; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 500 f.; THOMANN, S. 414; vgl. auch <http://www.institut-police.ch/de/portrait>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁵⁹² Art. 3 SPIS; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 501; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 249; THOMANN, S. 414.

⁵⁹³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 256.

⁵⁹⁴ Vgl. das Konkordat über Errichtung und Betrieb einer interkantonalen Polizeischule Hitzkirch vom 25. Juni 2003, u.a. zu finden in der systematischen Gesetzessammlung des Kantons Luzern, Nr. 355; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 256; SCHWEGLER, Nr. 53; <http://www.iph-hitzkirch.ch/iph-hitzkirch/>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁵⁹⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 250 ff. und 255; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 188; THOMANN, S. 414 ff.; zu den Polizeikonkordaten vgl. etwa RAUBER, S. 20.

deren Regionen anfordern können.⁵⁹⁶ Auch die vier Polizeikonkordate der West-, Zentral-, Nordwest-, sowie Ostschweiz sehen Bestimmungen zu gegenseitiger polizeilicher Aushilfe vor, welche den Einsätzen nach IKAPOL grds. vorgeht. Des Weiteren bezwecken sie, Probleme des Polizeialltags gemeinschaftlich zu lösen.⁵⁹⁷ Diese Vereinbarungen sind in der heutigen Zeit von eminenter Bedeutung, leiden doch die meisten Polizeikorps in der Schweiz unter zu geringen Beständen und stossen beispielsweise bei grossen Sportveranstaltungen, spontanen Partys in der Öffentlichkeit oder anderen Anlässen an die Grenzen ihrer Ressourcen.⁵⁹⁸

c) Harmonisierung des Rechts

Bei den Konkordaten zur Harmonisierung gewisser Rechtsbereiche sind an dieser Stelle zwei zu erwähnen:

Einerseits wurde 2007 das sogenannte **Hooligan-Konkordat** verabschiedet, welches des Kantonen sowie dem Bund dazu dienen soll, in Zusammenarbeit Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen frühzeitig erkennen und bekämpfen zu können.⁵⁹⁹

Andererseits bestehen im Bereich der **privaten Sicherheitsdienste** zwei Konkordate: Bereits 1996 hat die lateinische Konferenz der Justiz- und Polizeidirektoren ein Konkordat zwecks Regelung der Tätigkeit und Aufsicht der Sicherheitsunternehmen abgeschlossen.⁶⁰⁰ Erst 2010 erliess auch die KKJPD ein ähnliches Konkordat, welches Anfang 2017 in Kraft treten soll und welches bisher (lediglich) neun Deutschschweizer Kantone ratifiziert haben.⁶⁰¹ Etliche Kantone sind somit bisher noch keinem der beiden Konkordate beigetreten.

d) Fazit

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die interkantonale Zusammenarbeit im Polizeibereich ausserordentlich **ausgeprägt** ist und in der täglichen Pra-

⁵⁹⁶ Art. 3 IKAPOL; vgl. auch HENSLER, Zusammenarbeit, S. 495 f. und 499; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 250; MOHLER, Polizeibestände, S. 66.

⁵⁹⁷ SCHWEGLER, Nr. 53; vgl. auch HENSLER, Zusammenarbeit, S. 495 f.; MOHLER, Polizeibestände, S. 66.

⁵⁹⁸ MOHLER, Polizeibestände, S. 63.

⁵⁹⁹ Vgl. Art. 1 PolK MGS; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 260; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 188.

⁶⁰⁰ Konkordat vom 18. Oktober 1996 über die Sicherheitsunternehmen, abrufbar unter http://www.cldjp.ch/data/ces/concordat-ces_de.pdf, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 261 f.

⁶⁰¹ PolK PS; vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 263.

xis **sehr gut funktioniert**.⁶⁰² Während etwa die kantonale Kooperation mittels IKAPOL, Hooligan-Konkordaten sowie den vier Polizeikonkordaten entsprechend als grundsätzlich positiv bewertet wird,⁶⁰³ vermögen andere Harmonisierungsbestrebungen, etwa im eben erwähnten Bereich der privaten Sicherheitsdienste, nicht zu überzeugen.⁶⁰⁴

Insbesondere bei Auftreten neuer Bedrohungen, zu denken sei etwa an Drohnen oder vermehrte terroristische Aktivitäten, besteht in unserem Staat mit 26 souveränen Kantonen die Gefahr, dass **uneinheitliche Lösungen** getroffen werden, ganz nach dem Motto: «Dies ist von Kanton zu Kanton verschieden.»⁶⁰⁵

Ob ein zentralistisches System für die Schweizer Sicherheitsarchitektur vorteilhafter wäre, kann kaum abschliessend beurteilt werden.⁶⁰⁶ Gewisse Vorschläge zur Verbesserung des (Bundes-)Polizeirechts, weiter oben bereits erläutert,⁶⁰⁷ haben aber bestimmt ihre Berechtigung. Auch ist eine Koordination durch den Bund sowie zwischen Bund und Kantonen in gewissen Bereichen unumgänglich, worauf im nächsten Kapitel eingegangen wird. Demgegenüber wird die Innovation, die Entwicklung neuer Ideen gefördert, wenn sich nicht nur ein einziger Gesetzgeber, sondern 26 Kantone mit der Normierung sicherheitspolizeilichen Handelns beschäftigen müssen. Zudem kann mit einer dezentralen Regulierung den regionalen Eigenheiten Rechnung getragen werden.

C) Koordination zwischen Bund und den Kantonen

a) Zahlreiche Schnittstellen

Die sicherheitspolizeilichen Aufgaben zwischen Bund und Kantonen zu koordinieren ist Aufgabe beider föderativen Ebenen.⁶⁰⁸ Von Seiten der Kantone war hierzu bisher primär die KKJPD zuständig, welche im Rahmen einer geschaffenen Plattform zur Bearbeitung sicherheitspolitischer Fragestellungen in regelmässigem Kontakt mit Führungsverantwortlichen des EJPD sowie des VBS stand.⁶⁰⁹

⁶⁰² HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 87.

⁶⁰³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81.

⁶⁰⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 266; vgl. zu den privaten Sicherheitsfirmen auch ausführlich BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 629 ff.

⁶⁰⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81.

⁶⁰⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 82.

⁶⁰⁷ Kap. 1/2/IV/2/C/d.

⁶⁰⁸ Art. 57 Abs. 2 BV; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83; vgl. hierzu auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3806a ff.

⁶⁰⁹ BERICHT SIPOL 2010, S. 5215; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83.

Im Bericht über die Sicherheitspolitik der Schweiz aus dem Jahr 2010 wurde unter anderem ein Fokus auf die Optimierung dieser sicherheitspolitischen Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen gelegt und als Folge davon der **Sicherheitsverbund Schweiz** geschaffen.⁶¹⁰ Er soll insbesondere bei sicherheitspolitisch bedeutsamen Grossveranstaltungen, aber auch bei Katastrophen und Notlagen die Handlungen sämtlicher Sicherheitsorgane koordinieren.⁶¹¹

Hierzu wurde u.a. die eben erwähnte Plattform zum **Konsultations- und Koordinationsmechanismus SVS** weiterentwickelt. Während diesem bei Normallage vor allem den Auftrag zukommt, Lageanalysen und Vorsorgeplanungen zu machen sowie Ausbildungen und Übungen zu koordinieren, hat er bei Grossereignissen, Katastrophen und Notlagen für schnelle Entscheidungsprozesse sowie gute Zusammenarbeit sämtlicher Sicherheitsakteure zu sorgen.⁶¹²

Letzteres ist essentiell, sind die Schnittstellen in der Schweizer Polizeiarbeit, insbesondere auch zwischen kantonalen und Bundesorganen, doch sehr zahlreich.⁶¹³ Dass sie gut funktionieren bedingt zum einen deren möglichst genaue Regelung und zum andern, dass sie tatsächlich «gelebt werden».⁶¹⁴ In der Folge soll auf die Schnittstellen zwischen kantonalen Polizeikörpern sowie Armee, Grenzwachtkörpern und Transportpolizei der SBB kurz eingegangen werden:

b) Kantonale Polizeikörper und die Armee

Ein viel diskutiertes Thema ist die Zusammenarbeit zwischen Kantonspolizeien und der Armee.⁶¹⁵

⁶¹⁰ BERICHT SIPOL 2010, insbes. S. 5135, 5161 ff. und 5217 ff.; vgl. auch Medienmitteilung «Bundesrat verabschiedet den sicherheitspolitischen Bericht» vom 24. Juni 2002, abrufbar unter http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/documentation/news/news_detail_33900.nsb.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶¹¹ BERICHT SIPOL 2010, S. 5161.

⁶¹² BERICHT SIPOL 2010, S. 5215; vgl. auch Homepage des EJPD zum Sicherheitsverbund Schweiz, u.a. <http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/themen/security/svs/einfuehrung.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶¹³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83.

⁶¹⁴ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83.

⁶¹⁵ Vgl. Kap. 1/2/IV/2/B/b; vgl. auch etwa die Interpellation 14.4221 vom 12. Dezember 2014 von ALINE TREDE, «Weiterentwicklung der Armee. Mögliche Einsätze der Armee im Inneren», abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20144221, zuletzt besucht am 30. März 2016; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 114 ff.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht in Erfüllung des Postulates Malama daran erinnert, dass grundsätzlich die Kantone für die innere Sicherheit zu sorgen haben, die Armee aber **subsidiär** zum Einsatz kommen kann, wenn **schwerwiegende Bedrohungen** oder **ausserordentliche Lagen** zu bewältigen sind und die kantonalen Ressourcen hierzu nicht ausreichen.⁶¹⁶ Der Ablauf zur Unterstützungsanforderung an den Bund wird in der bereits erwähnten IKAPOL-Vereinbarung geregelt.⁶¹⁷ Dass demgemäss vor einer Unterstützung durch die Armee im Rahmen der regionalen und landesweiten Konkordate zuerst Hilfe durch andere Kantone in Anspruch genommen werden sollte, bleibt offenbar zumeist unbeachtet.⁶¹⁸

Aktuell keine genügende Grundlage, regelmässig aber ein Bedürfnis, besteht gemäss Bundesrat zum einen für Armeeeinsätze bei vorhersehbaren und damit planbaren Ereignissen, wie etwa Sportgrossveranstaltungen oder dem WEF in Davos, sowie zum andern für länger andauernde Dienste, etwa zur Bewachung und Kontrolle von Gebäuden wie ausländischen Vertretungen.⁶¹⁹

Geklärt werden muss insbesondere die Zusammenarbeit der Kantonspolizeien mit der Militärischen Sicherheit, «bei Assistenz- oder Aktivdiensteinsätzen Mittel der ersten Stunde».⁶²⁰ Aus Sicht der Kantone ist diese ein sehr bedeutsamer Partner.⁶²¹ So hat die KKJPD kürzlich entschieden, die regionalen Polizeischulen auch für eine Ausbildung von Angehörigen der Militärischen Sicherheit zu öffnen.⁶²² Seitens des Bundes hingegen scheint die Absicht zu bestehen, die Aufgaben der Militärischen Sicherheit auf den Armeebereich zu beschränken.⁶²³

⁶¹⁶ BERICHT MALAMA, S. 4554; vgl. auch MOHLER, Polizeibestände, S. 67 (und zu den Begrifflichkeiten S. 70); TIEFENTHAL/FISCHER, S. 117 f.

⁶¹⁷ Vgl. HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 84; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 495 f. und 499.

⁶¹⁸ MOHLER, Polizeibestände, S. 68; vgl. auch die Grafik bei HENSLER, Zusammenarbeit, S. 496; vgl. hingegen FRIEDLI, NZZ, wonach etwa bei der Neat-Feier auch Zusatzkräfte aus dem Zentralschweizer Polizeikonkordat eingesetzt werden.

⁶¹⁹ BERICHT MALAMA, S. 4554 ff.

⁶²⁰ BERICHT MALAMA, S. 4558; vgl. ausführlich TIEFENTHAL/FISCHER, S. 114 ff.; vgl. auch die Motion 13.3729 vom 18. September 2013 von JEAN-PAUL GSCHWIND, «Zusammenarbeit zwischen Kantonspolizei und Militärpolizei ermöglichen», abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133729, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶²¹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 84; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 501.

⁶²² HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 84 mit Verweis auf Beschluss und Empfehlung der Kommission für Polizeiausbildung der KKJPD vom 4. Oktober 2010.

⁶²³ Siehe hierzu die Stellungnahme des Bundesrates zur eben erwähnten Motion GSCHWIND; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates zur Motion 13.3937

Die Schnittstellen zwischen Kantonspolizeien und Bund scheinen also nach wie vor **ungenügend geregelt** zu sein und werden die Schweizer Sicherheitspolitik in den nächsten Jahren noch mehrmals beschäftigen.⁶²⁴

c) Kantonale Polizeikorps und das Grenzwachtkorps

Wie bereits angesprochen, kommt auch der Schnittstelle der kantonalen Polizeibehörden mit dem Grenzwachtkorps eine sehr grosse Bedeutung zu. Insbesondere seit Inkraftsetzung des Schengener Abkommens wurde die Zusammenarbeit intensiviert und die sicherheitspolizeilichen Aufgaben des GWK entsprechend ausgeweitet.⁶²⁵

Die Eidgenössische Zollverwaltung hat entgegen dem Wortlaut des ursprünglichen Art. 97 ZG auch mit zahlreichen Nicht-Grenzkantonen Vereinbarungen zur Übernahme kantonalen polizeilicher Aufgaben durch das GWK abgeschlossen.⁶²⁶ Details etwa hinsichtlich gegenseitigen Verantwortlichkeiten, Informationsaustausch, Ausbildungsmassnahmen, eingesetzten Mitteln und den konkreten Einsätzen regeln die Kantone jeweils in solch **individuellen Verträgen** mit dem GWK.⁶²⁷ Zwar hat die KKJPD eine Mustervereinbarung ausgearbeitet, um diese Vereinbarungen zu harmonisieren – dennoch sind sie nach wie vor **uneinheitlich**.⁶²⁸

Auch die Schnittstelle zwischen GWK und Kantonspolizeien ist somit noch **ungenügend geregelt**. Zur Verbesserung wird teilweise vorgeschlagen, das GWK den Kantonen zu unterstellen.⁶²⁹

vom 27. September 2013 von OSKAR FREYSINGER, «Synergien zwischen Armee, Grenzwachtkorps und Polizei», abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133937, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶²⁴ Vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4558.

⁶²⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 84; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 501; MOHLER, Polizeibestände, S. 68; STELLUNGNAHME GWK, S. 1998; vgl. auch die Medienmitteilung vom 6. April 2006 «Schengen-Umsetzung im Grenzraum: Einigung über die Aufgabenverteilung zwischen Polizei und Grenzwachtkorps», abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=4565>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶²⁶ MOHLER, Polizeibestände, S. 68 und 73 m.w.H.; beachte die BOTSCHAFT ZG, S. 2895 f., wonach die Formulierung des Art. 97 ZG angepasst werden soll, damit die Möglichkeit, Vereinbarungen mit allen Kantonen abzuschliessen zu können, ausgedehnt wird.

⁶²⁷ Vgl. die eben zitierte Medienmitteilung; STELLUNGNAHME GWK, S. 1998.

⁶²⁸ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 84 f.

⁶²⁹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 85.

d) Kantonale Polizeikorps und die Transportpolizei der SBB

Eine dritte wichtige Schnittstelle zwischen Bund und kantonalen Polizeikorps besteht in Form der Transportpolizei der SBB. Eine Koordination erfolgt hier zum einen hinsichtlich der Ausbildung, da die Angestellten der Transportpolizei regionale Polizeischulen besuchen können.⁶³⁰ Zum andern ist die SBB wie auch die andern Transportunternehmen verpflichtet, über die Tätigkeiten ihres Sicherheitspersonals mit den Kantonen eine schriftliche Vereinbarung abzuschliessen.⁶³¹ Da die Kantone bei deren Ausarbeitung souverän sind, besteht wiederum die Gefahr – wie bei den Vereinbarungen mit dem GWK –, dass **uneinheitliche Lösungen** getroffen werden, ganz nach dem Motto: «Dies ist von Kanton zu Kanton verschieden.»⁶³²

D) Internationale Koordination

Die Verantwortung der Schweiz, für die Sicherheit ihrer Bürgerinnen und Bürger zu sorgen, endet nicht an den Landesgrenzen, sondern kann sich auch in **andere Territorien** ausdehnen.⁶³³ Zudem hat sich die **sicherheitspolitische Lage** in den letzten Jahren generell **verändert**: Die ursprüngliche Gefahr von aussen, nämlich militärische Bedrohungen, hat an Bedeutung verloren.⁶³⁴ Wichtiger geworden sind hingegen zum einen gewisse nichtmilitärische Gefahren wie organisierte Kriminalität und Terrorismus, deren Abwehr eine internationale Zusammenarbeit erfordert.⁶³⁵ Zum andern haben auch Instabilitäten im Ausland zugenommen, welche mittelbar die Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen und so ihr Handeln auf internationalem Territorium verlangen können.⁶³⁶

All dies bedingt somit ein gutes internationales Zusammenwirken und eine Koordination der verschiedenen nationalen und internationalen Instrumente.⁶³⁷ Entsprechend hat der Bund in den letzten Jahren auch die **internationale Polizeizu-**

⁶³⁰ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 85.

⁶³¹ Art. 10 VST; vgl. auch HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 85.

⁶³² Vgl. HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81.

⁶³³ MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 5 mit Verweis in Fn. 7 auf das Gefangenhalten zweier Schweizer Staatsangehörigen in Syrien.

⁶³⁴ BERICHT SIPOL 2000, S. 7661 und 7665 f.; vgl. auch MÜLLER, innere Sicherheit, S. 394 ff., insbes. S. 402; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 161; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 115; zu den Bedrohungen von « aussen » und von « innen » vgl. ausführlich MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 122 ff.

⁶³⁵ BERICHT SIPOL 2000, S. 7671 f.; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 5; RITTER, S. 107 ff.; SCHWEIZER, Sicherheit, S. 161; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 115.

⁶³⁶ BERICHT SIPOL 2000, S. 7666 und 7671.

⁶³⁷ BERICHT SIPOL 2000, S. 7665; BERICHT USIS II, S. 26; vgl. hierzu auch ausführlich BREITENMOSER, Nr. 1 ff., insbes. Nr. 103.

sammenarbeit stetig ausgebaut.⁶³⁸ Diese basiert primär auf drei Grundlagen.⁶³⁹ Erstens auf einer bilateralen Zusammenarbeit, primär mit Nachbar-, aber auch mit Drittländern.⁶⁴⁰ Zweitens auf einer Kooperation auf europäischer Ebene, wobei vor allem das Schengen-Assoziierungs-⁶⁴¹ sowie das Europol-Abkommen⁶⁴² von Bedeutung sind.⁶⁴³ Drittens auf einem globalen Wirken, welches primär durch Interpol, die grösste Polizeiorganisation der Welt mit 190 Mitgliedstaaten, umgesetzt wird.⁶⁴⁴

Eine besondere Rolle bei der Gewährleistung dieser Schnittstellen hat die **Hauptabteilung Internationale Polizeikooperation** des Bundesamts für Polizei.⁶⁴⁵ Ihr obliegen sicherheitspolizeiliche und unterstützende polizeiliche Aufträge, welchen sie mittels drei Abteilungen nachkommt: Einer Einsatzzentrale, welche als Kontaktstelle für in- und ausländische Partner dient, sowie je einer

⁶³⁸ BERICHT SIPOL 2010, S. 5207; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189.

⁶³⁹ Vgl. zum Ganzen BERICHT SIPOL 2010, S. 5207.

⁶⁴⁰ Vgl. anstelle vieler das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über die Zusammenarbeit der Polizei- und Zollbehörden, abgeschlossen am 10. September 1998 (SR 0.360.454.1) oder das Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und dem Ministerrat der Republik Albanien über die polizeiliche Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Kriminalität, abgeschlossen am 21. September 2005 (SR 0.360.123.1); vgl. auch die SR zur Zusammenarbeit der Polizeibehörden (SR 0.36): <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/0.36.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. auch BREITENMOSER, Nr. 102 m.w.H.; MOHLER, Zusammenarbeit, S. 139, 141 und 147 f.

⁶⁴¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen Besitzstands, abgeschlossen am 26. Oktober 2004 (SR 0.362.31); vgl. auch die weiteren Abkommen, SR 0.362.31 ff.

⁶⁴² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt, abgeschlossen am 24. September 2004 (SR 0.362.2); vgl. auch <https://www.europol.europa.eu/>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶⁴³ Vgl. auch die SR zur Zusammenarbeit mit der EU (SR 0.362), <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/0.36.html#0.362>, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. auch BERICHT USIS II, S. 26; BREITENMOSER, Nr. 76 ff., insbes. Nr. 86 und 99 ff.; MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 5; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 29 ff. zu Art. 57 BV; sehr ausführlich MOHLER, Zusammenarbeit, S. 136 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. die Homepage von Interpol, insbes. <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Overview>, zuletzt besucht am 30. März 2016; vgl. auch BREITENMOSER, Nr. 72 ff.; MOHLER, Zusammenarbeit, S. 143.

⁶⁴⁵ BERICHT SIPOL 2010, S. 5207.

Stelle für die operationelle und die strategische internationale Polizeizusammenarbeit.⁶⁴⁶

Auch wenn eine internationale Kooperation im Sicherheitsbereich insbesondere für ein kleines Land wie die Schweiz unabdingbar ist, gilt es zu bedenken, dass die hierzu abgeschlossenen Abkommen immer auch eine Zunahme der sicherheitspolizeilichen Aufgaben des Bundes und der Kantone und damit einen **erhöhten Personalbedarf** bewirken, was die Problematik der teilweise (zu) knappen Polizeibestände noch verschärft.⁶⁴⁷

E) Koordination zwischen staatlichen und privaten Akteuren

Wie bereits erläutert wurde, müssen sich Private, beispielsweise auch Organisatoren von Veranstaltungen und Inhaber von Lokalen, primär selbst um ihre eigene sowie die Sicherheit ihrer Besucher kümmern.⁶⁴⁸ Im Rahmen ihres Hausrechts haben sie hierzu relativ weite Befugnisse, deren Ausübung regelmässig **privaten Sicherheitsdiensten** übertragen wird.⁶⁴⁹

Es erscheint deshalb zum einen von entscheidender Bedeutung zu sein, die privaten von den staatlichen **Zuständigkeiten** klar **abzugrenzen** – ein Problem, das bisher noch nicht abschliessend gelöst wurde.⁶⁵⁰ Entsprechend dem Prinzip der subsidiären Zuständigkeit der Polizei fällt es mit der Frage zusammen, wann eine staatliche Handlungspflicht besteht.⁶⁵¹

Zum andern muss die Tätigkeit privater Sicherheitsorgane mit den Handlungen staatlicher Akteure **koordiniert** werden. Einige Polizeigesetze sowie Polizeikonkordate enthalten hierzu ausdrückliche Bestimmungen. So sind Private, die beispielsweise «gewerbsmässig Personen schützen oder Grundstücke, Gebäude, gefährliche Güter und Werttransporte bewachen» dazu verpflichtet, der Kantonspolizei «Auskunft über getroffene und geplante Massnahmen zu erteilen und alle besonderen Vorkommnisse zu melden; über ihre Wahrnehmungen aus dem Bereich der Tätigkeit der Polizei Stillschweigen zu bewahren [und] alles zu unterlassen, was die Erfüllung der Aufgaben der Polizei beeinträchtigen könn-

⁶⁴⁶ Vgl. <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/ueberuns/organisation/ipk.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶⁴⁷ MOHLER, Polizeibestände, S. 65.

⁶⁴⁸ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77; vgl. bereits Kap. 1/2/II/2/C/b/cc.

⁶⁴⁹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 77 mit Verweis auf das Hausrecht in Art. 217 StPO; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 56.

⁶⁵⁰ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 85 f.

⁶⁵¹ Vgl. bereits Kap. 1/2/II/2/C/b/cc zur subsidiären Zuständigkeit sowie etwa Kap. 3/3/IV/3 zu den Handlungspflichten im Zusammenhang mit einer staatshafungsrelevanten Widerrechtlichkeit.

te».⁶⁵² Darüber hinaus haben sie «alles zu unterlassen, was zu Verwechslungen mit Polizeiorganen führen könnte», insbesondere ist es ihnen «untersagt, Uniformen zu tragen, die mit denen der Kantonspolizei verwechselt werden können».⁶⁵³

Eine Zusammenarbeit von Polizeikorps und privaten Sicherheitsunternehmen in Form einer **Aufgabendelegation** ist allerdings nur **beschränkt** möglich.⁶⁵⁴ Zwar werden für gewisse Tätigkeiten, etwa die Verkehrsregelung, vermehrt private Sicherheitsdienstleister eingesetzt.⁶⁵⁵ Die Anwendung von Zwang, die unweigerlich zu Beschränkungen von Freiheitsrechten führt, ist aber grundsätzlich dem Staat vorbehalten,⁶⁵⁶ womit der Aufgabendelegation Grenzen gesetzt werden.⁶⁵⁷ Auf die sicherheitspolizeilichen Befugnisse privater Sicherheitsdienste wird weiter unten näher eingegangen.⁶⁵⁸

5. Lücken und Verbesserungspotential in der Schweizer Sicherheitsarchitektur

Als erstes Fazit dieses Kapitels muss festgestellt werden, dass die Abwehr von konkreten Gefahren und Beseitigung von Störungen in der Schweiz trotz gegenwärtig grossen Herausforderungen, wozu auch der föderative Staatsaufbau an sich und der damit verbundene erhöhte Koordinationsbedarf gehört, grundsätzlich **gut funktioniert**: Die Schweiz gehört zu den sichersten Ländern der Welt.⁶⁵⁹ Die Struktur der Schweizer Sicherheitsarchitektur weist denn auch einige wichtige Vorteile auf: Zum einen sind die sicherheitspolizeilichen Akteure

⁶⁵² Art. 62 Abs. 1 PolG BE; hierzu SCHWEGLER, Nr. 58 f.; vgl. auch etwa § 64 Abs. 1 PolG BS; Art. 44 lit. a PolG OW; § 49 Abs. 1 lit. a und b PolG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3818); Art. 12 PolK PS.

⁶⁵³ Art. 62 Abs. 2 i.V.m. Art. 55a Abs. 2 PolG BE; hierzu SCHWEGLER, Nr. 58; vgl. auch etwa § 6 Abs. 1 PolG AG; § 64 Abs. 3 PolG BS; Art. 44 lit. b PolG OW; Art. 35 Abs. 2 PolG VD; § 49 Abs. 1 lit. c PolG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3818); Art. 13 Abs. 3 PolK PS.

⁶⁵⁴ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 85; MOHLER, Polizeibestände, S. 66 f.; MOHLER, Gewaltmonopol, S. 156.

⁶⁵⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 86 und Fn. 74; MOHLER, Polizeibestände, S. 66 f.; SCHWEGLER, Nr. 60.

⁶⁵⁶ MANFRINI, S. 206 f.; PFANDER, S. 103 f.; RAUBER, S. 100.

⁶⁵⁷ BERICHT USIS II, S. 27; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 85; MOHLER, Polizeibestände, S. 66 f.

⁶⁵⁸ Vgl. Kap. 1/3/VI.

⁶⁵⁹ BERICHT USIS II, S. 5; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 81 f.; vgl. etwa die Weltkarte der Risiken auf <https://riskmap.controlrisks.com/>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

durch den Föderalismus nahe am Bürger.⁶⁶⁰ Zum andern verhindert der föderalistische Aufbau in weiten Teilen eine Machkonzentration und wirkt somit einem allfälligen Machtmissbrauch entgegen.⁶⁶¹

Insbesondere für die Normallage aber auch für besondere Lage sind die Aufgaben der verschiedenen sicherheitspolizeilichen Akteure sowie die zahlreichen Schnittstellen annehmbar geregelt.⁶⁶² **Bedenken** bestehen hingegen, ob die Sicherheitsarchitektur der Schweiz auch für eine **ausserordentliche Lage** taugen würde.⁶⁶³ Auf der einen Seite wird gesagt, insbesondere durch das für die Schweiz typische Milizsystem sowie den Föderalismus habe unser Land zahlreiche fähige Krisenmanager, welche untereinander sehr gut vernetzt seien und deshalb auch in einer ausserordentlichen Lage die Sicherheit gewährleisten könnten.⁶⁶⁴ Auf der anderen Seite wird aber auch festgehalten, dass insbesondere die Abwehr von aussergewöhnlichen Gefahren in der Schweiz im Vergleich zu anderen Ländern schlecht strukturiert ist und einige Lücken sowie **Verbesserungspotential** aufweist.⁶⁶⁵

Bereits mehrfach angesprochen wurde die Gefahr, dass es insbesondere aufgrund unklarer Kompetenzen des Bundes sowie teilweise sehr heterogenen Regelungen in den Kantonen zu **Zuständigkeitskonflikten** und damit entweder zu einer Untätigkeit sämtlicher Akteure oder dann zu genauso problematischen Mehrfachzuständigkeiten kommen könnte.⁶⁶⁶ Diesbezüglich besteht nach wie vor ein gewisses Verbesserungspotential.

Auch bei weiteren Aspekten der Sicherheitsarchitektur sind gewisse Lücken feststellbar: Zum einen ist die Schweiz in Bezug auf die **Forschung** im Polizeibereich im Vergleich zum Ausland im Hintertreffen und oft von der Arbeit anderer Länder abhängig. Gewisse Institute setzten sich zwar mit Polizeiforschung auseinander, eine eigentliche Polizeifachhochschule fehlt aber.⁶⁶⁷

Zum andern besteht auch in der **Aus- und Weiterbildung** des sicherheitspolizeilichen **Kaders** eine Lücke: Im Vergleich zu Deutschland, wo etwa die Bun-

⁶⁶⁰ MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 421.

⁶⁶¹ MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 421.

⁶⁶² HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83 und 87; HENSLER, Zusammenarbeit, S. 502; vgl. zu den Stärken unserer Sicherheitsarchitektur THOMANN, S. 417.

⁶⁶³ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 83 und 86.

⁶⁶⁴ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 86; zu den Stärken, welche der Föderalismus für das Sicherheitssystem Schweiz bewirkt vgl. auch BERICHT USIS II, S. 5.

⁶⁶⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 86.

⁶⁶⁶ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 87.

⁶⁶⁷ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 82.

despolizeiakademie die mittleren und höheren Kader ausbildet, fehlen in der Schweiz systematische Weiterbildungsmöglichkeiten.⁶⁶⁸

Besonders problematisch in unserer Sicherheitsarchitektur ist aber schliesslich, dass für Gefahrenlagen, denen die Polizeikorps mit ihren eigenen Ressourcen nicht Herr werden können, zwar gewisse Unterstützungsleistungen vorgesehen sind, nach wie vor aber **keine «polizeiliche Reserve»** gebildet wurde.⁶⁶⁹ Dies ist insofern delikant, als dass die meisten Polizeikorps der Schweiz zu geringe Bestände aufweisen.⁶⁷⁰ In Deutschland etwa werden Bereitschaftspolizeien geführt, welche sich heute primär als Dienstleister für die ordentlichen Polizeibehörden verstehen und deren Einheiten in besonderen Lagen sowie bei grossem Personalbedarf unterstützen.⁶⁷¹

Ob eine zu Deutschland analoge Lösung auch für die Schweiz anzustreben wäre, ob die kantonalen Polizeikorps aufgestockt werden müssten oder ob auf dem bisherigen System der Unterstützung durch andere (Bundes-)Sicherheitsorgane aufgebaut werden könnte, muss an dieser Stelle offen bleiben.⁶⁷² Nach der hier vertretenen Meinung kann jedenfalls eine Unterstützung und Zusammenarbeit durch und mit anderen bestehenden Sicherheitsakteuren durchaus sinnvoll und zulässig sein, sofern mindestens die drei folgenden **Voraussetzungen** erfüllt sind:

Erstens müssen deren **Kompetenzen klar geregelt** werden, wobei die Kantone immerhin in den wichtigsten Punkten übereinstimmen sollten.

Zweitens sollte das eingesetzte Personal, etwa des Grenzwachtkorps oder der militärischen Sicherheit, über eine mit den kantonalen Polizeibeamten **vergleichbare Ausbildung** verfügen. Denn eine gute Ausbildung ist eine der zentralen Massnahmen, um Machtmissbrauch von Sicherheitsbeamten entgegen zu wirken.⁶⁷³

⁶⁶⁸ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 82; zur Bundespolizeiakademie vgl. http://www.bundespolizei.de/Web/DE/05Die-Bundespolizei/03Organisation/03Akademie/Akademie_node.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁶⁶⁹ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 82; vgl. auch THOMANN, S. 417.

⁶⁷⁰ MOHLER, Polizeibestände, S. 62.

⁶⁷¹ Vgl. DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 93; GÖTZ, N 5 zu § 16; RACHOR, Nr. 61.

⁶⁷² Vgl. etwa MOHLER, Polizeibestände, S. 79 f., welcher ein freiwilliger Polizeidienst als Lösungsansatz prüft; für Vorschläge zu einem Ausbau der interkantonalen polizeilichen Zusammenarbeit vgl. auch THOMANN, S. 417 f.

⁶⁷³ ROSSAT-FAVRE, S. 418 und 421; vgl. auch etwa Kap. 2/2/I/3/D zu den Bestimmtheitsurrogaten.

Drittens sollte die übertragene öffentliche Gewalt **transparent** gemacht werden, was etwa durch das Tragen einer Uniform erreicht werden kann.⁶⁷⁴

V. Fazit: Mangelhafte Bestimmtheit sicherheitspolizeilicher Aufgaben

Wie vorne dargelegt wurde, sind sowohl die Funktion (Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen) als auch das Schutzgut (öffentliche Sicherheit) sicherheitspolizeilichen Handelns relativ **unbestimmt und wertungsabhängig**.⁶⁷⁵ Insbesondere hinsichtlich der abzuwehrenden Gefahren, welche einem stetigen Wandel unterliegen, sehr vielfältig und allenfalls nicht vorhersehbar sind, kann keine Gewissheit erreicht werden.⁶⁷⁶ Demgemäss zeigt sich die primäre **sicherheitspolizeiliche Aufgabe**, die «Abwehr von konkreten Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit», als **offen**, und es erscheint unmöglich, sie (abschliessend) konkret zu umschreiben.⁶⁷⁷ Vielmehr ändern sich die einzelnen Aufträge ständig, sind «multiforme».⁶⁷⁸

Etwa seit den Terroranschlägen am 11. September 2001 scheint sich das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung zu ändern: Wurde früher bei der Abwägung zwischen Sicherheit und Freiheit vermehrt letztere ins Zentrum gestellt, wird heute der Ruf nach mehr Sicherheit, nach mehr Prävention und damit nach mehr Intervention durch den Staat immer wie stärker.⁶⁷⁹ Die staatlichen und damit auch die sicherheitspolizeilichen Aufgaben **dehnen** sich so immer weiter **aus**.⁶⁸⁰

Vereinzelt gibt es sogar Gefahrensituationen, welche gar nicht vorausgesehen, deren Abwehr also auch gar **nicht normiert** werden kann: Die Polizei kann in

⁶⁷⁴ Vgl. LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 98.

⁶⁷⁵ Vgl. anstelle vieler MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 1 ff.; PFANDER, S. 82.

⁶⁷⁶ Vgl. etwa ENGELI, S. 181; JOST, S. 23 ff.; MANFRINI, S. 205; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 36; RITTER, S. 79; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 28 ff.; SUTTER, Staatshaftung, S. 28; BGE 130 I 369 ff. (382), E. 7.3.
⁶⁷⁷ MANFRINI, S. 205.

⁶⁷⁸ MANFRINI, S. 205; vgl. auch EGLI, 2012, S. 197; REINHARD, S. 151 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 25; BGE 136 I 87 ff. (90), E. 3.1; 132 I 49 ff. (58), E. 6.2; 128 I 327 ff. (340), E. 4.2; Urteil des BGer 1C_226/2009 vom 16. Dezember 2009, E. 4.2.1.

⁶⁷⁹ DENNINGER, Prävention, S. 222 ff.; FAVRE, enjeux, S. 17; PFANDER, S. 28 f.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

⁶⁸⁰ FAVRE, enjeux, S. 17.

solchen Ausnahmesituation unter restriktiven Voraussetzungen ohne gesetzliche Grundlage, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel, tätig werden.⁶⁸¹

Entsprechend sind auch der **Bestimmtheit der Aufgabennormen** in den Polizeigesetzen **Grenzen** gesetzt: Damit die Polizei über die notwendige Flexibilität verfügt, sind offene Normen, unbestimmte Rechtsbegriffe, das Einräumen von Ermessen sowie allenfalls auch das Delegieren gewisser Normierungsbefugnisse an den Verordnungsgeber unumgänglich.⁶⁸²

All diese Feststellungen sind für den dritten Teil dieser Arbeit von zentraler Bedeutung, haben sie doch direkte Auswirkungen auf eine allfällige **Haftung des Staates** für Schäden, welche aufgrund sicherheitspolizeilichen Handelns (bzw. Unterlassens) entstehen: Aus den Aufgaben der Polizei können sich direkt Schutzpflichten ergeben, deren Verletzung Widerrechtlichkeit und somit eine Staatshaftung begründet. Mangelhafte Bestimmtheit der sicherheitspolizeilichen Aufgaben führt so auch zu mangelhafter (Rechts-)Sicherheit bezüglich der Staatshaftung in einem Schadensfall.

Dass die staatliche, so auch die sicherheitspolizeiliche Intervention in den letzten Jahren stetig zunimmt, liesse zudem annehmen, dass sich bei unveränderten Haftungsgrundlagen auch die finanzielle Verantwortlichkeit und damit das Haftungsrisiko des Staates vergrössern.⁶⁸³ Denn wenn der Staat neue Schutzaufträge übernimmt, eine Gefahr aber nicht wie versprochen abwehrt, dann trägt er zu einem allenfalls entstandenen Schaden durch sein (mangelhaftes) Tun oder Unterlassen ebenfalls seinen Teil bei.⁶⁸⁴ Sicherlich übernimmt der Staat mit seiner «Einmischung» jeweils auch eine gewisse finanzielle Verantwortung.⁶⁸⁵ Wie weit diese reicht, ist aber jeweils im Einzelfall anhand des Schutzzwecks der entsprechenden Normierungen sowie der Art der staatlichen Intervention zu beurteilen.⁶⁸⁶ In anderen Bereichen, etwa bei der Aufsicht über den Finanzmarkt sowie die berufliche Vorsorge, hat er sie denn auch stark eingeschränkt.⁶⁸⁷ Wie

⁶⁸¹ Vgl. anstelle vieler MOHLER, Polizeirecht, Nr. 730 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 26 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 ff. zu § 56; vgl. auch Kap. 2/2/I/B.

⁶⁸² PFANDER, S. 52 f.; REINHARD, S. 151 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 379; vgl. HUBER, S. 241, wonach die Vorstellung falsch sei, das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für Polizeieingriffe lähme die Polizeibehörde – der Einsatz könne lediglich nicht vollständig normiert werden, wohl aber in den Grundzügen; vgl. zur Normdichte im Polizeirecht Kap. 2/2/I/3.

⁶⁸³ SUTTER, Diskrepanz, S. 569.

⁶⁸⁴ SUTTER, Naturgefahren, S. 179.

⁶⁸⁵ SOBOTICH, S. 10; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 408.

⁶⁸⁶ SOBOTICH, S. 10 f.

⁶⁸⁷ SUTTER, Diskrepanz, S. 569.

es sich hinsichtlich sicherheitspolizeilichen Handelns verhält, ist im dritten Teil dieser Arbeit zu untersuchen.

Die Unbestimmtheit der polizeilichen Aufgabennormen hat zudem Konsequenzen für den zweiten Teil dieser Arbeit und wird insbesondere bei der Besprechung der **rechtsstaatlichen Grundsätze** sicherheitspolizeilicher Tätigkeit noch einmal zu thematisieren sein.⁶⁸⁸ Insbesondere öffnet sie ein Spannungsfeld zum Legalitätsprinzip:⁶⁸⁹ Auf der einen Seite benötigt die Polizei für ein zügiges und situationsgerechtes Reagieren auf (neue) Gefahrensituationen genügende Handlungs- und Entscheidungsfreiräume, insbesondere offene Normen sowie gewisse Normierungsbefugnisse auf Verordnungsebene.⁶⁹⁰ Auf der anderen Seite bestimmen polizeiliche Aufgabennormen gleichzeitig den Anwendungsbereich der polizeilichen Befugnisse,⁶⁹¹ zu welchen auch etwa die Zwangsanwendung gehört,⁶⁹² mit welcher unter Umständen stark in die (Grund-)Rechte der Bürger eingegriffen wird.⁶⁹³ Entsprechend müsste der sicherheitspolizeiliche Aufgabenbereich oder dann immerhin das darauf gestützte sicherheitspolizeiliche Handeln auf Gesetzesstufe genügend bestimmt geregelt sein, um überflüssige oder gar ungerechtfertigte Eingriffe in Grundrechte unterbinden zu können.⁶⁹⁴ Im nächsten Kapitel sind deshalb die sicherheitspolizeilichen Handlungsinstrumente zu untersuchen und im Besonderen zu beurteilen, wie (un)genau diese gesetzlich determiniert sind und inwieweit sie die Rechte der Bürger zu tangieren vermögen.

⁶⁸⁸ Vgl. Kap. 2/2.

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu Kap. 2/2/I, insbes. Kap. 2/2/I/1/C zum Spannungsverhältnis und Kap. 2/2/I/3 zur Normdichte im Polizeirecht.

⁶⁹⁰ PFANDER, S. 52 f.; REINHARD, S. 151 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 379.

⁶⁹¹ PFANDER, S. 80; REINHARD, S. 206 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 2.

⁶⁹² Vgl. anstelle vieler Art. 27 ff. PolG GL; Art. 23 ff. PolG GR; Art. 55 PolG NE.

⁶⁹³ Vgl. TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 3.

⁶⁹⁴ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 379 f.; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 56.

3. Kapitel: Sicherheitspolizeiliche Massnahmen

I. Einleitung

In den letzten beiden Kapiteln wurde zuerst der für diese Arbeit relevante Polizeibegriff erläutert und sodann dargelegt, **was** diese Polizei zu erledigen hat, welches also ihre Aufgaben sind. In diesem Kapitel soll nun untersucht werden, **wie** sie handelt.

Im folgenden Abschnitt wird zuerst analysiert, welche Rechtsnatur die typischen sicherheitspolizeilichen Massnahmen haben, und dann, mit Blick auf den zweiten und dritten Teil dieser Arbeit, die für uns primär relevante Handlungsform definiert (Kap. 1/3/II).

Anschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die sicherheitspolizeilichen Akteure sowohl nicht-hoheitlich wie auch hoheitlich tätig werden, wobei grds. nur letzteres eine zur Aufgabennorm zusätzliche gesetzliche Grundlage, eine sogenannte Befugnisnorm erfordert, welche den unterschiedlichsten Rechtsquellen entnommen werden kann (Kap. 1/3/III).

In der Folge wird auf diese sicherheitspolizeilichen Befugnisnormen und Massnahmen der Kantone (Kap. 1/3/IV), des Bundes (Kap. 1/3/V) sowie privater Sicherheitsdienste (Kap. 1/3/VI) eingegangen, bevor dieser Teil der Arbeit mit einem Fazit abgeschlossen wird (Kap. 1/3/VII).

Bei der Darstellung der einzelnen Massnahmen rechtfertigt es sich, ein im Vergleich zum letzten Kapitel unterschiedliches Vorgehen zu wählen:

Da primär die Kantone für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit zuständig sind, kommen dem Bund grds. nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen Kompetenznorm sicherheitspolizeiliche Aufgaben zu. Dies bedeutete für die Besprechung der Aufgaben, zuerst jene auf Bundesebene zu besprechen, da grds. alle übrigen den Kantonen obliegen.¹

Für die Besprechung der Massnahmen und Befugnisse fordert es aber genau das Gegenteil: Mangels allgemeinem sicherheitspolizeilichen Auftrag fehlt auch ein allgemeiner Polizeierlass auf Bundesebene, weshalb die diesbezüglichen sicherheitspolizeilichen Befugnisse in unzähligen Normen unterschiedlichster Art geregelt sind. Von diesen sollen nur ein paar ausgewählte – nämlich das ZAG, Bestimmungen zur Armee, zum Grenzwachtkorps und zum Nachrichtendienst – besprochen werden. Auf kantonaler Ebene hingegen werden die standardisierten Handlungsformen der kantonalen Polizeikorps zumindest in den Grundzügen

¹ Vgl. Kap. 1/2/IV/2.

durch die allgemeinen Polizeigesetze geregelt,² weshalb bei der Darstellung der sicherheitspolizeilichen Massnahmen mit der kantonalen Ebene zu beginnen ist.

II. Qualifikation der typischen sicherheitspolizeilichen Massnahmen

1. Einleitung

Gemäss MOHLER's Definition der Polizeigüter sind jene, «die vom Sicherheitsbegriff erfassten Rechtsgüter», durch die «zuständigen Behörden (und beauftragten Organisationen)» mittels «hinreichende[n] **Rechtsnormen** und durch **Rechts- und Realakte** [...] zu schützen».³ Polizeiliches Handeln kann also grds. in den unterschiedlichsten Formen, etwa in allgemeinen Regelungen, Bewilligungspflichten, Verfügungen oder auch rein tatsächlichem Handeln erfolgen.⁴

Im folgenden Kapitel soll zuerst der Begriff des Realaktes (Kap. 1/3/II/2) genauer erläutert werden, bevor in der Folge den Realakten im Polizeirecht (Kap. 1/3/II/3) ein Kapitel gewidmet wird, um anhand davon abschliessend darlegen zu können, weshalb in der vorliegenden Untersuchung die Realakte – insbesondere eine bestimmte Kategorie – im Vordergrund stehen müssen (Kap. 1/3/II/4).

2. Begriff des Realaktes

A) Unterschiedliche Terminologie

Als die Schweizer Verwaltungsrechtsdoktrin vor etwa 100 Jahren begann, die Handlungsarten des Staates in verschiedene Kategorien einzuteilen, war in erster Linie die Verfügung, kaum aber dessen «tatsächliches Handeln» von Interesse.⁵ Erst später, insbesondere gegen Ende des 20. Jahrhunderts, setzte sich die Doktrin aufgrund eines offenkundigen Defizits im Bereich des Rechtsschutzes auch mit dem Begriff des Realaktes auseinander.⁶

Letzterer wird in zweierlei Hinsicht gebraucht: Zum einen steht er für eine Art staatlichen Handelns, welches nicht an die ordentlichen verfahrensrechtlichen Regeln, insbesondere nicht jene zum Verwaltungsrechtsschutz, gebunden ist,

² Vgl. etwa SCHWEGLER, Nr. 64 für den Kanton Bern.

³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 122; vgl. auch GENNER, Abgrenzung, S. 1153 zur Entstehung von Rechtsverhältnissen zwischen Privaten und dem Staat.

⁴ ANDEREGG, Nr. 460 und 473; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2450 ff.; REINHARD, S. 210 ff.

⁵ MÜLLER, Rechtsschutz, S. 315 f.; vgl. auch WALDMANN, S. 489 f.

⁶ MÜLLER, Rechtsschutz, S. 316 f.; als erster GIACOMETTI, S. 53 ff.

sich mithin **verfahrensfrei** ereignet.⁷ Zum andern bezeichnet er als «**Auffang- und Sammelbegriff**» sämtliche staatlichen Tätigkeiten, welche nicht als Rechtsakt, das heisst als Verfügung, Vertrag, Plan oder Erlass,⁸ erfolgen,⁹ also insbesondere die Voraussetzungen von Art. 5 VwVG erfüllen.¹⁰

Keineswegs wird aber immer der Begriff des Realaktes verwendet. Vielmehr wird das gleiche auch etwa als Tat- oder Vollzugshandlung, tatsächliches, schlichtes, einfaches, informelles oder verfahrensfreies Verwaltungshandeln bezeichnet.¹¹ Diese Terminologien sind allerdings mehrheitlich nicht dazu geeignet, die entsprechende Tätigkeit von Rechtsakten abzugrenzen.¹² Insbesondere sagt die **Form** staatlichen Handelns nichts über dessen Qualifizierung aus.¹³ Ob sich beispielsweise eine Handlung als Verfügung im materiellen Sinn qualifiziert hängt einzig davon ab, ob deren Merkmale gemäss Art. 5 VwVG vorliegen. Die Erfüllung der formellen Voraussetzungen spielt hingegen keine Rolle. Mit anderen Worten bleiben Verfügungen im materiellen Sinn auch dann Verfügungen, wenn sie formlos erfolgen oder mit Formfehlern behaftet sind – andere Akte werden hingegen nicht zu solchen, nur weil sie deren Formvorschriften erfüllen.¹⁴ Formfreiheit kann also höchstens ein Indiz für das Vorliegen eines Realaktes sein.¹⁵

⁷ MÜLLER, Rechtsschutz, S. 318; vgl. für die Verfügung auch GYGI, Verwaltungsrecht, S. 123 f.; MÜLLER, VwVG-Kommentar, N 5 zu Art. 5 VwVG.

⁸ HUNOLD, Nr. 239; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 322; SUTTER, Staatshaftung, S. 34.

⁹ MÜLLER, Rechtsschutz, S. 317 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 38; vgl. auch HÄNER, N 7 zu Art. 25a VwVG; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 6 zu Art. 25a VwVG.

¹⁰ Vgl. hierzu auch HÄNER, N 6 ff. zu Art. 25a VwVG; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Nr. 363; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 22 ff. und 142; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 6 zu Art. 25a VwVG; Urteil des BVGE A-101/2011 vom 7. September 2011, E. 4.1; A-3144/2008 vom 27. Mai 2009, E. 13.1.

¹¹ FELLER, S. 21; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 855; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 318 m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 38; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 25 ff.

¹² Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 855.

¹³ GENNER, Abgrenzung, S. 1156; MÜLLER, Schleichwege, S. 61; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 327; deshalb ungenau die Aussage «Realakte sind dadurch definiert, dass sie formlos [...] zustande kommen» bei KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 328.

¹⁴ GENNER, Verfügungspflicht, S. 2; GENNER, Abgrenzung, S. 1156; HUNOLD, Nr. 238 und Fn. 387 sowie Nr. 241 m.w.H.; MÜLLER, Schleichwege, S. 61; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 327; vgl. auch; MÜLLER, VwVG-Kommentar, N 7 zu Art. 5 VwVG; SCHINDLER, S. 218; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 38; Urteil des BVGE A-3627/2009 vom 21. August 2009, E. 1.1.4.

¹⁵ MÜLLER, Schleichwege, S. 61.

B) Handlungszweck als Unterscheidungskriterium von Real- und Rechtsakt

Da die Form einer Handlung lediglich als Indiz für deren Kategorisierung dienen kann, wird in der Lehre regelmässig ausgeführt, die Abgrenzung zwischen Rechts- und Realakt sei schwierig und der Handlungszweck das einzige, was sie unterscheidet.¹⁶ Während Rechtsakte primär auf einen **Rechtserfolg** abzielen, also unmittelbar die Rechtslage regeln wollen, sind Realakte in erster Linie auf einen **Taterfolg** gerichtet und haben den Zweck, unmittelbar die Faktenlage zu gestalten.¹⁷

Dieser Ansatz ist in zweierlei Hinsicht zu ergänzen: Einerseits können auch bei Realakten Rechtswirkungen eintreten, ebenso Rechtsakte Änderungen der Faktenlage herbeiführen.¹⁸ Diese Wirkungen sind aber jeweils nicht **eigentliches Ziel**, werden also nicht beabsichtigt.¹⁹ Andererseits ist Handlungszweck im Gegensatz zum Privatrecht nicht (nur), was die Behörde oder der Beamte subjektiv beabsichtigt, sondern vielmehr, was sich als **objektive Handlungsabsicht** aus dem jeweiligen öffentlichen Interesse sowie den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen ableiten lässt.²⁰

¹⁶ GENNER, Abgrenzung, S. 1153 ff., insbes. S. 1157; HUNOLD, Nr. 238; MAYHALL, S. 274; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 855; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 ff. zu § 38; WALDMANN, S. 490 f.; vgl. ausführlich GIACOMETTI, S. 53 ff.

¹⁷ Vgl. ANDEREGG, Nr. 475 m.w.H.; FELLER, S. 21; GENNER, Abgrenzung, S. 1157; GYGI, Staatshaftung, S. 228; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 730a und 737; HÄNER, N 3 und 6 zu Art. 25a VwVG; HUNOLD, Nr. 238; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 855; MOHLER, Realakte, S. 462; MOOR/POLTIER, S. 28; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 319; MÜLLER, VwVG-Kommentar, N 39 f. zu Art. 5 VwVG; POLTIER, S. 56 f.; REINHARD, S. 211; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 ff. zu § 38; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 22 m.w.H.; WALDMANN, S. 490; vgl. auch BGE 130 I 369 ff. (377 ff.), E. 6.1; 128 I 167 ff.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. April 2007, publiziert in BVR 2007, S. 441 ff. (447), E. 3.2.

¹⁸ Vgl. BGE 130 I 369 ff. (379), E. 6.1; GENNER, Abgrenzung, S. 1157; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 730a und 737; MOHLER, Realakte, S. 462 m.w.H.; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 319 f.; REINHARD, S. 211 f.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1189; SCHWEIZER, SGK, N 2 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 3 f. und 18 zu § 38.

¹⁹ Vgl. FELLER, S. 21; GENNER, Abgrenzung, S. 1154; HUNOLD, Nr. 238 Fn. 392; MÜLLER, Urteilsbesprechung, S. 496; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 320 und 353; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 f. zu § 38; kritisch zu dieser Unterscheidung TSCHOPP-CHRISTEN, S. 23 f.

²⁰ GENNER, Abgrenzung, S. 1154 Fn. 5; HUNOLD, Nr. 238 Fn. 386; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 319.

Zu Recht wird die Unterscheidung anhand des Handlungszwecks selbst nach dieser Konkretisierung bzw. Relativierung von Teilen der Lehre kritisch beurteilt: Zum einen haben staatliche Akte meistens **keinen homogenen Handlungszweck**. Mit anderen Worten wird regelmässig sowohl die Gestaltung der Rechts- wie auch der Faktenlage bezweckt, wobei dies oft untrennbar miteinander verbunden ist. Selbst wenn der eine Zweck überwiegt, so prägt er niemals alleine das staatliche Handeln.²¹ Zum andern muss sich jede staatliche Tätigkeit im Rahmen des Rechts bewegen und auf rechtliche Grundlagen stützen, ist also unabhängig vom Handlungszweck immer **Rechts(anwendungs)akt**.²² Insbesondere im sicherheitspolizeilichen Bereich, der besonders grundrechtssensibel ist, kann entsprechend auch ein Realakt gegen Rechtsnormen verstossen und damit Rechtsstreitigkeiten bewirken.²³

3. Realakte im Polizeirecht

A) Realakte als wichtigste Erscheinungsform sicherheitspolizeilichen Handelns

Gemäss Bundesgericht und einem Teil der Lehre handelt es sich beispielsweise bei sicherheitspolizeilichen Anhaltungen, Wegweisungen, Fernhaltungen und auch Kontrollen um **(verfügungsvertretende) Realakte**.²⁴ Ein anderer Teil der Lehre qualifiziert solche Handlungen hingegen als **(verfahrensfreie) Verfügungen**, bei welchen aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit ausnahmsweise auf ein Verwaltungsverfahren verzichtet werden darf.²⁵

Unklar erscheint etwa die Kategorisierung von Wegweisungen und Fernhaltungen. Insbesondere, wenn diese unmittelbar mündlich angeordnet werden, rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Meinung eine Qualifikation als Realakt.²⁶ Denn diesfalls erfolgen sie verfahrensfrei, sind sofort vollstreckbar, zudem

²¹ GIACOMETTI, S. 56 f.; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 320.

²² MÜLLER, Rechtsschutz, S. 320 und 330 f.; SCHINDLER, S. 218; vgl. auch FELLER, S. 21; GENNER, Verfügungspflicht, S. 35 m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 38; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 45 f.; speziell zum Polizeirecht MOHLER, Polizeirecht, Nr. 869.

²³ SCHINDLER, S. 218; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 38.

²⁴ BGE 130 I 369 ff. (379 f.), E. 6.1; 128 I 167 (174), E. 4.5; SCHWEGLER, Nr. 88; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 f. zu § 38; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 8 zu Art. 25a VwVG; vgl. auch MÜLLER, Schleichwege, S. 65; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 326; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. April 2007, publiziert in BVR 2007, S. 441 ff. (447), E. 3.2.

²⁵ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 316 f.; vgl. auch MÜLLER, VwVG-Kommentar, N 9 zu Art. 5 VwVG; so wohl auch STRASSER, S. 4 f.

²⁶ Vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 88 m.w.H.

überwiegen deren Auswirkungen auf die Faktenlage, sie sind also in erster Linie auf einen Taterfolg gerichtet. Gewisse Polizeigesetze schreiben indes als Handlungsinstrument bei Wegweisungen und Fernhaltungen, wohl zur Gewährleistung des Rechtsschutzes, die Verfügung vor – teils für Wegweisungen und Fernhaltungen generell,²⁷ teils nur in spezifischen Situationen, beispielsweise für den Fall, dass sich die betroffene Person der Massnahme widersetzt^{28, 29}.

Wie dem folgenden Abschnitt zu den sicherheitspolizeilichen Massnahmen der Kantone (Kap. 1/3/IV) entnommen werden kann, bezwecken diese, etwa Zugangsverweigerungen,³⁰ Polizeikontrollen und Rückweisungen,³¹ zumeist das Erreichen eines bestimmten faktischen Zustands und sind regelmässig nicht formalisiert, erfolgen also **mehrheitlich in Form von Realakten**.³² Mit anderen Worten sind letztere die in der Praxis wichtigste Erscheinungsform sicherheitspolizeilichen Handelns.³³ Montesquieu sah in der Polizei sogar nur die Tätigkeit, «den Bürger durch Realakte an seine Rechte und Pflichten zu erinnern».³⁴

B) Rechtswirkungen sicherheitspolizeilicher Realakte

Im Polizeirecht bereitet die Abgrenzung von Rechts- und Realakten vermutlich unter anderem deshalb Schwierigkeiten, weil Rechts- und Tathandeln oft zwingend miteinander verbunden sind und die Abgrenzung anhand des Handlungszwecks nur beschränkt funktioniert.³⁵ Wird beispielsweise eine Person daran gehindert, an einer Demonstration teilzunehmen, so erfolgt dies zwar mittels tatsächlichen Handelns. Vermutungsweise wird mit der Fernhaltung aber ein Poli-

²⁷ Art. 29 Abs. 2 PolG BE.

²⁸ § 34 Abs. 1 PolG ZH.

²⁹ Vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 88; vgl. hierzu kritisch auch Kap. 2/4/I.

³⁰ BGE 130 I 369 ff. (379), E. 6.1.

³¹ BGE 128 I 167 ff. (174), E. 4.5.

³² Vgl. etwa JAAG/RÜSSLI, Nr. 3802 und 3824; MANFRINI, S. 207; MOOR/POLTIER, S. 28 und 31; MÜLLER, Schleichwege, S. 65; REINHARD, S. 211; RÉMY, S. 18 f.; ZUMSTEG, S. 11 f.; BGE 130 I 369 ff. (377 ff.), E. 6.1; 128 I 167 ff. (174), E. 4.5; wobei die Formfreiheit lediglich ein Indiz dafür sein kann, dass es sich um einen Realakt handelt – tatsächlich entscheidend für die Qualifizierung der staatlichen Handlung sind deren Inhalt und Struktur, vgl. dazu MÜLLER, Schleichwege, S. 61.

³³ Vgl. etwa ANDEREGG, Nr. 460 mit Verweis auf HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2431; vgl. hingegen noch STRASSER, S. 4 f., wonach es sich bei den polizeilichen Zwangsmassnahmen um «Verwaltungsakte» handle.

³⁴ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 10.

³⁵ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 427; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 855 ff.; MOHLER, Realakte, S. 464; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 55; vgl. auch RÉMY, S. 20.

zeibefehl ausgeführt, welcher die Rechte und Pflichten des Demonstranten gestaltet.³⁶

MOHLER führt zu Recht aus, es gebe generell nur wenige Realakte, welche nicht in Rechtspositionen eingreifen.³⁷ Die **meisten Realakte** würden zumindest verwaltungsintern, so etwa konkrete Aufträge und Anweisungen, oder dann gar für Dritte **Rechtswirkungen** erzeugen.³⁸ Entsprechend diesen Rechtswirkungen teilt er die Realakte in verschiedene Kategorien ein, wobei er als erstes nicht intervenierende von direkt oder informationell intervenierenden Realakten unterscheidet.³⁹

Die **nicht intervenierenden Realakten** würden entweder gar nicht in Rechtspositionen eingreifen – so beispielsweise Aktenstudium, informelle Besprechungen, Patrouillenfahrten, Medieninformationen sowie Ausbildungsveranstaltungen – oder dann – wie etwa Empfehlungen, Beschlüsse sowie nicht personenbezogene Datenbearbeitung – nur mittelbare Rechtswirkung zeitigen.

Die **direkt oder informationell intervenierenden Realakte** würden hingegen Aussen-Rechtswirkungen beabsichtigen. Er teilt diese gemäss gängiger Praxis in urteilsbezogene, verfügungsbezogene sowie verfügungsfreie (verfügungsvertretende/nicht verfügungsvertretende) Realakte ein.

Beispielsweise Personenkontrollen, Atemlufttests oder Gewahrsamnahme haben gemäss MOHLER Eingriffscharakter, da die Rechtsbeschränkungen unmittelbare und beabsichtigte Wirkung seien – und dies gar in zweierlei Hinsicht:⁴⁰ Erstes beabsichtigtes Ergebnis sei jeweils, die Rechtsordnung zu schützen, d.h. die öffentliche Sicherheit zu bewahren, weitere gesetzlich vorgegebene Aufgaben zu erfüllen oder Grundrechten Schutz zu gewähren. Zweite beabsichtigte Wirkung sei die gezielte Einschränkung von Freiheitsrechten einer oder mehrerer Personen.⁴¹

Im ersten Punkt ist MOHLER zuzustimmen. Die zweite Rechtswirkung erscheint aber regelmässig nicht als direktes Ziel staatlichen Handelns: Wird eine betrunkenene Person, welche andere belästigt, von der Polizei in Gewahrsam genommen, so geschieht dies primär, um die anderen Personen zu schützen und die öffentliche Sicherheit zu wahren. Dass gleichzeitig die persönliche Freiheit des Betrunkenen beschränkt wird, kann nur unerwünschte Nebenfolge sein, ist doch, «wer

³⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 55; vgl. auch BGE 130 I 369 ff.

³⁷ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 855.

³⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 856 ff.

³⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 859 ff.; MOHLER, Realakte, S. 465 ff.; vgl. zu möglichen Kategorien auch MOOR/POLTIER, S. 28 f.

⁴⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 864 ff.; MOHLER, Realakte, S. 464.

⁴¹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 870; MOHLER, Realakte, S. 462 ff.

staatliche Aufgaben wahrnimmt, [...] an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.»⁴²

MOHLER kann aber beigespflichtet werden, dass viele sicherheitspolizeiliche Massnahmen meistens gar Grundrechte eingreifen und so bedeutsame Rechtswirkungen tätigen, welche regelmässig unmittelbarer sind als die jedes Rechtsaktes, der jeweils noch speziell vollstreckt werden muss.⁴³ Dennoch bleibt es dabei, dass sie Rechte und Pflichten der Betroffenen berühren (bzw. verletzen), nicht aber unmittelbar regeln, und somit als Real- und nicht als Rechtsakt zu qualifizieren sind.⁴⁴

4. Verfügungsfreie direkt intervenierende Realakte als relevanter Untersuchungsgegenstand

Zusammenfassend kann also noch einmal betont werden, dass **Rechtsakte** im Polizeirecht **selten** sind: In Frage kommen etwa Rayonverbote, die Aufforderung, sich bei der Polizei zu melden oder sich von der ehelichen Wohnung fern zu halten, wie auch die Anordnung von Polizeigewahrsam.⁴⁵

Die Beispiele für **polizeiliche Realakte** sind entsprechend **zahlreicher**: Einerseits gehört das Informationshandeln, beispielsweise Zusicherungen, Empfehlungen und Warnungen – in jüngerer Zeit auch mittels Social Media-Plattformen – dazu.⁴⁶ Andererseits fallen aber auch die meisten konkreten Massnahmen zur Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit, also das für diese Arbeit relevante sicherheitspolizeiliche Handeln, darunter: Anhaltungen, Wegweisungen, Fernhaltungen oder auch etwa Observationen werden normalerweise nicht verfügt.⁴⁷ Von besonderer Bedeutung ist dabei die Anwendung polizeilichen Zwangs, vor allem der Einsatz von Waffen,⁴⁸ oder – aufgrund der Aktualität – der Gebrauch von Drohnen zu Überwachungszwe-

⁴² Art. 35 Abs. 2 BV; vgl. auch MÜLLER, Rechtsschutz, S. 353.

⁴³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 870 und 878; vgl. auch SCHWEIZER, SGK, N 2 zu Art. 36 BV, wonach auch Realakte «Grundrechte direkt beeinträchtigen» können.

⁴⁴ HÄNER, N 27 zu Art. 25a VwVG; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 353; RIVA, S. 341 f.; vgl. auch WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 19 ff. zu Art. 25a VwVG.

⁴⁵ MOHLER, Realakte, S. 464 f.; RÉMY, S. 20.

⁴⁶ SUTTER, Staatshaftung, S. 34 f. mit Verweis auf LANGER, S. 946 ff., 950 f. und 954 ff. sowie BGE 118 Ib 473 ff. (483), E. 18.

⁴⁷ MÜLLER, Schleichwege, S. 65; vgl. auch etwa POLTIER, S. 57; ZUMSTEG, S. 11 f.

⁴⁸ SUTTER, Staatshaftung, S. 35; vgl. auch das Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, insbes. E. 3 und den Kommentar von AUER, S. 382 ff.

cken⁴⁹.⁵⁰ Schliesslich gilt auch das Unterlassen einer Intervention, zu welcher die Polizei verpflichtet gewesen wäre, als Realakt.⁵¹

Bei der Besprechung des Rechtsschutzes im zweiten, sowie der Staatshaftung im dritten Teil dieser Arbeit, werden wir uns denn auch auf die Realakte beschränken. Dabei ist die Kategorie der nicht intervenierenden Realakte mangels (unmittelbarem) Eingriff in Rechtspositionen und somit regelmässig mangels staatshaftungsbegründender Widerrechtlichkeit und Schaden von untergeordnetem Interesse. Dasselbe gilt für die rechtsaktbezogenen Realakte, welche insofern weniger Probleme bereiten, als deren Inhalt von einem Rechtsakt abhängt und sich allfällige Rechtsstreitigkeiten folglich auf diesen selbst und nicht dessen Vollzug beziehen.⁵²

Die informationell intervenierenden Realakte wiederum erfahren einerseits durch die Datenschutzerlasse gewisse Spezialregelungen, deren Behandlung den Umfang der vorliegenden Arbeit sprengen würde, andererseits lassen sich kaum Situationen vorstellen, in denen eine reine Datenbearbeitung zu einer Vermögenseinbusse führt. Entsprechend sollen sie in der Folge zwar nicht gänzlich ausgeklammert, allerdings nur vereinzelt behandelt werden.

Für uns stehen somit die **verfügungsfreien direkt intervenierenden Realakte** im Zentrum: Selbst wenn man der Ansicht ist, dass die meisten solcher Massnahmen zur Abwehr von konkreten Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit nicht direkt auf Rechtswirkungen abzielen, sind sie doch regelmässig mit Eingriffen in die Rechte der Bürger verbunden⁵³ und können letzteren, v.a. beim Einsatz von Zwangsmitteln, Schaden zufügen.⁵⁴ Entsprechend sind ihnen genügende (rechtsstaatliche) Grenzen vorzugeben sowie ein ausreichender Rechtsschutz zu gewährleisten.

⁴⁹ SUTTER, Staatshaftung, S. 35 mit Verweis auf STEIGER, S. 169 ff. und Urteil des BVGE A-2482/2007 vom 26. Juni 2007, insbes. E. 2.3. und 2.5.

⁵⁰ Zu den verschiedenen Erscheinungsformen von Realakten vgl. auch HÄNER, N 7 zu Art. 25a VwVG; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 322 ff.

⁵¹ So auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 880; MOHLER, Realakte, S. 470 f.; vgl. auch HÄNER, N 11 zu Art. 25a VwVG; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Nr. 365; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 330; POLTIER, S. 57; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 11 zu Art. 25a VwVG.

⁵² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 883; MOHLER, Realakte, S. 466; MOOR/POLTIER, S. 29; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 38.

⁵³ Vgl. LANGENEGGER, S. 140; SCHWEIZER, SGK, N 2 zu Art. 36 BV; STRASSER, S. 10 ff.; BGE 130 I 369 ff. (377 ff.), E. 6.1.

⁵⁴ Vgl. etwa MANFRINI, S. 207; vgl. auch etwa Kap. 1/3/IV/2 zu den Zwangsmitteln der kantonalen Polizeikorps.

Bei sicherheitspolizeilichen Realakten kann das ordentliche Verwaltungsverfahren aber regelmässig nicht vollständig zur Anwendung gelangen, weshalb sie häufig unzureichend angekündigt sowie begründet werden, folglich das rechtliche Gehör nicht genügend gewährleistet wird.⁵⁵

Des Weiteren wird in der Doktrin oft ausgeführt, dass hinsichtlich Realakten die üblichen Wege, die Rechtmässigkeit zu überprüfen, nicht offen stehen würden und der Rechtsschutz in diesem Bereich mangelhaft sei.⁵⁶ Diese Aussage ist zwar seit Einführung des Art. 29a BV und dem Verfahren des Art. 25a VwVG zu relativieren.⁵⁷ Wie zu zeigen sein wird, weisen die Rechtsschutzmöglichkeiten im Bereich des sicherheitspolizeilichen Handelns aber nach wie vor gewisse Defizite auf. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass Realakte und die daraus folgenden Schädigungen in der Regel irreversibel sind.⁵⁸

Entsprechend kommt der **Staatshaftung** in solchen Fällen eine besondere Bedeutung zu.⁵⁹ Sie ist gerade «auf rechtswidrige, schädigende Realakte zugeschnitten».⁶⁰ Bei Rechtsakten sind die Möglichkeiten, Staatshaftungsverfahren einzuleiten, hingegen beschränkt: Zum einen bestimmt Art. 12 VG, dass «die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile [...] nicht in einem Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden» kann.⁶¹ Zum andern setzt die Widerrechtlichkeit bei Rechtsakten einen besonderen Fehler, das Verletzen einer wesentlichen Pflicht, voraus.⁶²

⁵⁵ RÉMY, S. 18.

⁵⁶ FELLER, S. 23; MANFRINI, S. 208; MOOR/POLTIER, S. 39 ff.; RÉMY, S. 18 f.; zur alten Rechtslage vor Einführung von Art. 29a BV vgl. noch RICHLI, 1998, S. 1426 ff. und RICHLI, 1992, S. 196 ff.; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 1 zu Art. 25a VwVG; vgl. auch Kap. 2/4/III.

⁵⁷ RÉMY, S. 18 f.; vgl. auch Kap. 2/4/II.

⁵⁸ Vgl. GYGI, Staatshaftung, S. 224; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 443; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331.

⁵⁹ Vgl. GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1429 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 426 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1590; MOOR/POLTIER, S. 39; RÉMY, S. 19; SCHINDLER, S. 215 ff., insbes. S. 221.

⁶⁰ FELLER, S. 25; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 42 zu § 62; vgl. auch etwa JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 76; WICHTERMANN, Nr. 29.

⁶¹ Vgl. anstelle vieler HUNOLD, Nr. 263 ff. m.w.H.; WICHTERMANN, Nr. 30 f.

⁶² BGE 118 Ib 163 f. (164), E. 2; vgl. anstelle vieler HUNOLD, Nr. 314 ff. m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 42 f. zu § 62.

III. Vielfalt sicherheitspolizeilicher Tätigkeit

1. Nicht-hoheitliche und hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit

Die zuvor umfangreich umschriebenen sicherheitspolizeilichen Aufgaben bedürfen eines sicherheitspolizeilichen Tätigwerdens in vielfältiger Art und Weise.⁶³

Zu einem Grossteil handelt es sich dabei um **nicht-hoheitliches Eigenhandeln** der Polizeibehörden. Der Begriff des hoheitlichen Handelns, keineswegs eindeutig, wird an dieser Stelle im Sinne der Anwendung von Zwang bzw. öffentlicher Gewalt verstanden.⁶⁴ Nicht-hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten betreffen entsprechend weder das Gewaltmonopol noch beeinträchtigen sie die Grundrechte der Bürger.⁶⁵ Es handelt sich also, in den zuvor verwendeten Worten von MOHLER, um nicht intervenierende Realakte.⁶⁶ Zu denken ist etwa an Kontrollgänge und Streifenfahrten, an die Beratungstätigkeit zur Prävention von Verbrechen und die Verkehrserziehung an Schulen, aber teilweise auch an Massnahmen der Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit wie die Rettung eines Ertrinkenden, die Räumung einer Unfallstelle oder die Tötung eines tollwütigen herrenlosen Raubtiers.⁶⁷ In all diesen Fällen kann die Polizei ihr Handeln direkt auf die Aufgabennorm stützen, bedarf also keiner zusätzlichen gesetzlichen Legitimation.⁶⁸

Anders verhält es sich, wenn die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit **hoheitlich** und im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols erfolgt, insbesondere, wenn damit **Grundrechtseingriffe** verbunden sind.⁶⁹ In MOHLER's Worten, wenn sich die Polizei direkt intervenierenden Realakten bedient.⁷⁰ Diese müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen, also durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein, den Kerngehalt des Grundrechts wahren sowie

⁶³ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 1.

⁶⁴ Vgl. dazu auch Kap. 3/3/II/1 sowie JAAG, Revision, S. 54; MAYHALL, S. 215 f. m.w.H.; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 155.

⁶⁵ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 341 f.; GAMMA, S. 36 f.; PFANDER, S. 98 f.; RAUBER, S. 66 f.; REINHARD, S. 206 f. und 211.

⁶⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 859 ff.; MOHLER, Realakte, S. 465 ff.

⁶⁷ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 341 f.; GAMMA, S. 36 f.; GUSY, Nr. 165 f.; PFANDER, S. 98; RAUBER, S. 66; REINHARD, S. 118 und Fn. 75 sowie S. 211.

⁶⁸ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 341 f.; GAMMA, S. 36 f.; GUSY, Nr. 165; PFANDER, S. 99; RAUBER, S. 67; REINHARD, S. 118 und 206; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 4.

⁶⁹ GAMMA, S. 37 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 23; RAUBER, S. 67 ff.

⁷⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 859 ff.; MOHLER, Realakte, S. 465 ff.

insbesondere über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügen.⁷¹ In einer solchen Situation beschreiben die oben dargestellten Aufgabennormen lediglich den Zuständigkeitsbereich der Polizei und regeln, **was** sie zu tun hat – sind also reine **Ermächtigungsnormen**.⁷² Das **Wie** der Aufgabenerfüllung muss hingegen zusätzlich Gegenstand einer sogenannten **Befugnisnorm** sein.⁷³

2. Befugnisnormen für hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit

Die Befugnisse der Polizei im institutionellen Sinn, der grds. das exklusive Gewaltmonopol zukommt, reichen deutlich weiter als jene der anderen Verwaltungsbehörden und übersteigen erst recht jene der Privaten, welche sich lediglich auf gewisse Selbsthilferechte stützen können.⁷⁴ Im Gegenzug müssen die Polizeikorps und die anderen sicherheitspolizeilichen Behörden mit diesem Gewaltmonopol kontrolliert und dem Rechtsstaat genügend umgehen, etwa über Personal mit guter Ausrüstung und Ausbildung verfügen sowie sich bei den Einsätzen auf schematisch vorgesehene Handlungsformen beschränken.⁷⁵

Befugnisnormen sind entsprechend (vorwiegend) in den **kantonalen Polizeigesetzen** zu finden.⁷⁶ In den neueren Polizeigesetzen sind insbesondere einzelne sicherheitspolizeiliche Instrumente ausdrücklich normiert.⁷⁷ Dies erlaubt ein Tätigwerden nach standardisierten Formen und Mustern,⁷⁸ was primär zwei Vorteile mit sich bringt: Zum einen ist es eine Hilfestellung für die Polizeibeamten, da diese eine (möglichst) genaue Grundlage für ihr Handeln und damit eine Richtlinie für ihre Ermessensausübung erhalten.⁷⁹ Zum andern dient es der Rechtssi-

⁷¹ Vgl. EPINEY, BSK, N 29 ff. zu Art. 36 BV; GAMMA, S. 38; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 302 ff.; vgl. auch GUSY, Nr. 168 ff.; vgl. auch Kap. 2/2 zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen.

⁷² GAMMA, S. 37 f.; REINHARD, S. 206 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 2 ff.

⁷³ GAMMA, S. 37 f.; GUSY, Nr. 168; LANGENEGGER, S. 141; REINHARD, S. 206 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 2 ff.; WIEGANDT, S. 186; Zur Abgrenzung von Aufgaben- und Befugnisnormen vgl. auch PFANDER, S. 80.

⁷⁴ TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 15 f.; vgl. auch MOHLER, Gewaltmonopol, S. 158 f.

⁷⁵ TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 15 f.; insbes. eine gute Ausbildung ist eine der zentralen Massnahmen, um Machtmissbrauch von Sicherheitsbeamten entgegen zu wirken (ROSSAT-FAVRE, S. 418 und 421, sowie etwa Kap. 2/2/I/3/D zu den Bestimmtheitsurrogaten).

⁷⁶ GAMMA, S. 42 f.; RAUBER, S. 68; REINHARD, S. 207.

⁷⁷ RAUBER, S. 69; vgl. etwa § 28 ff. PolG AG; Art. 9 ff. PolG GR; § 18 ff. PolG ZH.

⁷⁸ TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 1.

⁷⁹ GAMMA, S. 38 f.; RAUBER, S. 69.

cherheit der Bürger, welche durch die Normen über die Befugnisse der Sicherheitsbehörden informiert werden.⁸⁰

Befugnisnormen sind des Weiteren in zahlreichen **Spezialgesetzen** vorgesehen.⁸¹ Insbesondere auf Bundesebene, auf welcher ein einheitlicher Polizeierlass fehlt, gibt es ein (unübersichtliches) Geflecht von unzähligen Normen,⁸² welche sicherheitspolizeiliche Befugnisse beinhalten.

Unter restriktiven Voraussetzungen können Ermächtigungs- und Befugnisnorm schliesslich in der **polizeilichen Generalklausel** zusammenfallen und sich das sicherheitspolizeiliche Handeln direkt auf diese stützen.⁸³ Dies muss aber absolute Ausnahme bleiben, sind doch zwar teilweise die einzelnen von der Polizei abzuwehrenden Gefahren unvorhersehbar,⁸⁴ nicht aber die zu schützenden Rechtsgüter.⁸⁵ Ebenso sind die sicherheitspolizeilichen Handlungsinstrumente, auf welche die Polizei zurückgreifen muss, grundsätzlich bekannt.⁸⁶

Wird etwa aufgrund technologischer Entwicklungen der Einsatz eines **neuen Instruments** denkbar, so bedarf es für dessen Verwendung grds. einer Regulierung. Aktuelles Beispiel sind **Drohnen**, von welchen seit kurzer Zeit auch zivile Behörden der Schweiz, etwa für Fotoaufnahmen oder zu Überwachungszwecken, Gebrauch machen.⁸⁷ Jahrelang wurden militärische Drohnen zugunsten der Polizeikorps eingesetzt, ohne dass hierfür eine formell-gesetzliche Grundlage bestand.⁸⁸ Heute ist aber unbestritten, dass eine solche notwendig ist, sind die möglichen Grundrechtseingriffe doch offensichtlich.⁸⁹ Zwei Beispiele sind der Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV, welcher bei Bild- und Videoaufnahmen betroffen sein kann, sowie die Versammlungsfreiheit nach Art. 22 BV, welche möglicherweise bei der Überwachung von Versammlungen tangiert ist.⁹⁰ Nach einer Aufforderung durch das Bundesgericht⁹¹ schuf denn auch beispiels-

⁸⁰ GAMMA, S. 39; RAUBER, S. 69.

⁸¹ Vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 64.

⁸² Vgl. bereits RITTER, S. 97 ff.

⁸³ GAMMA, S. 43 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 4 Fn. 6; RAUBER, S. 68; SCHWEGLER, Nr. 64.

⁸⁴ GAMMA, S. 43; SCHWEGLER, Nr. 13.

⁸⁵ GYGI, Polizeibegriff, S. 242; REINHARD, S. 74 und 207 f.; vgl. zur polizeilichen Generalklausel Kap. 2/2/I/4/B.

⁸⁶ EGLI, 2012, S. 197.

⁸⁷ Vgl. STEIGER, insbes. S. 171 f.

⁸⁸ STEIGER, S. 177.

⁸⁹ STEIGER, S. 177.

⁹⁰ STEIGER, S. 177 f.; zum Schutz der Privatsphäre vgl. Kap. 2/3/VI, zur Versammlungsfreiheit Kap. 2/3/VII/5.

⁹¹ BGE 136 I 87 ff., (insbes. 113), E. 8.2.2.

weise der Kanton Zürich in § 32 c seines neuen Polizeigesetzes eine ausdrückliche Grundlage für die Überwachung von Personen an «öffentlich zugänglichen Grossveranstaltungen und Kundgebungen» mittels Audio- und Videogeräten,⁹² womit nun auch für den entsprechenden Drohneneinsatz die notwendige Befugnisnorm besteht.

Keine Befugnisnormen schaffen die **Rechtfertigungsgründe des Strafrechts** nach Art. 32 ff. StGB.⁹³ Sie sprechen sich lediglich über die Strafbar- bzw. Strafflosigkeit einer Handlung, nicht aber über deren verwaltungsrechtliche Rechtmässigkeit aus.⁹⁴

IV. Sicherheitspolizeiliche Massnahmen der kantonalen Polizeikorps

1. Standardmassnahmen der kantonalen Polizeikorps

A) Einleitung

Den eben erfolgten Ausführungen entsprechend können sicherheitspolizeiliche Massnahmen als «hoheitliche[s] Tätigwerden der Polizei gegenüber dem Bürger auf der Grundlage einer spezifischen Befugnisnorm oder ausnahmsweise gestützt auf die Polizeigeneralklausel» umschrieben werden.⁹⁵

Die Handlungsinstrumente, mit welchen die Polizei die Alltagslage bewältigt, mit anderen Worten deren «typische Mittel», werden als Standardmassnahmen bezeichnet und sind heute mehrheitlich in den Polizeigesetzen standardisiert.⁹⁶ Auf welche dieser Massnahmen die Polizei im konkreten Fall zurückgreift, ist zwar weitgehend Ermessenssache, für die konkrete Wahl also jeweils das Verhältnismässigkeitsprinzip von zentraler Bedeutung.⁹⁷ Durch die Schematisierung

⁹² § 32 c Abs. 1 PolG ZH; STEIGER, S. 180.

⁹³ GAMMA, S. 44 ff., insbes. S. 46 f.; REINHARD, S. 208 f.; vgl. auch GUSY, Nr. 176 ff.

⁹⁴ GAMMA, S. 44 ff., insbes. S. 48; REINHARD, S. 209; vgl. auch GUSY, Nr. 177; BGE 115 IV 162 ff. (164 ff.), E. 2.

⁹⁵ TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 8; vgl. auch GUSY, Nr. 179 ff.

⁹⁶ LANGENEGGER, S. 141; LOBSIGER, Bereinigung, S. 407; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 9; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 55; vgl. auch GAMMA, S. 38 f. und STRASSER, S. 4, welche allerdings von «Zwangsmassnahmen» sprechen. Dies soll an dieser Stelle vermieden werden, da mit einer solchen Terminologie die Abgrenzung zum polizeilichen Zwang (noch) weniger klar wird.

⁹⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 55; zum Verhältnismässigkeitsprinzip

werden der polizeilichen Ermessensausübung aber gewisse Richtlinien vorgegeben und insbesondere Schranken gesetzt.⁹⁸ Darüber hinaus ist sie ein wichtiger Faktor, um die Tätigkeit der Sicherheitsbehörden zu professionalisieren: Werden deren typische Massnahmen in den Gesetzen in standardisierter Form vorgegeben, kann sich auch die Ausbildung danach ausrichten.

Die wichtigsten, zumeist in den Polizeigesetzen vorgesehenen Standardmassnahmen, sollen in der Folge dargestellt werden.⁹⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass weder diese Übersicht noch die Aufzählung in den einzelnen Polizeigesetzen abschliessend ist.¹⁰⁰ Einerseits kann die Polizei nämlich auf sämtliche übrigen Mittel zurückgreifen, sofern deren Einsatz nicht zu einem Grundrechtseingriff führt und insbesondere verhältnismässig ist.¹⁰¹ Andererseits enthalten teilweise auch andere Spezialgesetze und Erlasse Grundlagen für sicherheitspolizeiliche Massnahmen der kantonalen Polizeikörper.¹⁰² Als prominentes Beispiel ist das sogenannte Hooligan-Konkordat zu erwähnen, welches u.a. die Möglichkeit von Durchsuchungen, Rayonverboten, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam vorsieht.¹⁰³ Schliesslich kann ausnahmsweise gar die polizeiliche Generalklausel als Befugnisnorm dienen.¹⁰⁴

B) Anhaltung, Identitätsfeststellung und Festnahme

Regelmässig wird als erstes normiert, dass die Polizei «eine Person **anhalten**, deren **Identität feststellen** und abklären [darf], ob nach ihr oder nach Fahrzeugen, anderen Gegenständen oder Tieren, die sie bei sich hat, gefahndet wird», sofern dies «zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist».¹⁰⁵ Die Anhaltung ist eine der häufigsten sicherheitspolizeilichen Standardmassnahmen und häufig Vorstufe für weitere Massnahmen.¹⁰⁶ «Die angehaltene Person muss auf Verlan-

vgl. Kap. 2/2/III.

⁹⁸ GAMMA, S. 38 f.; RAUBER, S. 69.

⁹⁹ Vgl. hierzu auch etwa GAMMA, S. 38 f.; GUSY, Nr. 179 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 24; LANGENEGGER, S. 141; PFANDER, S. 98 ff.; RAUBER, S. 70; ausführlich STRASSER, insbes. S. 36 ff.

¹⁰⁰ SCHWEGLER, Nr. 64; vgl. dazu auch LANGENEGGER, S. 146.

¹⁰¹ SCHWEGLER, Nr. 64; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

¹⁰² SCHWEGLER, Nr. 64.

¹⁰³ Art. 3b, 4, 6 und 8 PolK MGS; vgl. auch BGE 137 I 31 ff. (40), E. 3, wonach das Konkordat und die entsprechenden Massnahmen Polizeirecht darstellen.

¹⁰⁴ SCHWEGLER, Nr. 64.

¹⁰⁵ § 21 Abs. 1 PolG ZH; vgl. auch etwa § 9 Abs. 1 PolG AG; Art. 27 Abs. 1 PolG BE; Art. 32 PolG FR; Art. 17 PolG GE; Art. 29 Abs. 1 PolG GR; Art. 36 PolG JU; § 9 Abs. 1 PolG LU; Art. 20 PolG VD; vgl. ausführlich RÉMY, S. 39 ff.; STRASSER, S. 37 ff.

¹⁰⁶ Vgl. SCHWEGLER, Nr. 65.

gen ihre Personalien angeben [und etwa] mitgeführte Ausweise vorlegen».¹⁰⁷ Mündliche Angaben können dabei durchaus genügend – ständig einen Identifikationsausweis mit sich zu tragen darf gestützt auf das Polizeigesetz jedenfalls nicht verlangt werden.¹⁰⁸

Voraussetzung einer Anhaltung durch die Polizei ist gemäss Gesetz, dass dies «zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist»,¹⁰⁹ aus sicherheitspolizeilicher Sicht also, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit abgewehrt werden muss.¹¹⁰ Dabei genügt ein blosser **Verdacht auf eine Gefahr**.¹¹¹ Dieser muss sich noch nicht einmal auf eine einzelne Person richten, sondern kann allgemeiner Art sein.¹¹² Dies ermächtigt indes nicht zu Anhaltungen und Identitätskontrollen nach Belieben, vielmehr müssen immer «raisons objectives minimales», also objektive Gründe, vorliegen.¹¹³ Dies ist primär gegen, wenn eine Person verdächtigt wird, eine Straftat begehen zu wollen.¹¹⁴ So kann die Polizei etwa vor einer Sportveranstaltung in der Umgebung des Stadions zu Kontrollen legitimiert sein, um allfällige Hooligans identifizieren zu können,¹¹⁵ oder sie ist befugt, bei Anzeichen auf terroristische Handlungen im Sinne einer Grosskontrolle sämtliche Personen im massgebenden Gebiet anzuhalten.¹¹⁶

Da sich Personen nach einer Anhaltung vorübergehend nicht mehr frei bewegen dürfen, greift diese Massnahme in ihre **persönliche Freiheit** ein.¹¹⁷ Insbesondere, weil die Abklärungen primär vor Ort zu erfolgen haben,¹¹⁸ stellt sie aber le-

¹⁰⁷ Art. 27 Abs. 2 PolG BE.

¹⁰⁸ BGE 136 I 87 ff. (102 f.), E. 5.3; 109 Ia 146 ff. (149), E. 4b; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 65; etwas anderes kann sich aus anderen Gesetzen, für den Strassenverkehr etwa aus Art. 10 Abs. 4 SVG ergeben.

¹⁰⁹ § 21 Abs. 1 PolG ZH; vgl. auch etwa § 9 Abs. 1 PolG AG; Art. 27 Abs. 1 PolG BE; Art. 32 PolG FR; Art. 17 PolG GE; Art. 29 Abs. 1 PolG GR; Art. 36 PolG JU; § 9 Abs. 1 PolG LU; Art. 20 PolG VD; vgl. ausführlich RÉMY, S. 39 ff.; STRASSER, S. 37 ff.

¹¹⁰ Vgl. SCHWEGLER, Nr. 66.

¹¹¹ SCHWEGLER, Nr. 66.

¹¹² SCHWEGLER, Nr. 66; STRASSER, S. 36 f.

¹¹³ BGE 109 Ia 146 ff. (151), E. 4b; vgl. auch RÉMY, S. 41 f.

¹¹⁴ REINHARD, S. 233; SCHWEGLER, Nr. 69; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 58; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 55; vgl. auch BGE 136 I 87 ff. (101 f.), E. 5.2; 109 Ia 146 ff. (150), E. 4b.

¹¹⁵ RÉMY, S. 42.

¹¹⁶ SCHWEGLER, Nr. 66; STRASSER, S. 36 f.

¹¹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 353; SCHWEGLER, Nr. 65 und 67; zum Schutz der persönlichen Freiheit vgl. Kap. 2/3/V.

¹¹⁸ Vgl. e contrario Art. 12 Abs. 3 PolG GL; Art. 13 Abs. 3 PolG OW; § 21 Abs. 3 PolG ZH; LANGENEGGER, S. 146; RÉMY, S. 43.

diglich einen **leichten Grundrechtseingriff** dar.¹¹⁹ Sie kann allerdings dann bedeutsam(er) werden, wenn sie schwerwiegendere Massnahmen auslöst, etwa zu einer Festnahme führt.¹²⁰

Eine **Festnahme** meint das Verbringen einer Person an einen anderen Ort, primär auf den Polizeiposten.¹²¹ Sie ist zum einen zulässig, wenn die Identitätsfeststellung bereits die Notwendigkeit weiterer Massnahmen, etwa eines polizeilichen Gewahrsams, offenbart.¹²² Zum andern kann eine Festnahme gerechtfertigt sein, weil die Identitätsfeststellung gerade nicht möglich war und entsprechend die Grundlage für den Entscheid über weitergehende Massnahmen fehlt.¹²³ Der Betroffene kann also beispielsweise zur Identifizierung auf den Polizeiposten verbracht und erkennungsdienstlichen Massnahmen unterzogen werden,¹²⁴ wenn seine «Identität an Ort und Stelle nicht sicher oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann, oder wenn Zweifel an der Richtigkeit [seiner] Angaben» bestehen¹²⁵. Kann eine Person hingegen ihre Identitätskarte vorweisen und weist nichts darauf hin, dass letztere gefälscht sein könnte, ist eine Festnahme ohne weiteren Grund unzulässig.¹²⁶

C) Erkennungsdienstliche Massnahmen

Lässt sich die Identität einer Person «auf andere Weise nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten feststellen», so kann die Polizei unter Umständen gewisse «erkennungsdienstliche Massnahmen vornehmen».¹²⁷ Solche sind etwa «die Abnahme von Finger- und Handflächenabdrücken, die Feststellung äusserer körperlicher Merkmale, Messungen, fotografische Aufnahmen, Handschriftproben sowie DNA-Analysen».¹²⁸

¹¹⁹ SCHWEGLER, Nr. 67; TROCHSLER-HUGENBLOBLER/LOBSIGER, Nr. 55 f.; vgl. zur systematischen Einordnung auch STRASSER, S. 41 ff.; vgl. auch BGE 136 I 87 ff. (101), E. 5.1; 109 Ia 146 ff. (150), E. 4b.

¹²⁰ TROCHSLER-HUGENBLOBLER/LOBSIGER, Nr. 55 f.; vgl. auch REINHARD, S. 234 f.; STRASSER, S. 39 und 51 ff.

¹²¹ SCHWEGLER, Nr. 69.

¹²² SCHWEGLER, Nr. 69.

¹²³ SCHWEGLER, Nr. 69.

¹²⁴ Vgl. auch REINHARD, S. 234 f.; STRASSER, S. 39 und 51 ff.; TROCHSLER-HUGENBLOBLER/LOBSIGER, Nr. 55 f.

¹²⁵ Vgl. anstelle vieler Art. 27 Abs. 3 PolG BE.

¹²⁶ Urteil des BGer 6B_391/2013 vom 27. Juni 2013, E. 1.4.

¹²⁷ § 37 Abs. 1 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 28 Abs. 1 PolG BE; Art. 33 Abs. 1 PolG FR; Art. 18 PolG GE; § 13 Abs. 1 lit. a PolG LU; Art. 21 PolG VD; § 33 Abs. 2 lit. a PolG ZH; vgl. auch REINHARD, S. 236; SCHWEGLER, Nr. 70; ausführlich STRASSER, S. 55 ff.

¹²⁸ § 13 Abs. 2 PolG LU; vgl. auch etwa Art. 28 Abs. 2 PolG BE; vgl. auch PFAN-

Die Erhebung solcher Daten, wie auch deren Aufbewahrung, stellt gemäss Bundesgericht einen **Eingriff** in die **persönliche Freiheit** dar.¹²⁹ Während dieser bei der Erhebung regelmässig nur **geringfügig** sein dürfte,¹³⁰ kann eine Aufbewahrung der Daten zu bedeutsameren Beeinträchtigungen führen.¹³¹ Aus diesem Grund müssen die Unterlagen grds. vernichtet werden, sobald kein hinreichender Grund mehr für deren Aufbewahrung besteht.¹³²

D) Vorladung und Vorführung

Ist es beispielsweise für die Durchführung einer solchen erkennungsdienstlichen Massnahme, der Herausgabe von Gegenständen oder einer Befragung erforderlich, kann die Polizei «Personen schriftlich oder mündlich und unter Angabe des Zwecks **vorladen**».¹³³ «Leistet die Person der Vorladung ohne hinreichenden Grund keine Folge, kann die Polizei sie **vorführen**».¹³⁴

Während «Vorladung» ein verbindliches Aufgebot einer Behörde an eine bestimmte Person bezeichnet, zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort zu erscheinen, steht «Vorführung» für deren zwangsweise Durchsetzung.¹³⁵ Entsprechend stellt letztere einen stärkeren **Grundrechtseingriff** dar und ist an restriktivere Voraussetzungen gebunden.¹³⁶ Der Hauptanwendungsbereich beider Massnahmen liegt zwar wohl im kriminalpolizeilichen Bereich.¹³⁷

DER, S. 122; SCHWEGLER, Nr. 71; STRASSER, S. 55.

¹²⁹ BGE 128 II 259 ff. (269), E. 3.3; 120 Ia 147 ff. (149 f.), E. 2a; 113 Ia 1 ff. (6), E. 4bb; 109 Ia 146 ff. (155), E. 6a; 107 Ia 138 ff. (145), E. 5a.; vgl. auch STRASSER, S. 55 f.; zum Schutz der persönlichen Freiheit vgl. Kap. 2/3/V.

¹³⁰ BGE 128 II 259 ff. (269), E. 3.3; 124 I 80 ff. (82), E. 2d; 120 Ia 147 ff. (150), E. 2b; 107 Ia 138 ff. (145), E. 5a.

¹³¹ Vgl. auch TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 78.

¹³² Vgl. etwa Art. 28 Abs. 3 PolG BE; Art. 33 Abs. 3 PolG FR; § 13 Abs. 3 PolG LU; § 33 Abs. 3 PolG ZH; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 73; STRASSER, S. 71 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 77; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 55; BGE 120 Ia 147 ff. (149), insbes. E. 2a. § 30 Abs. 1 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 31a Abs. 1 PolG FR; Art. 14 Abs. 2 PolG GL; § 10 Abs. 2 PolG LU; Art. 15 PolG OW; § 23 PolG ZH; vgl. auch LANGENEGGER, S. 146, wonach diese Gründe nicht abschliessend sind; vgl. ausführlich STRASSER, S. 84 ff.

¹³⁴ § 30 Abs. 2 PolG AG; vgl. auch etwa § 10 Abs. 3 PolG LU; vgl. ausführlich STRASSER, S. 88 ff.

¹³⁵ STRASSER, S. 84; kritisch zur Vorführung REINHARD, S. 239.

¹³⁶ STRASSER, S. 88; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 71.

¹³⁷ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 73.

Auch im Rahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr, etwa zur präventiven Verbrechensbekämpfung, kann sie aber zur Anwendung kommen.¹³⁸

E) Wegweisung und Fernhaltung

Die Polizei kann Personen nicht nur an einen Ort berufen, sie kann sie unter bestimmten Voraussetzungen auch «vorübergehend von einem Ort **wegweisen** oder **fernhalten**». ¹³⁹ Wegweisung meint den Befehl an eine Person, einen bestimmten Ort zu verlassen – Fernhaltung hingegen das Verbot, einen bestimmten Ort aufzusuchen. ¹⁴⁰ Hierbei handelt es sich um typische sicherheitspolizeiliche Massnahmen. ¹⁴¹ Sie können sowohl gefährdete als auch gefährdende Personen betreffen. ¹⁴²

Traditionelle Anwendungsbeispiele sind etwa die Räumung eines Gebiets, das von Natur- oder anderen Gefahren bedroht ist, sowie die Wegweisung von Personen, welche an einer unbewilligten Versammlung teilnehmen wollen oder einen Rettungseinsatz behindern. ¹⁴³ Diese Wegweisungen gelten jeweils nur für kurze Zeit und eher kleinräumige Gebiete. ¹⁴⁴

In den letzten Jahren wurde der Anwendungsbereich der Wegweisung und Fernhaltung indes auf weitere Situationen ausgeweitet, teilweise allgemein bei Vorliegen einer Gefahr oder Störung für die öffentliche Sicherheit ermöglicht, womit Wegweisungen auch für längere Zeit und grossräumigere Gebiete ausgesprochen werden können. ¹⁴⁵ So kommen sie etwa als Schutzmassnahme für Op-

¹³⁸ STRASSER, S. 85.

¹³⁹ § 34 Abs. 1 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 29 PolG BE; Art. 31d PolG FR; Art. 15 PolG GL; § 19 Abs. 1 PolG LU; Art. 18 PolG OW; § 37 Abs. 1 PolG ZH; vgl. hingegen etwa das PolG AI, PolG JU und PolG VD, in welchen entsprechende Bestimmungen fehlen; vgl. für eine detaillierte Übersicht der Rechtsgrundlagen in den kantonalen Polizeigesetzen KELLER/BÜRLI, S. 1148 und MOECKLI/KELLER, S. 233; vgl. ausführlich STRASSER, S. 93 ff.

¹⁴⁰ STRASSER, S. 93.

¹⁴¹ KELLER/BÜRLI, S. 1146 ff.; RÉMY, S. 95, wonach deren Natur einzig sicherheitspolizeilich ist; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 65.

¹⁴² KELLER/BÜRLI, S. 1146 f.; vgl. in Bezug auf den Kanton Bern SCHWEGLER, Nr. 79 ff.

¹⁴³ KELLER/BÜRLI, S. 1146 f.; MOECKLI/KELLER, S. 232; REINHARD, S. 244; RÉMY, S. 97; SCHWEGLER, Nr. 79 f.; STRASSER, S. 93 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 63; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 55.

¹⁴⁴ MOECKLI/KELLER, S. 232.

¹⁴⁵ MOECKLI/KELLER, S. 232; vgl. auch KELLER/BÜRLI, S. 1147.

fer häuslicher Gewalt (Wohnungswegweisung) oder zur Bekämpfung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (Rayonverbote) zur Anwendung.¹⁴⁶

Wegweisungen und Fernhaltungen können zu einem Eingriff in die Bewegungsfreiheit als Aspekt des Grundrechts auf **persönliche Freiheit** führen.¹⁴⁷ Da sie für die betroffene Person – etwa im Gegensatz zum polizeilichen Gewahrsam – keinen Freiheitsentzug bedeuten, handelt es sich in der Regel um einen bloss **leichten Eingriff**.¹⁴⁸ Je nach zeitlicher und örtlicher Ausdehnung der Massnahme sowie Art der Beziehung der Betroffenen zur entsprechenden Örtlichkeit, kann der Eingriff aber auch als **erheblich** qualifiziert werden.¹⁴⁹ Entsprechend muss für deren Anordnung eine qualifizierte Gefahr bzw. Störung für die öffentliche Sicherheit vorliegen.¹⁵⁰

Neben der Bewegungsfreiheit können Wegweisungen und Fernhaltungen auch etwa die **Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit** beeinträchtigen.¹⁵¹ Letztere schützt das Bestreben von Personen, in der Öffentlichkeit zu kommunikativen Zwecken zusammen zu kommen.¹⁵² Da dies in einem demokratischen Rechtsstaat ein wichtiges Anliegen ist, dürfen Wegweisungen oder Fernhaltungen von Versammlungen nur in absoluten Ausnahmefällen erfolgen.¹⁵³ Solche Massnahmen erscheinen beispielsweise begründet, wenn bei einer Person Messer oder Petarden gefunden werden und der Verdacht besteht, sie werde im Rahmen einer Demonstration gewalttätig.¹⁵⁴

¹⁴⁶ KELLER/BÜRЛИ, S. 1147; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 55; vgl. zur Fernhaltung bei häuslicher Gewalt MOECKLI/KELLER, S. 237; RÉMY, S. 101 ff. und etwa § 34 Abs. 1 PolG AG; Art. 29a PolG BE; Art. 16 PolG OW; § 17 PolG ZG; § 37^{bis} PolG ZH; vgl. zu den Rayonverboten, insbesondere jenen des PolK MGS MOECKLI/KELLER, S. 236 f.; RÉMY, S. 99 ff. und etwa § 18b PolG ZG; BGE 140 I 2 ff.

¹⁴⁷ MOECKLI/KELLER, S. 240; SCHWEGLER, Nr. 75; zum Schutz der Bewegungsfreiheit vgl. Kap. 2/3/V/2.

¹⁴⁸ BGE 134 I 140 ff. (143 f. und 151 f.), E. 3.2 f. und 6; 132 I 49 ff. (62 ff.), E. 7.2; 130 I 369 ff. (372 ff.), E. 2; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 75.

¹⁴⁹ TROCHSLER-HUGENTOBler/LOBsIGER, Nr. 64 und Fn. 101; vgl. auch STRASSER, S. 93.

¹⁵⁰ TROCHSLER-HUGENTOBler/LOBsIGER, Nr. 65; vgl. auch etwa § 34 Abs. 1 PolG AG; Art. 31d PolG FR; § 19 Abs. 1 PolG LU und § 37 Abs. 1 PolG ZH, wonach eine ernsthafte und unmittelbare bzw. erhebliche Gefahr vorliegen muss.

¹⁵¹ MOECKLI/KELLER, S. 240; zur Meinungsäusserungsfreiheit vgl. Kap. 2/3/VII/2 und zur Versammlungsfreiheit Kap. 2/3/VII/5.

¹⁵² BGE 132 I 49 ff. (57), E. 5.3.

¹⁵³ SCHWEGLER, Nr. 78.

¹⁵⁴ SCHWEGLER, Nr. 78.

Eine besondere Zurückhaltung ist in Bezug auf Medienschaffende angebracht, haben diese doch gerade die Pflicht, sich vor Ort über gewisse Vorgänge zu informieren und ein Bild zu machen, insbesondere auch einen kritischen Blick auf die Polizeiarbeit zu werfen.¹⁵⁵ Werden sie beispielsweise durch sicherheitspolizeiliche Beamte von einer Demonstration weggewiesen, kann dies die **Medien- und Informationsfreiheit** verletzen.¹⁵⁶

Schliesslich können durch Wegweisungen und Fernhaltungen auch die **Wirtschaftsfreiheit**, der Anspruch auf **Achtung des Privat- und Familienlebens**¹⁵⁷ oder die **Niederlassungsfreiheit**¹⁵⁸ tangiert sein, sofern sich die Massnahme auf ein Gebiet bezieht, in welchem sich auch etwa der Arbeitsort, das Gewerbe oder die Wohnung der betroffenen Person befindet.

Ein Blick auf die kantonalen Polizeigesetze zeigt, dass einige hinsichtlich der notwendigen **gesetzlichen Grundlagen** für eine Wegweisung und Fernhaltung – wie auch hinsichtlich anderer Massnahmen – Lücken aufweisen: Einige Kantone normieren sie nur punktuell, sehen sie etwa nur für gefährdende¹⁵⁹ oder nur für gefährdete¹⁶⁰ Personen vor, in anderen Kantonen finden sich die Bestimmungen lediglich auf Verordnungsstufe und dritte regeln sie gar überhaupt nicht^{161, 162}.

Tatsächlich genügen könnte einzig eine Bestimmung, welche neben spezifischen Massnahmen, etwa gegen gefährdende und gefährdete Personen, auch eine Generalklausel vorsieht, die eine Wegweisung generell bei Gefährdung der öffentlichen Sicherheit erlaubt.¹⁶³ Dies würde als Grundlage dienen, auch etwa gegen Botellones, Ansammlungen von Drogensüchtigen oder gewalttätigen Hooligans und ähnliche Veranstaltungen bzw. Zusammenkünfte vorzugehen und damit einhergehende Gewalt, Lärmemissionen, Abfall sowie Gefährdungen von Sachen und Personen zu bekämpfen.¹⁶⁴ Bei der Auslegung solcher Normen ist das Verhältnismässigkeitsprinzip strikt zu beachten: Wegweisungen und Fernhal-

¹⁵⁵ BÄHLER, Nr. 15 ff.; SCHMOHL, S. 149.

¹⁵⁶ BÄHLER, Nr. 15 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 210; MÜLLER/SCHEFER, S. 522; SCHMOHL, S. 135 ff.; zur Medienfreiheit vgl. Kap. 2/3/VII/4, zur Informationsfreiheit Kap. 2/3/VII/3.

¹⁵⁷ MOECKLI/KELLER, S. 240; zum Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens vgl. Kap. 2/3/VI/1.

¹⁵⁸ SCHWEGLER, Nr. 77.

¹⁵⁹ Vgl. etwa Art. 42a PolG BS; § 16 PolG ZG.

¹⁶⁰ Vgl. etwa § 26 PolG BL.

¹⁶¹ Vgl. etwa das PolG AI, PolG JU und PolG VD.

¹⁶² KELLER/BÜRЛИ, S. 1148; MOECKLI/KELLER, S. 233 f.

¹⁶³ So etwa § 33 lit. a PolG ZH; vgl. KELLER/BÜRЛИ, S. 1147.

¹⁶⁴ KELLER/BÜRЛИ, S. 1147 m.w.H.; BGE 132 I 49 ff. (59), E. 6.3.

tungen sind generell etwa in räumlicher und zeitlicher Hinsicht aufs Notwendigste zu begrenzen und aufzuheben, sobald die Gefahr gebannt ist.¹⁶⁵

F) Gewahrsam

Noch einschneidender als eine Wegweisung oder Fernhaltung ist es für eine Person, wenn sie von der Polizei in Gewahrsam genommen wird.¹⁶⁶ Denn beim Gewahrsam handelt es sich nicht mehr bloss um einfache Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit, sondern in Übereinstimmung mit der Verhaftung im Rahmen der Strafverfolgung, welche sich nach der StPO richtet, um einen **Freiheitsentzug**.¹⁶⁷

Entsprechend sind dessen Voraussetzungen in vielen Polizeigesetzen eingeschränkt, teilweise gar abschliessend normiert.¹⁶⁸ Zudem unterliegt er den **Verfahrensgarantien** von Art. 5 EMRK und Art. 31 BV.¹⁶⁹ Letztere enthalten Minimalgarantien, welche in den kantonalen Polizeigesetzen teilweise umgesetzt und oder gar erweitert werden.¹⁷⁰ So ist beispielsweise vorgesehen, dass die «in Gewahrsam genommenen Personen [...] über den Grund der Massnahme sofort zu informieren und über ihre Rechte zu belehren» sind sowie «nicht länger als unbedingt notwendig, längstens aber 24 Stunden, in Gewahrsam gehalten werden» dürfen.¹⁷¹ Schliesslich besteht für den Polizeigewahrsam, im Gegensatz zu anderen Massnahmen, welche die Bewegungsfreiheit beeinträchtigen, ein ge-

¹⁶⁵ KELLER/BÜRLI, S. 1147 m.w.H.; SCHWEGLER, Nr. 82 und 89 f.; vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip, insbes. im Anwendungsbereich von Wegweisungen und Fernhaltungen, Kap. 2/2/III/1/B.

¹⁶⁶ Vgl. REINHARD, S. 239 und STRASSER, S. 98, wonach es sich um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit der Betroffenen handelt; vgl. ausführlich RÉMY, S. 59 ff.

¹⁶⁷ REINHARD, S. 239; SCHWEGLER, Nr. 91 ff.; STRASSER, S. 106 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 83; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 55; zum Unterschied von einfachen Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit und einem Freiheitsentzug vgl. auch Kap. 2/3/V/2.

¹⁶⁸ Vgl. etwa die Formulierungen in § 31 Abs. 1 PolG AG; Art. 21 PolG GE; Art. 17 Abs. 1 PolG GL; Art. 16 Abs. 1 PolG OW; § 12 PolG ZG; § 25 PolG ZH; vgl. auch LANGENEGGER, S. 146; vgl. hingegen etwa PolG FR und PolG VD, welche keine Bestimmung zum polizeilichen Gewahrsam enthalten und RÉMY, S. 70, welcher darauf hinweist, dass auch die polizeiliche Generalklausel als Grundlage polizeilichen Gewahrsams dienen könne.

¹⁶⁹ REINHARD, S. 239; SCHWEGLER, Nr. 91 ff.; STRASSER, S. 106 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 83; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 55.

¹⁷⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 55.

¹⁷¹ Vgl. anstelle vieler § 31 Abs. 4 PolG AG; Art. 33 f. PolG BE (hierzu auch SCHWEGLER, Nr. 103 ff., insbes. Nr. 108); Art. 17 PolG GL; Art. 16 PolG OW; § 14 PolG ZG; § 31 Abs. 1 PolG ZH.

stärkter Rechtsschutz, nämlich ein Anspruch auf **direkten Zugang** zu einem **Richter**.¹⁷²

Es erscheint folglich wichtig, einfache Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit von einem Freiheitsentzug **abzugrenzen**, wobei gemäss Bundesgericht «die gesamten Umstände wie Art, Wirkung, Modalitäten und Dauer einer Massnahme von Bedeutung» sind.¹⁷³ Während die höchsten Richter etwa eine mehrstündige Festnahme unter Abnahme der persönlichen Utensilien, eine Unterbringung in einer Zelle während vier Stunden oder eine 20-stündige Zurückhaltung als Freiheitsentziehung betrachten, qualifizieren sie das blosser Verbringen auf den Polizeiposten lediglich als Freiheitsbeschränkung.¹⁷⁴

Ein möglicher Grund für einen sicherheitspolizeilichen Gewahrsam einer Person ist zum Ersten, andere Personen vor dieser zu schützen.¹⁷⁵ Mit anderen Worten wird einem (potentiellen) **Täter** die Freiheit entzogen. So kann etwa unter dem Schlagwort der häuslichen Gewalt für eine Person Gewahrsam angeordnet werden, die Leib und Leben Dritter gefährdet.¹⁷⁶

Ein zweiter möglicher Grund, für eine Person sicherheitspolizeilichen Gewahrsam anzuordnen, ist, diese Person vor anderen Personen oder gar vor sich selbst zu schützen.¹⁷⁷ Nicht den Täter, sondern das **Opfer** in (Schutz-)Gewahrsam zu nehmen, ist allerdings nur bei Einverständnis des Opfers vorstellbar, falls sich der Täter auf der Flucht befindet und weiterhin eine Gefahr darstellt.¹⁷⁸ Einem Gewahrsam bei blosser **Selbstgefährdung** sind ebenfalls enge Schranken gesetzt. Ein Eingriff scheint diesbezüglich primär bei Suizidgefahr zulässig, hin-

¹⁷² Vgl. Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, insbes. E. 3.2; vgl. auch etwa Art. 35 PolG BE und hierzu SCHWEGLER, Nr. 104 ff.

¹⁷³ Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, E. 3.3; vgl. hierzu auch REINHARD, S. 239 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 83.

¹⁷⁴ Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, E. 3.3; BGE 136 I 87 ff. (108 f.), E. 6.5.3 m.w.H.

¹⁷⁵ Vgl. etwa § 31 Abs. 1 PolG AG; Art. 32 Abs. 1 lit. a PolG BE; Art. 40 Abs. 1 PolG SZ; Art. 20 Abs. 1 lit. a PolG UR; § 25 Abs. 1 PolG ZH; RÉMY, S. 68 ff.; SCHWEGLER, Nr. 94; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 85; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 55.

¹⁷⁶ SCHWEGLER, Nr. 95.

¹⁷⁷ Vgl. etwa § 31 Abs. 1 PolG AG; Art. 32 Abs. 1 lit. a PolG BE; Art. 40 Abs. 1 PolG SZ; Art. 20 Abs. 1 lit. a PolG UR; § 25 Abs. 1 PolG ZH; RÉMY, S. 68 ff.; SCHWEGLER, Nr. 94; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 85; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 55.

¹⁷⁸ SCHWEGLER, Nr. 96.

gegen etwa bei Geisteskranken, Alkoholikern oder Drogensüchtigen nur in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt.¹⁷⁹

Zum Dritten wird als möglicher Grund für einen sicherheitspolizeilichen Gewahrsam auch die **Verhinderung** einer **unmittelbar bevorstehenden Straftat** vorgesehen.¹⁸⁰ Diese Bestimmungen sind allerdings ebenfalls restriktiv auszulegen: Einerseits soll die Voraussetzung der Unmittelbarkeit einem zu weit gehenden präventiven Handeln entgegenwirken und etwa verhindern, dass jemand für reine Gedankenäusserung bzgl. einer Straftat in Gewahrsam genommen wird.¹⁸¹ Andererseits muss eine Straftat als erheblich erscheinen, damit ihre Verhinderung einen Polizeigewahrsam zu rechtfertigen vermag.¹⁸² Im Rahmen der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist jeweils die Schwere des dadurch bewirkten Grundrechtseingriffs gegen die Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter und Schwere der zu erwartenden Verletzung abzuwägen, wobei der Polizeigewahrsam erst als letztes Mittel zur Anwendung gelangen darf.¹⁸³

G) Durchsuchung von Personen, Sachen und Räumen

Als weitere mögliche Massnahme wird in den Polizeigesetzen regelmässig die Möglichkeit vorgesehen, Personen, Sachen oder Räume zu durchsuchen.¹⁸⁴

Die **Durchsuchung von Personen** dient dazu, Gegenstände wie Waffen, Diebesgut oder Ausweispapiere zu finden, welche eine Person an ihrem Körper oder in ihren Kleidern trägt.¹⁸⁵ Sie ist von der körperlichen Untersuchung zu unterscheiden, welche auch Körperöffnungen, die ohne Hilfsmittel nicht einsehbar sind, sowie das Körperinnere umfasst und damit regelmässig zu einem stärkeren Grundrechtseingriff führt.¹⁸⁶ Aber auch Personendurchsuchungen können zu einem doch beträchtlichen Eingriff in die **persönliche Freiheit**, mitunter in den

¹⁷⁹ SCHWEGLER, Nr. 95.

¹⁸⁰ Vgl. etwa Art. 32 Abs. 1 lit. b PolG BE; § 16 Abs. 1 lit. b PolG LU; Art. 15 Abs. 1 lit. b PolG GR; Art. 16 Abs. 1 lit. c PolG OW; RÉMY, S. 68 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 85; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 55.

¹⁸¹ SCHWEGLER, Nr. 98.

¹⁸² REINHARD, S. 240; SCHWEGLER, Nr. 99; STRASSER, S. 132 ff.

¹⁸³ REINHARD, S. 241; STRASSER, S. 134; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

¹⁸⁴ Vgl. etwa § 38 f. PolG AG; Art. 36 ff. PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 115 ff.); Art. 34 ff. PolG FR; Art. 19 f. PolG GE; Art. 20 ff. PolG GL; § 14 f. PolG LU; Art. 24 ff. PolG OW; § 34^{bis} PolG ZH; vgl. hingegen etwa das PolG JU und PolG VD, in welchen entsprechende Bestimmungen fehlen.

¹⁸⁵ REINHARD, S. 243; STRASSER, S. 140; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 87; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 55.

¹⁸⁶ REINHARD, S. 243; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 88.

Teilbereich der körperlichen Integrität, der Bewegungsfreiheit oder der Geheim- und Intimsphäre führen.¹⁸⁷ Sie sind deshalb gesetzlich zu normieren und an strikte Voraussetzungen zu binden, müssen etwa zum Schutz von Polizisten oder zur Identitätsfeststellung notwendig sein.¹⁸⁸ Ist ausnahmsweise eine vollständige Entkleidung erforderlich, sind die Anforderungen erhöht, etwa die Gefahr für ein besonders schützenswertes Gut vorausgesetzt.¹⁸⁹

Ähnliche Voraussetzungen und ein enger Zusammenhang bestehen zur **Durchsuchung von beweglichen Sachen**, wozu sämtliche körperlichen Gegenstände wie Gepäckstücke, nicht am Körper getragene Kleider oder Fahrzeuge gehören.¹⁹⁰ Darunter fällt auch etwa ein sicherheitspolizeilicher Zugriff auf das recherchierte Material von Medienschaffenden, wenn Polizisten also beispielsweise den Notizblock oder die Kamera eines Journalisten überprüfen.¹⁹¹ Solche Massnahmen tangieren die **Informations- und Medienfreiheit** und müssen unter Umständen gar als schwerer Eingriff qualifiziert werden.¹⁹²

Restriktive Voraussetzungen gelten nach Art. 13 Abs. 1 BV für die **Durchsuchung von Wohnungen**, wozu der gesamte, vom Hausrecht eingeschlossene Bereich, also auch etwa der umfriedete Garten, Hotelzimmer, Wohnmobile, Zelte oder bewohnte Campingwagen gehören.¹⁹³ Zu sicherheitspolizeilichen Zwecken kommt diese Massnahme eher selten zur Anwendung, etwa «wenn Grund zur Annahme besteht, dass eine Person zum Schutz von Leib und Leben Hilfe bedarf».¹⁹⁴ Zu denken ist etwa an das Eindringen in ein Haus zum Schutz vor einem tobenden, zu Gewalt neigenden Familienmitglied oder im Brandfall.¹⁹⁵ Ohne Einwilligung der betroffenen Person darf die Polizei Wohnungen in der

¹⁸⁷ STRASSER, S. 140; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 115; zum Schutz der persönlichen Freiheit vgl. Kap. 2/3/V.

¹⁸⁸ STRASSER, S. 140 und 149 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 55; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 115, wonach die Normierung im PolG BE aus diesem Grund abschliessend ist; relativierend hingegen RÉMY, S. 73.

¹⁸⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 55.

¹⁹⁰ REINHARD, S. 244; SCHWEGLER, Nr. 118; STRASSER, S. 141 und 155 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 92 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 55.

¹⁹¹ SCHMOHL, S. 135 ff., insbes. S. 138.

¹⁹² KIENER/KÄLIN, S. 210; MÜLLER/SCHEFER, S. 522; SCHMOHL, S. 139 ff.; zur Informations- und Medienfreiheit vgl. Kap. 2/3/VII/3 und 4.

¹⁹³ REINHARD, S. 245; SCHWEGLER, Nr. 119; STRASSER, S. 164; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 95 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 55.

¹⁹⁴ Vgl. etwa Art. 39 Abs. 1 lit. d PolG BE; vgl. auch TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 98 und Fn. 158.

¹⁹⁵ STRASSER, S. 166.

Regel nur durchsuchen, wenn entweder die Genehmigung einer hierarchisch übergeordneten Behörde oder aber Gefahr in Verzug vorliegt.¹⁹⁶

H) Sicherstellung

Im Zusammenhang mit den Durchsuchungen wird in den Polizeigesetzen als mögliche Standardmassnahme teilweise auch die **Sicherstellung** normiert.¹⁹⁷ Damit wird dem eigentlichen Besitzer die tatsächliche Gewalt über eine Sache entzogen, wodurch seine **Eigentumsgarantie** nach Art. 26 BV tangiert wird.¹⁹⁸ Aber auch andere Grundrechte können durch diese Massnahme betroffen sein: Wird etwa recherchiertes Material von Medienschaffenden wie Notizblöcke oder Bildmaterial sichergestellt, tangiert dies die **Informations- und Medienfreiheit**.¹⁹⁹ Insbesondere, wenn der sichergestellte Gegenstand anschliessend verwertet oder vernichtet wird,²⁰⁰ auf die Sicherstellung also eine **Einziehung** folgt, handelt es sich um einen erheblichen Grundrechtseingriff,²⁰¹ mit welchem auch ein Vermögensschaden einhergehen kann.

Entsprechend sind sowohl die Sicherstellung als auch die Einziehung an **enge**, im Polizeigesetz vorgesehene **Voraussetzungen** zu binden.²⁰² Sehen die Polizeigesetze generalklauselartig vor, dass eine Sicherstellung zulässig ist, «um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit [...] abzuwehren»,²⁰³ so müssen sich die Polizeibeamten vor dem Ergreifen der Massnahme vergewissern, dass in der Tat eine konkrete Gefahr vorliegt, mit deren Verwirklichung tatsächlich gerechnet werden muss und die ein entsprechendes Eingreifen legitimiert.²⁰⁴ Es kann bei-

¹⁹⁶ Vgl. etwa Art. 39 Abs. 2 PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 121); REINHARD, S. 246; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 55; vgl. auch STRASSER, S. 175 ff.

¹⁹⁷ Vgl. etwa § 40 PolG AG; Art. 40 PolG BE; Art. 21 PolG GR; § 38 ff. PolG ZH; vgl. hingegen etwa PolG FR, PolG GE, PolG JU und PolG VD, wo eine entsprechende Bestimmung fehlt; vgl. ausführlich STRASSER, S. 179 ff., welcher allerdings von «Beschlagnahme» spricht.

¹⁹⁸ REINHARD, S. 246; STRASSER, S. 179; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 100 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 f. zu § 55; zur Eigentumsgarantie vgl. Kap. 2/3/VIII.

¹⁹⁹ KIENER/KÄLIN, S. 210; MÜLLER/SCHEFER, S. 522; SCHMOHL, S. 139; zur Informations- und Medienfreiheit vgl. Kap. 2/3/VII/3 und 4.

²⁰⁰ Vgl. etwa § 42 PolG AG; Art. 42 PolG BE; § 34^{quater} PolG ZH.

²⁰¹ SCHWEGLER, Nr. 123; STRASSER, S. 179; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 101; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 55.

²⁰² Vgl. auch LANGENEGGER, S. 147; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 101.

²⁰³ Vgl. etwa Art. 40 Abs. 1 lit. a PolG BE; § 38 lit. a PolG ZH.

²⁰⁴ SCHWEGLER, Nr. 126.

spielsweise gerechtfertigt sein, Dünger zu beschlagnahmen, wenn damit in einer Weise umgegangen wird, dass er zu Sprengstoff werden kann,²⁰⁵ oder dem Besucher eines Fussballmatches einen mitgeführten Baseballschläger abzunehmen,²⁰⁶ um so eine (erhebliche) Gefahr abzuwehren.

Die Polizei muss die betroffene Person in der Folge über den Grund der Sicherstellung informieren²⁰⁷ und die Sache verwahren, wobei die Beamten insbesondere Acht zu geben haben, dass kein Schaden entsteht.²⁰⁸ Schadensverhinderung ist auch der Grund, weshalb die Polizei Gegenstände unter anderem dann verwerten darf, wenn sie einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind.²⁰⁹ Zu denken ist etwa an Früchte oder Gemüse, die schnell verderben.²¹⁰

I) Datenbearbeitung und Überwachung

a) Datenbearbeitung

Um ihren Auftrag, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, wahrnehmen zu können, benötigen die Sicherheitsbehörden die unterschiedlichsten Informationen.²¹¹ Es ist für sie deshalb zwingend notwendig, gewisse Daten zu erheben und in geeigneten Datenbearbeitungssystemen bearbeiten sowie allenfalls speichern zu können.²¹²

Wie bereits ausgeführt wurde,²¹³ erfolgen solche Informationserhebungen in zwei unterschiedlichen Bereichen: Zum einen können die Sicherheitsbehörden darauf angewiesen sein, über bestimmte Personen oder Personengruppen Informationen zu sammeln, welche durch ihr Verhalten bereits die öffentliche Sicherheit gefährden bzw. stören.²¹⁴ Die entsprechenden Massnahmen sind dabei an die Voraussetzung des Verdachts einer konkreten Gefahr geknüpft.²¹⁵ Zum andern müssen die Sicherheitsbehörden aber auch Daten sammeln, um Gefahrenlagen überhaupt frühzeitig erkennen zu können. Hier geht es um eine vorverlagerte Tätigkeit, welche bezweckt, über mögliche Gefahren und potentielle Akteure Kenntnis zu erlangen.²¹⁶ Eine konkrete Gefahr fehlt hier gerade.²¹⁷ Den

²⁰⁵ SCHWEGLER, Nr. 126.

²⁰⁶ Vgl. RÉMY, S. 85 m.w.H.

²⁰⁷ Art. 41 Abs. 3 PolG BE.

²⁰⁸ SCHWEGLER, Nr. 129.

²⁰⁹ Art. 42 Abs. 1 lit. c PolG BE.

²¹⁰ SCHWEGLER, Nr. 129.

²¹¹ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 114.

²¹² TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 114.

²¹³ Vgl. Kap. 1/2/III/4.

²¹⁴ Vgl. BOTSCHAFT NDG, S. 2230; SIGRIST, S. 210 ff. und 218 ff.

²¹⁵ Vgl. hierzu auch BERICHT BWIS, S. 8.

²¹⁶ REINHARD, S. 118; SIGRIST, S. 222 m.w.H.

kantonalen Polizeikorps kommt dabei v.a. der Auftrag zu, Gewalt lokalen Ausmasses rechtzeitig zu erfassen.²¹⁸

Um der polizeilichen Informationstätigkeit, insbesondere präventiven Datenerhebungen, zum Schutz der Bürger Grenzen zu setzen, ist insbesondere die Voraussetzung einer genügenden gesetzlichen Grundlage relevant, worauf im zweiten Teil dieser Arbeit im Kapitel zum Legalitätsprinzip näher eingegangen wird.²¹⁹

Als besondere Form der Datenerhebung sind vor allem die Überwachungsmassnahmen von Bedeutung. Die im sicherheitspolizeilichen Bereich gebräuchlichsten sollen in der Folge dargestellt werden.

b) Observation

Die Polizeigesetze sehen zu sicherheitspolizeilichen Zwecken teilweise eine präventive Observation vor, also die Möglichkeit, «an öffentlichen oder allgemein zugänglichen Orten Personen [zu] beobachten und diese sowie deren Äusserungen auf[z]uzeichnen».²²⁰ Werden im Rahmen eines Streifengangs oder einer Patrouillenfahrt durch die Polizeibeamten verdächtige Handlungen wahrgenommen und die Personen entsprechend für kurze Zeit beobachtet, so gilt dies noch nicht als Observation.²²¹ Eine Observation beinhaltet vielmehr ein gewisses gezieltes und systematisches Vorgehen und dauert i.d.R. längere Zeit.²²²

Auch wenn diese Massnahmen für die betroffenen Bürger zu Beginn oft überhaupt nicht spürbar oder erkennbar sind, stellen sie doch einen **Eingriff** in ihre Rechte dar, weshalb eine **formell-gesetzliche Grundlage** nötig ist.²²³ Da die

²¹⁷ BERICHT BWIS, S. 7 f.; BIAGGINI, Gutachten, S. 262.

²¹⁸ BERICHT BWIS, S. 8.

²¹⁹ Vgl. Kap. 2/2/I.

²²⁰ § 35 Abs. 1 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 35a PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 112); Art. 33a Abs. 1 PolG FR; Art. 21a Abs. 1 PolG GE; Art. 58b Abs. 1 PolG NE; Art. 52^{ter} Abs. 1 PolG SG; Art. 24f PolG SH; § 36^{ter} Abs. 1 PolG SO; Art. 23 Abs. 1 PolG UR; Art. 21b Abs. 1 PolG VD; Art. 27^{bis} Abs. 1 PolG VS; § 10b Abs. 1 PolG ZG; § 32 Abs. 1 PolG ZH; eine gesetzliche Grundlage scheint hierfür aber etwa im PolG AI, PolG BS, PolG GR, PolG JU, PolG LU und PolG TI zu fehlen; vgl. auch BGE 140 I 381 ff. (384), E. 4.2.1.

²²¹ MÜLLER, PolG BL, S. 131.

²²² Vgl. etwa MÜLLER, PolG BL, S. 130.

²²³ MÜLLER, PolG BL, S. 131 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 128 m.w.H.; vgl. auch REINHARD, S. 118 und 224, welcher zwar mangels Zwangsanwendung in der blossen polizeilichen Observation noch keinen Grundrechtseingriff sieht, aufgrund des dadurch bewirkten, besonders schwerwiegenden Eingriffs in die Persönlichkeit (was nach der hier vertretenen Ansicht gerade einem

Observation zum Einsatz gelangt, um unmittelbar vor dem Versuchsstadium eine Straftat vereiteln zu können, ist ihre Abgrenzung zum kriminalpolizeilichen Bereich sehr schwierig.²²⁴ Ursprünglich wurde sie deshalb etwa im Kanton Bern nicht im Polizeigesetz, sondern im bernischen Strafverfahrensrecht geregelt. Mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen StPO entfiel diese Grundlage, weshalb eine Norm im Polizeigesetz geschaffen werden musste.²²⁵

Neben der Normierung muss die Observation zum Schutz der Bürger an einen klaren Zweck, nämlich die Verhinderung von Straftaten, gebunden werden und soll dem **Verhältnismässigkeitsprinzip** entsprechend nur zum Einsatz gelangen, wenn «andere Massnahmen weniger Erfolg versprechen oder erschwert wären».²²⁶ Zudem müssen die observierten Personen nachträglich etwa über Gründe, Form und Dauer der Observation informiert und ihnen eine Beschwerde ermöglicht werden.²²⁷

Schliesslich sollte für länger dauernde Observationen ein **Genehmigungsvorbehalt** gelten. So setzen die Polizeigesetze denn auch für solche, die einen Monat, teils gar nur eine Woche, zehn oder 14 Tage überdauern, eine Genehmigung durch das Polizeikommando,²²⁸ die Staatsanwaltschaft²²⁹ oder das Zwangsmassnahmegericht²³⁰ voraus.²³¹

Grundrechtseingriff gleichkommt) dennoch eine besondere gesetzliche Grundlage fordert; vgl. auch BGE 140 I 381 ff. (385), E. 4.3 und 4.4.

²²⁴ Vgl. SCHWEGLER, Nr. 111.

²²⁵ SCHWEGLER, Nr. 111; Art. 35a PolG BE.

²²⁶ § 35 Abs. 1 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 35a Abs. 1 PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 112); § 36 Abs. 5 PolG BL (hierzu auch MÜLLER, PolG BL, S. 131); Art. 33a Abs. 1 PolG FR; Art. 21a Abs. 1 PolG GE; Art. 58b Abs. 1 PolG NE; Art. 52^{ter} Abs. 1 PolG SG; Art. 23 Abs. 1 PolG UR; Art. 21b Abs. 1 PolG VD; Art. 27^{bis} Abs. 1 PolG VS; § 10b Abs. 1 PolG ZG; § 32 Abs. 1 PolG ZH; vgl. auch MÜLLER, PolG BL, S. 131; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

²²⁷ BGE 140 I 381 ff. (389) E. 4.5.1.

²²⁸ Vgl. etwa Art. 52^{ter} Abs. 2 PolG SG; § 32 Abs. 2 PolG ZH.

²²⁹ Vgl. etwa Art. 33a Abs. 2 PolG FR; Art. 21a Abs. 3 PolG GE; Art. 58b Abs. 2 PolG NE; Art. 23 Abs. 3 PolG UR (ab 14 Tagen); Art. 21b Abs. 2 PolG VD (Genehmigung allerdings nur bei Aufzeichnungen nötig); § 10b Abs. 1 PolG ZG.

²³⁰ Vgl. etwa § 35 Abs. 2 PolG AG (ab 10 Tagen); Art. 35a Abs. 2 PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 112); § 36 Abs. 3 PolG BL (eine Woche, hierzu auch MÜLLER, PolG BL, S. 131); § 36^{ter} Abs. 3 PolG SO; Art. 27^{bis} Abs. 2 PolG VS.

²³¹ Vgl. hingegen etwa Art. 24f PolG SH, in welchem ein solcher Genehmigungsvorbehalt fehlt.

c) *Einsatz von technischen Überwachungsgeräten*aa) *Grundrechtseingriffe durch die Überwachung mittels technischer Geräte*

Im Rahmen einer solchen präventiven Observation kann sich auch der Einsatz von technischen Überwachungsgeräten als notwendig erweisen. Zu denken ist etwa an Foto- und Filmkameras, Tonaufnahmegeräte oder GPS-Sender.²³² Deren Einsatz im Rahmen einer Überwachung führt für die Betroffenen klar zu einem Grundrechtseingriff, insbesondere zu einem **Eingriff** in die **informationelle Selbstbestimmung**.²³³

Dies gilt im Besonderen in Bezug auf die **Videoüberwachung**: Hierbei wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bereits durch eine Videobeobachtung²³⁴ tangiert, können doch damit Informationen über eine Person, ihren Aufenthalt an einem bestimmten Ort, ihr Verhalten, ja gar ihre Gewohnheiten und ihre sozialen Beziehungen erlangt werden.²³⁵ Erst recht führt die Videoaufzeichnung²³⁶ einer Person und jeder darauffolgende Bearbeitungsschritt zu einem entsprechenden Eingriff.²³⁷

Verneint man bei der Videobeobachtung mangels effektiver Datenbearbeitung eine Verletzung von Art. 13 Abs. 2 BV, so verbleibt doch in jedem Fall eine Beeinträchtigung von Art. 13 Abs. 1 BV, dem Anspruch auf **Achtung des Privatlebens**. Denn bereits die Tatsache, dass die Behörden mittels Videoüberwachung Informationen sammeln könnten, ja die schlichte Präsenz von Kameras,

²³² RÉMY, S. 107; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 137.

²³³ Vgl. MÜLLER, Videoüberwachung, S. 91; SCHWEGLER, Nr. 155 ff.; STRASSER, S. 199; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 137; Urteil des BGer 1P.385/2006 vom 14. Dezember 2006, E. 5.

²³⁴ Hierbei dient die Videoüberwachung als eine Art «verlängertes Auge», was zum einen das rechtzeitige Erkennen von Gefahren und damit eine schnelle Reaktion der Polizei ermöglichen, zum andern aber auch einen Abschreckungseffekt bewirken soll; vgl. hierzu MÜLLER, Videoüberwachung, S. 89 f.; zur informationellen Selbstbestimmung vgl. Kap. 2/3/VI/2.

²³⁵ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 91 m.w.H.; vgl. auch Urteil des BGer 1C_315/2009 vom 13. Oktober 2010, E. 2.2; BGE 136 I 87 ff. (112), E. 8.1; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 129.

²³⁶ Hierbei werden die aufgenommenen Bild- und Tondaten gespeichert, was nicht nur einen Abschreckungseffekt bewirken soll, sondern auch Beweis Zwecken dient; vgl. hierzu MÜLLER, Videoüberwachung, S. 90.

²³⁷ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 91 m.w.H.; vgl. auch Urteil des BGer 6B_538/2015 vom 7. September 2015, E. 1 und hierzu IMHOF, Nr. 1 ff.; Urteil des BGer 1C_315/2009 vom 13. Oktober 2010, E. 2.2; BGE 133 I 77 ff. (80 f.), E. 3.2; KIENER/KÄLIN, S. 178; MÜLLER/SCHEFER, S. 173.

kann die Rechte der Betroffenen tangieren, fühlen sich diese doch dadurch beobachtet und damit in ihrem Privatleben, ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt.²³⁸ Videoüberwachungen können darüber hinaus ganz generell zu einem Eingriff in die **persönliche Freiheit** nach Art. 10 Abs. 2 BV führen, aufgrund der eben angesprochenen psychologischen Hemmwirkung insbesondere die Bewegungsfreiheit tangieren.²³⁹

Videoüberwachungen dürften regelmässig bedeutsame Grundrechtseingriffe bewirken, werden dadurch doch oft auch ohne konkrete Gefahr von einer unbestimmten Vielzahl von Personen teilweise sehr persönliche Daten gesammelt.²⁴⁰ Wie intensiv der Eingriff ist, muss aber je nach konkreter Situation beurteilt werden. Die **Intensität** hängt insbesondere davon ab, ob allenfalls aufgenommene Daten lediglich angeschaut werden dürfen, wenn ein konkreter Verdacht auf eine Straftat vorliegt, oder ob dies auch ohne Anhaltspunkte auf ein Delikt erfolgen kann.²⁴¹ Auch die Aufbewahrungsdauer des gespeicherten Ton- und Bildmaterials spielt eine Rolle.²⁴² Massgeblich wird die Schwere des Grundrechtseingriffs aber vor allem dadurch beeinflusst, zu welchem Zweck und für wie lange die einzelne Person eine überwachte Örtlichkeit aufsucht: Handelt es sich etwa um eine Unterführung oder eine einfache Strasse, die in der Regel lediglich zugänglich passiert wird, ist die Intensität wohl eher niedrig.²⁴³ Ist die Kamera hingegen auf eine Fussgängerzone gerichtet, in welcher das gesellschaftliche Leben gepflegt wird, wo sich aber auch etwa medizinische Praxen, ein Bordell, religiöse Institutionen, Gerichte oder Sozialbehörden befinden, kann die Intensität als deutlich höher beurteilt werden.²⁴⁴

²³⁸ Urteil des BGer 1C_315/2009 vom 13. Oktober 2010, E. 2.2; vgl. auch MÜLLER, Videoüberwachung, S. 92 m.w.H.; zur Achtung des Privatlebens vgl. Kap. 2/3/VI/1.

²³⁹ SCHWEIZER, SGK, N 35 zu Art. 10 BV; vgl. kritisch MÜLLER, Videoüberwachung, S. 94 f. m.w.H.; zum einen sei bei einer Datenbearbeitung Art. 13 Abs. 2 BV lex specialis zu Art. 10 Abs. 2 BV, zum andern sei insbesondere die Einschränkung der Bewegungsfreiheit zu wenig stark, um tatsächlich einen Eingriff bewirken zu können; zum Schutz der persönlichen Freiheit vgl. Kap. 2/3/V.

²⁴⁰ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 93 m.w.H.

²⁴¹ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 93 m.w.H., welcher eine Sichtung ohne Anhaltspunkte auf ein Delikt immer als unverhältnismässig einstuft; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 156 und hierzu auch BGE 133 I 77 ff. (85), E. 5.3 und Urteil des BGer 1C_315/2009 vom 13. Oktober 2010, E. 2.1 f., wonach lediglich ein leichter Eingriff erfolgt, wenn Aufzeichnungen erst dann angeschaut werden dürfen, wenn tatsächlich eine Straftat begangen wurde.

²⁴² BGE 133 I 77 ff. (85 f.), E. 5.3.

²⁴³ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 92 m.w.H.

²⁴⁴ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 92 ff. m.w.H.

Je nach Örtlichkeit können Videoüberwachungen denn auch noch **weitere Grundrechte** beeinträchtigen: Sind die Kameras auf einen Platz gerichtet, auf welchem eine Kundgebung stattfinden soll, kann die Meinungs- und Versammlungsfreiheit nach Art. 16 und 22 BV betroffen sein.²⁴⁵ Befinden sich im überwachten Bereich religiöse Stätten, ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV zu prüfen, bei zum Wohnungsbegriff gehörenden Aussenräumen wie Balkons oder umgrenzten Gärten der Anspruch auf Achtung der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 BV, bei Geschäftsbetrieben wie Arztpraxen oder Anwaltskanzleien, bei denen die Diskretion wichtig ist, die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV.²⁴⁶ Schliesslich könnten durch eine Videoüberwachung auch die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV oder das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV beeinträchtigt werden.²⁴⁷

bb) Befugnisnormen für den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten

Da durch den Einsatz technischer Überwachungsgeräte offensichtlich Grundrechtseingriffe bewirkt werden, müssen die kantonalen Polizeigesetze nach Art. 36 Abs. 1 BV für diese Massnahmen **genügende gesetzliche Grundlagen** vorsehen.²⁴⁸ Dies ergibt sich auch aus dem StGB, handelt es sich bei solchen Massnahmen doch um eine amtliche Überwachung im Sinne von Art. 179^{octies} StGB, die nach Art. 179^{bis} ff. StGB strafbar ist, falls kein Gesetz hierfür die ausdrückliche Befugnis erteilt.²⁴⁹ In diesem Zusammenhang erscheint es bedauerlich, dass das Bundesgericht in einem erst kürzlich ergangenen Entscheid offen liess, ob bei ständigen und von einem konkreten Verdacht unabhängigen Videoaufzeichnungen während Geschwindigkeitskontrollen eine gesetzliche Grundlage notwendig sei.²⁵⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies bei dauernden und verdachtsfreien Videoaufzeichnungen im öffentlichen Raum klar der Fall.²⁵¹

Befugnisnormen für sicherheitspolizeiliche Videoüberwachungen finden sich in den **kantonalen Polizeigesetzen** nur vereinzelt und uneinheitlich: Einige er-

²⁴⁵ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 95 f. m.w.H.; zur Meinungsfreiheit vgl. Kap. 2/3/VII/2, zur Versammlungsfreiheit Kap. 2/3/VII/5.

²⁴⁶ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 96 m.w.H.; zur Achtung der Wohnung vgl. Kap. 2/3/VI/1.

²⁴⁷ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 97; zur Eigentumsgarantie vgl. Kap. 2/3/VIII, zum Diskriminierungsverbot Kap. 2/3/III/1.

²⁴⁸ Vgl. STRASSER, S. 199; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 137; Urteil des BGer 1P.385/2006 vom 14. Dezember 2006, E. 5.

²⁴⁹ Art. 179^{octies} Abs. 1 StGB; vgl. TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 138.

²⁵⁰ Urteil des BGer 6B_538/2015 vom 7. September 2015, E. 1.2; vgl. auch IMHOF, Nr. 5.

²⁵¹ Ebenso IMHOF, Nr. 3 ff.

wählen lediglich in der Bestimmung zur Observation, dass in diesem Rahmen auch Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht werden dürfen.²⁵² Andere Polizeierlasse behandeln den Einsatz technischer Mittel zwar in einer separaten Norm, beschränken sich aber auf eine sehr allgemeine Formulierung.²⁵³ In wenigen Polizeigesetzen ist speziell der Einsatz von Videokameras hingegen detailliert geregelt.²⁵⁴ Der Kanton Bern beispielsweise sieht zum einen vor, dass bei Massenveranstaltungen Personen und deren Äusserungen auf Bild- und Tonträger aufgenommen werden können, «wenn konkrete Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, es könne zu strafbaren Handlungen gegen Menschen oder Sachen kommen».²⁵⁵ Zum andern enthält das Berner Polizeigesetz eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von Bildübermittlungs- und Bildaufzeichnungsgeräten sowohl an öffentlichen Orten zur Verhinderung von Straftaten, als auch zum Schutz öffentlicher Gebäude.²⁵⁶

Insbesondere in Bezug auf die Videoüberwachungen enthalten neben den allgemeinen Polizeigesetzen auch **andere kantonale Erlasse**, insbesondere Datenschutzerlasse, gesetzliche Grundlagen, auf welche sich sicherheitspolizeiliche Massnahmen stützen können.²⁵⁷

Um zu genügen, müssen diese Befugnisnormen **hohen Anforderungen** bezüglich der **Normdichte** gerecht werden.²⁵⁸ Zum einen müssen die gesetzlichen Grundlagen regeln, wo eine Überwachung erfolgen darf,²⁵⁹ welche technischen Mittel zum Einsatz gelangen²⁶⁰ und wie die dadurch erlangten Daten weiter bearbeitet werden dürfen.²⁶¹ Zum andern müssen sie gewisse technische und organisatorische Massnahmen vorsehen, um insbesondere einer missbräuchlichen Verwendung des Bild- oder Tonmaterials entgegen zu wirken.²⁶² Speziell in Bezug auf den Einsatzort sowie die Art der eingesetzten Mittel müssen aber ver-

²⁵² Vgl. etwa § 35 Abs. 1 PolG AG; Art. 33a Abs. 1 PolG FR.

²⁵³ Vgl. etwa Art. 22 PolG GR; § 58c PolG NE.

²⁵⁴ Vgl. insbesondere Art. 51 ff. PolG BE; § 32a ff. PolG ZH; des Weiteren auch Art. 24a PolG AR.

²⁵⁵ Art. 51 Abs. 1 PolG BE (hierzu auch SCHWEGLER, Nr. 156 ff.).

²⁵⁶ Art. 51a und 51b PolG BE (hierzu auch SCHWEGLER, Nr. 157 f.).

²⁵⁷ Vgl. anstelle vieler Art. 7 Abs. 1 DSG OW; § 21 Abs. 1 DSG SZ; Art. 28 Abs. 1 GIDA VS; § 20 Abs. 1 IDAG AG; § 16bis Abs. 1 InfoDG; Art. 3 Abs. 1 PolR SG.

²⁵⁸ Zu den Anforderungen an die Normdichte vgl. Kap. 2/2/I/3.

²⁵⁹ Vgl. hierzu BGE 136 I 87 ff. (113 f.), E. 8.2.3.

²⁶⁰ Vgl. hierzu BGE 136 I 87 ff. (113), E. 8.2.2.

²⁶¹ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 98 f. m.w.H.

²⁶² BGE 133 I 77 ff. (87), E. 5.4; MÜLLER, Videoüberwachung, S. 99.

hältnismässig offene Formulierungen erlaubt, mithin keine konkreten oder gar abschliessenden Aufzählungen erforderlich sein.²⁶³

Voraussetzung ist allerdings, dass sich die gesetzliche Grundlage zudem über den genauen Zweck der Überwachung ausspricht.²⁶⁴ Als zulässig kann hier wohl einzig eine Formulierung erachtet werden, welche für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte mindestens einen ernsthaften Verdacht auf eine Straftat voraussetzt, die es zu verhindern gilt.²⁶⁵ Nur so kann einerseits gewährleistet werden, dass der Entscheid über eine Überwachungsmassnahme nicht dem Ermessen der Exekutivbehörden überlassen wird, sondern zumindest im Grundsatz bei der Legislative verbleibt.²⁶⁶ Andererseits wirkt eine solche **klare Zweckbindung** auch einer rechtsstaatlich unerwünschten, allgegenwärtigen Kontrolle sowie einer Überwachung zwecks Ahndung von bloss sozial unerwünschten oder verpönten Tätigkeiten entgegen.²⁶⁷

d) *Verdeckte Vorermittlung*

Einige Kantone sehen in ihren Polizeierlassen des Weiteren den Einsatz von verdeckten Vorermittlern vor, welche «unter einer auf Dauer angelegten falschen Identität durch aktives und zielgerichtetes Verhalten versuchen, zu anderen Personen Kontakte zu knüpfen und zu ihnen ein Vertrauensverhältnis aufzubauen», um so schwere Straftaten verhindern zu können.²⁶⁸

Bei dieser sicherheitspolizeilichen Massnahme ist die **Abgrenzung** zum kriminalpolizeilichen Tätigkeitsbereich besonders schwierig, können die beiden Bereiche doch fließend ineinander übergehen oder sich überschneiden: Erkennt ein Polizeibeamter im Rahmen einer verdeckten Vorermittlung zur Verhinderung einer Straftat, dass bereits ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt,

²⁶³ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 99.

²⁶⁴ BGE 136 I 87 ff. (113 ff.), E. 8.2.3 ff.; MÜLLER, Videoüberwachung, S. 99 ff. m.w.H.

²⁶⁵ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 100 f.

²⁶⁶ BGE 136 I 87 ff. (116), E. 8.3.

²⁶⁷ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 100 f. m.w.H.

²⁶⁸ § 32e Abs. 1 PolG ZH; vgl. auch § 35 Abs. 5 PolG AG; § 37a f. PolG BL (hierzu auch MÜLLER, PolG BL, S. 132 ff.); Art. 33c Abs. 1 PolG FR; Art. 57 PolG GE; § 15a PolG LU; Art. 58e PolG NE; Art. 48 Abs. 1 PolG NW; Art. 23 Abs. 1 PolG OW; Art. 52^{septies} PolG SG; Art. 24g PolG SH; § 36^{quinquies} Abs. 1 PolG SO; § 9d Abs. 1 PolG SZ; § 43 Abs. 1 PolG TG; Art. 24 Abs. 1 PolG UR; Art. 21a Abs. 1 PolG VD; Art. 27^{quater} Abs. 1 PolG VS; § 10a Abs. 1 PolG ZG; eine gesetzliche Grundlage scheint hierfür aber etwa im PolG AI, PolG AR, PolG BS, PolG GL, PolG GR, PolG JU und PolG TI zu fehlen; vgl. auch BGE 140 I 381 ff. (384), E. 4.2.2; vgl. hierzu ausführlich auch etwa MOHLER, Polizeirecht, Nr. 443 ff.

hat er im Hinblick auf ein Strafverfahren kriminalpolizeiliche Massnahmen zu ergreifen.²⁶⁹

Das Bundesgericht hat denn auch festgestellt, dass die Kantone durchaus befugt sind, im sicherheitspolizeilichen Bereich zur Verhütung von Straftaten präventive verdeckte Vorermittlungsmassnahmen zu normieren.²⁷⁰ Deren primäres Ziel ist es, vermutete Straftaten zu verhindern.²⁷¹ Wird die Schwelle zur Strafbarkeit allerdings überschritten, was bei den meisten Delikten mit dem Versuch, bei einigen bereits durch Vorbereitungshandlungen erreicht wird, endet der sicherheitspolizeiliche Bereich und es muss ein Strafverfahren eröffnet werden.²⁷²

Den beiden Bereichen ist gemeinsam, dass durch die verdeckte Ermittlung stark in die **Grundrechte** der betroffenen Person eingegriffen wird, weshalb auch die gleichen verfassungsrechtlichen Garantien zu deren Schutz, allen voran das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit beachtet werden müssen.²⁷³

Entsprechend binden die meisten Polizeigesetze die verdeckte Vorermittlung an **strenge Voraussetzungen**: Zum einen ist sie subsidiär – mit anderen Worten bedingt ihr Einsatz, dass «andere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder die Vorermittlung sonst aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert wäre».²⁷⁴ Zum andern ist eine verdeckte Vorermittlung nur zulässig, wenn hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass es zu einer schweren Straftat kommen könnte, wobei viele Polizeigesetze auf den Deliktskatalog in Art. 286 Abs. 2 StPO verweisen.²⁷⁵ Etwas verwunderlich ist, dass das Bundesgericht in diesem Rahmen offenbar auch Alkoholtestkäufe als legitim betrachtet.²⁷⁶

²⁶⁹ BGE 140 I 353 ff. (360 f.), E. 5.2; hierzu auch HANSJAKOB, S. 33; SCHWEGLER, Nr. 111.

²⁷⁰ BGE 140 I 353 ff. (359 f.), E. 5.1; hierzu auch HANSJAKOB, S. 33.

²⁷¹ HANSJAKOB, S. 34.

²⁷² HANSJAKOB, S. 34.

²⁷³ BGE 140 I 353 ff. (361), E. 5.2; 140 I 381 ff. (385), E. 4.3 und 4.4; vgl. hierzu auch MÜLLER, PolG BL, S. 132 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 132; welche die hauptsächliche Bedeutung der verdeckten Ermittlung aber bei der Strafverfolgung sehen; zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen vgl. Kap. 2/2.

²⁷⁴ §32e Abs. 2 lit. c PolG ZH; vgl. anstelle vieler auch Art. 33 Abs. 1 lit. c PolG FR; § 15a Abs. 2 lit. c PolG LU; Art. 27^{quater} Abs. 1 lit. c PolG VS.

²⁷⁵ Vgl. anstelle vieler Art. 35b Abs. 1 lit. b PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 113); Art. 33 Abs. 1 lit. a und b PolG FR; § 15a Abs. 2 lit. a und b PolG LU; Art. 27^{quater} Abs. 1 lit. a und b PolG VS; §32e Abs. 2 lit. a und b PolG ZH.

²⁷⁶ BGE 140 I 353 ff. (362), E. 5.5; hierzu auch HANSJAKOB, S. 34.

Ist es teilweise bereits die Observation, so muss erst recht auch die verdeckte Vorermittlung an einen **Genehmigungsvorbehalt** geknüpft werden.²⁷⁷ Es ist oft der Polizeikommandant, welcher die Massnahme überhaupt anordnet, darüber hinaus ist sie nur zulässig, wenn eine richterliche Genehmigung vorliegt.²⁷⁸ Zudem müssen die Personen, gegen welche sich die verdeckte Vorermittlung richtet, nachträglich etwa über Gründe, Form und Dauer der Massnahme **informiert** werden und eine Möglichkeit haben, dagegen Beschwerde zu führen.²⁷⁹

Die meisten Polizeigesetze verweisen für die Durchführung der verdeckten Vorermittlung auf die Bestimmungen der StPO, in Bezug auf das «Mass der zulässigen Einwirkung» beispielsweise auf Art. 293 StPO.²⁸⁰ Sicherlich gilt auch im sicherheitspolizeilichen Bereich, dass sich verdeckte Ermittler mehrheitlich passiv verhalten müssen und der Zielperson keine Gelegenheit zur Straffälligkeit bieten dürfen.²⁸¹

e) *Überwachung von Kommunikationsmitteln*

aa) *Grundrechtseingriffe durch die Überwachung von Kommunikationsmitteln*

Nachdem von sicherheitspolizeilicher Observation, Überwachung mittels technischer Geräte sowie verdeckter Vorermittlung gesprochen wurde, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob die kantonalen Polizeikorps zur Gefahrenabwehr auch etwa die **Post** überprüfen, **Telefonate** abhören, **E-Mails** lesen oder **virtuelle Kommunikationsplattformen überwachen** dürfen.

Während sich der Schutz aus dem Anspruch auf die **Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs** nach Art. 13 Abs. 1 BV klar auf den Briefverkehr, Telefongespräche sowie etwa die Kommunikation per E-Mail, SMS, MMS und das Telefonieren über das Internet erstreckt, werden Homepages sowie öffentlich

²⁷⁷ TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 133; BGE 140 I 381 ff. (392 f.), E. 4.5.2.

²⁷⁸ Vgl. anstelle vieler § 35 Abs. 5 PolG AG; Art. 35b Abs. 3 PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 113); Art. 33c Abs. 1 und 3 PolG FR (wo auch ein Polizeioffizier die Massnahme anordnen kann); § 15a Abs. 2 und 3 PolG LU; Art. 58e Abs. 3 PolG NE; Art. 48 Abs. 5 PolG NW; § 9d Abs. 3 PolG SZ; Art. 21a Abs. 4 PolG VD; § 32e Abs. 1 und 4 PolG ZH (teilweise ergibt sich der Vorbehalt der richterlichen Genehmigung aus dem Verweis auf die StPO); vgl. auch HANSJAKOB, S. 35.

²⁷⁹ BGE 140 I 381 ff. (392 f.), E. 4.5.2.

²⁸⁰ Vgl. anstelle vieler § 35 Abs. 5 PolG AG; Art. 33c Abs. 4 PolG FR; § 15a Abs. 4 PolG LU; Art. 58e Abs. 4 PolG NE; Art. 21a Abs. 5 PolG VD; § 32e Abs. 4 PolG ZH; vgl. auch HANSJAKOB, S. 35.

²⁸¹ HANSJAKOB, S. 35.

zugängliche Newsgroups davon grds. nicht erfasst.²⁸² Virtuelle Kommunikationsplattformen hingegen, die nur einem beschränkten Benutzerkreis zugänglich sind, können sehr wohl unter den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 BV fallen, insbesondere, wenn durch den Einsatz eines Automatisierungsprogramms Daten nahezu ohne zeitlichen Abstand zur realen Kommunikation erhoben werden.²⁸³

Eine sicherheitspolizeiliche Überwachung dieser Kommunikationsmittel, welche auch Informationen aus dem Privatbereich erfasst, greift somit **schwer** in das Fernmeldegeheimnis der betroffenen Personen ein, weshalb den Anforderungen von Art. 36 BV zu genügen ist.²⁸⁴

bb) Befugnisnormen für die Überwachung von Kommunikationsmitteln

In Bezug auf die gesetzliche Grundlage zur Überwachung von Kommunikationsmitteln erinnerte das Bundesgericht daran, dass die StPO nur auf die Verfolgung bereits begangener Straftaten anwendbar ist, zur Vermeidung von Straftaten hingegen die Kantone entsprechende Bestimmungen erlassen oder dann explizit auf andere Normen – etwa die der StPO – verweisen müssen.²⁸⁵

Aktuell sehen einige **kantonale Polizeigesetze** einzig vor, dass im Rahmen der Gefahrenabwehr «eine auf Teilnehmeridentifikation und Verkehrsdaten beschränkte Überwachung des Fernmeldeverkehrs angeordnet werden [kann], um eine vermisste Person zu finden».²⁸⁶ «Als vermisst gilt eine Person, deren Aufenthalt von der Polizei als unbekannt festgestellt wird, soweit dringende Anhaltspunkte für eine schwere Gefährdung ihrer Gesundheit oder ihres Lebens be-

²⁸² Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.3 m.w.H.; vgl. auch BGE 126 I 50 ff. (64 ff.), E. 6; RHINOW/SCHEFER, S. 275 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 134 und Fn. 209; zur Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs vgl. auch Kap. 2/3/VI/1.

²⁸³ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.4.1 f.

²⁸⁴ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.5; BGE 125 I 96 ff. (103), E. 3e; 122 I 182 ff. (193), E. 5; vgl. auch STRASSER, S. 198 f.

²⁸⁵ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.2; zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage vgl. auch etwa EGLI, 2012, S. 208 mit Verweis auf Urteil des EGMR 27671/95 und 27671/95 vom 30. Juli 1998 i.d.S. Valenzuela Contreras gegen Spanien; 11801/85 vom 24. April 1990 i.d.S. Kruslin gegen Frankreich.

²⁸⁶ Art. 31 Abs. 1 PolG FR; vgl. auch etwa Art. 16 Abs. 2 PolG AI; Art. 15a PolG AR; Art. 3 Abs. 2 PolG BE i.V.m. Art. 274 StPO (hierzu SCHWEGLER, Nr. 114); § 43a PolG BS; § 10a PolG LU; Art. 51 PolG NW; Art. 50^{bis} PolG SG; § 36^{bis} PolG SO; § 42 PolG TG; § 10c PolG ZG; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 BÜPF.

stehen.»²⁸⁷ Für das Verfahren gelten sinngemäss die Bestimmungen der StPO nach Art. 269 ff.²⁸⁸

Da auf kantonaler Ebene weitere gesetzliche Grundlagen fehlen, sind anderweitige Überwachungen von Kommunikationsmitteln auf kantonaler Ebene grds. unzulässig.²⁸⁹ Insbesondere kann hier die polizeiliche Generalklausel nicht als Befugnisnorm herbeigezogen werden, fehlt doch klar das Kriterium der Unvorhersehbarkeit.²⁹⁰

Aufgrund der Schwere des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis der betroffenen Personen müssten **neue Normen** zur Überwachung von Kommunikationsmitteln eine klare **Zweckbindung** enthalten. Als genügendes öffentliches Interesse, das einen solchen Eingriff rechtfertigen könnte, betrachtet das Bundesgericht etwa die Erkennung und Bekämpfung von Amokläufen, Hooliganismus und schweren Ausschreitungen bei öffentlich zugänglichen Grossveranstaltungen und Kundgebungen, Aufrufen zur Gewalt, zu schweren Sachbeschädigungen mit erheblichem Schadenspotenzial oder zu anderen schweren Rechtsgutverletzungen sowie schweren Sexualdelikten, insbesondere an Kindern mittels Kontaktaufnahme im Internet.²⁹¹

Die Bestimmungen zur Überwachung von Kommunikationsmitteln müssten zudem die **Subsidiarität** dieser Massnahmen betonen, welche nur zulässig sein dürfen, wenn «die Abwehr einer drohenden Gefahr sonst aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde».²⁹²

In der gesetzlichen Grundlage sind des Weiteren **effektive Kontrollmechanismen** vorzusehen.²⁹³ Denn es ist zu bedenken, dass solche Überwachungsmaßnahmen eine Mehrzahl von Personen treffen können, bezüglich welchen möglicherweise keinerlei Verdacht auf ein rechtswidriges Verhalten besteht. Entsprechend muss eine unabhängige richterliche Behörde die Überwachung vorgängig genehmigen. Nachträglich sind die Betroffenen über die Massnahme zu informieren, damit sie wirksamen Rechtsschutz erlangen können.²⁹⁴ Eine nach-

²⁸⁷ Art. 31 Abs. 2 PolG FR; vgl. auch Art. 3 Abs. 2 BÜPF; RÉMY, S. 109.

²⁸⁸ Vgl. etwa § 10c PolG ZG; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 BÜPF; RÉMY, S. 109.

²⁸⁹ STRASSER, S. 201.

²⁹⁰ Vgl. auch STRASSER, S. 201 f.

²⁹¹ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.6 i.V.m. dem aufgehobenen § 32f PolG ZH.

²⁹² Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.7.2.2; vgl. hierzu auch STRASSER, S. 205.

²⁹³ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.5, 8.7.2.1 und 8.7.2.3.

²⁹⁴ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.7.2.3 ff.; vgl. hierzu auch EGLI, 2012, S. 208 mit Verweis auf das Urteil des EGMR 42250/02 vom 1. Juli 2008 i.d.S. Calmanovici gegen Rumänien; STRASSER, S. 207 ff.

träglische Benachrichtigung sämtlicher Betroffenen, wie es das Bundesgericht verlangt, setzt allerdings voraus, dass diese zuerst identifiziert werden. Dies würde nicht nur ein unverhältnismässiger Aufwand für die Behörden bedeuten, sondern auch diese Personen unnötig in ihren Persönlichkeitsrechten tangieren, verliert ihre Kommunikation doch erst durch die Identifikation ihren anonymen Charakter.²⁹⁵ Nach der hier vertretenen Meinung müssen also nur die Personen, gegen welche sich die Überwachungsmassnahmen primär gerichtet haben, nachträglich informiert werden.²⁹⁶

2. Polizeilicher Zwang der kantonalen Polizeikorps

A) Unmittelbarer Zwang als Ausfluss des Gewaltmonopols

Die eben beschriebenen sicherheitspolizeilichen (Standard-)Massnahmen sind vom sicherheitspolizeilichen Zwang **abzugrenzen**.²⁹⁷ Zum einen bedarf die Ausführung der ersten nämlich nicht immer unmittelbaren Zwangs.²⁹⁸ Zum andern kommt der zweite nicht nur im Rahmen sicherheitspolizeilicher Realakte, sondern auch etwa zur Durchsetzung rechtskräftiger Verfügungen von Verwaltungs- oder Justizbehörden zur Anwendung: Mit anderen Worten dient polizeilicher Zwang sowohl der allgemeinen Gefahrenabwehr als auch anderen Aufgaben wie der Vollzugshilfe.²⁹⁹ Er ist Ausfluss des staatlichen Gewaltmonopols, Mittel, um die Rechtsordnung durchzusetzen und damit für den Bestand des Rechtsstaates essentiell.³⁰⁰

Das Suffix «polizeilich» rechtfertigt sich dennoch, ist es doch im Regelfall die **Polizei im institutionellen Sinn**, welche (als einzige Behörde) zur Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols und dementsprechend zur Anwendung von Zwangsmitteln legitimiert ist.³⁰¹

Als «**unmittelbar**» wird der Zwang hier deshalb bezeichnet, weil er direkte Auswirkungen auf die Psyche einer Person oder Sache hat.³⁰² Bloss mittelbar wä-

²⁹⁵ Ebenso HANSJAKOB, S. 36.

²⁹⁶ Ebenso HANSJAKOB, S. 36.

²⁹⁷ LANGENEGGER, S. 141; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 7 und 12.

²⁹⁸ Vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 23, wonach die Massnahmen mit Zwang verbunden sein können, dies aber nicht immer der Fall ist.

²⁹⁹ GAMMA, S. 40; RAUBER, S. 71; REINHARD, S. 251; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 12; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 55.

³⁰⁰ SCHWEGLER, Nr. 135.

³⁰¹ REINHARD, S. 251; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 12 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 55; vgl. auch GAMMA, S. 40 Fn. 87; LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 97.

³⁰² REINHARD, S. 251; SCHWEGLER, Nr. 136; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER,

re der Zwang hingegen etwa bei administrativen Rechtsnachteilen und Ordnungsbussen.³⁰³

Polizeiliche Gewaltanwendung führt regelmässig zu einem Eingriff in das Recht auf **körperliche Unversehrtheit** nach Art. 10 Abs. 2 BV.³⁰⁴ Absolut verboten sind zwar einzig die Folter sowie jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung.³⁰⁵ In jedem Fall sind aber die Anforderungen von Art. 36 BV zu beachten.

Im schlimmsten Fall kann der Einsatz polizeilicher Zwangsmittel gar den Tod eines Menschen bewirken und damit den Schutzbereich des **Rechts auf Leben** tangieren.³⁰⁶ In welchen absoluten Ausnahmefällen die Tötung rechtmässig ist, regelt Art. 2 EMRK, auf welchen weiter unten näher eingegangen wird.³⁰⁷

B) Befugnisnormen für die polizeiliche Zwangsanwendung

Aufgrund der teilweise schwerwiegenden Grundrechtseingriffe³⁰⁸ akzentuiert sich hier das Bedürfnis nach einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage noch stärker als bei den einzelnen sicherheitspolizeilichen Massnahmen.³⁰⁹ Gleichzeitig verschärft sich bezüglich der polizeilichen Zwangsanwendung auch die mit der gesetzlichen Grundlage verbundene Problematik: Zum einen muss die gesetzliche Grundlage die Zwangsanwendung der Rechtssicherheit zuliebe möglichst detailliert regeln.³¹⁰ Zum andern muss sie aber noch genügend offen formuliert sein, um der Sicherheitsbehörde eine einzelfallgerechte Anwendung zu ermöglichen sowie gegenüber zukünftigen technischen Neuerungen offen zu bleiben.³¹¹ Auf diese Spannungslage wird im zweiten Teil dieser Arbeit im Kapitel zum Legalitätsprinzip näher eingegangen.³¹²

Nr. 12.

³⁰³ REINHARD, S. 251; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 12.

³⁰⁴ KIENER/KÄLIN, S. 137; vgl. hierzu etwa Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.3 ff.; zum Recht auf körperliche Unversehrtheit vgl. Kap. 2/3/V/3.

³⁰⁵ Art. 10 Abs. 3 BV; vgl. hierzu Kap. 2/3/V/4.

³⁰⁶ KIENER/KÄLIN, S. 137; vgl. auch HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 30; zum Recht auf Leben vgl. Kap. 2/3/IV.

³⁰⁷ Vgl. Kap. 2/3/IV/1.

³⁰⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 55; vgl. auch TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 103.

³⁰⁹ Vgl. REINHARD, S. 251; ROSSAT-FAVRE, S. 417.

³¹⁰ Vgl. REINHARD, S. 251.

³¹¹ Vgl. LANGENEGGER, S. 147; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 55.

³¹² Vgl. Kap. 2/2/I/1/C.

Einige der neueren **Polizeigesetze** regeln den polizeilichen Zwang verhältnismässig detailliert, verzichten aber auf eine abschliessende Aufzählung der erlaubten Zwangsmittel und überlassen deren Regelung teilweise dem Regierungsrat.³¹³ Andere Polizeigesetze begnügen sich mit einer allgemeinen Klausel oder einer bloss punktuellen Regelung, normieren aber immerhin fast immer den Schusswaffengebrauch und teilweise die Fesselung.³¹⁴ Der Kanton Schaffhausen hat die Lösung gewählt, für die Anwendung polizeilichen Zwangs auf das Zwangsanwendungsgesetz des Bundes zu verweisen.³¹⁵ Einige der älteren Polizeigesetze regeln die Anwendung des unmittelbaren Zwangs klar ungenügend, weshalb gänzlich auf Verordnungen, Dienstreglemente oder gar die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen werden muss.³¹⁶

Entsprechend ist das **Verhältnismässigkeitsprinzip** für die Anwendung polizeilichen Zwangs von besonderer Bedeutung. Diesem, sowie insbesondere dessen Bedeutung im Bereich der Zwangsanwendung, wird im zweiten Teil dieser Arbeit bei der Besprechung der rechtsstaatlichen Grundsätze ein Kapitel gewidmet.³¹⁷

C) Polizeiliche Zwangsmittel der kantonalen Polizeikorps

Beispiele möglicher Zwangsmittel sind die Folgenden:³¹⁸

Zum einen ist unter Umständen die Anwendung **körperlicher Gewalt**, also der direkte Einsatz von Körperkräften gegen Sachen oder Personen, gerechtfertigt.³¹⁹ Kommen lediglich die körperlichen Kräfte der Polizeibeamten zum Einsatz, handelt es sich hierbei um die mildeste Form der unmittelbaren Zwangsanwendung, welche gemäss Verhältnismässigkeitsprinzip zu bevorzugen ist.³²⁰

³¹³ Art. 45 ff. PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 137); Art. 31 ff., insbes. Art. 31 Abs. 3 PolG OW; § 18 ff. PolG TG; § 32 ff., insbes. § 33 Abs. 2 PolG ZG; § 13 ff., insbes. § 13 Abs. 2 PolG ZH; § 5 ff. PolZ ZH; vgl. auch LANGENEGGER, S. 147 m.w.H.

³¹⁴ Vgl. etwa § 44 ff. PolG AG; Art. 19 PolG AI; Art. 26 ff. PolG AR; Art. 45 ff. PolG BE; § 46 ff. PolG BS; Art. 27 ff. PolG GL; Art. 23 ff. PolG GR; Art. 37 PolG JU; § 20 PolG LU; Art. 44 ff. PolG SG; Art. 31^{ter} und 39 PolG SO; § 20 f. PolG SZ; Art. 35 ff. PolG UR; Art. 24 ff. PolG VD; Art. 26 PolG VS. Art. 24 Abs. 3 PolG SH.

³¹⁵ Vgl. GAMMA, S. 40 f.; RAUBER, S. 71; vgl. etwa PolG GE.

³¹⁶ Kap. 2/2/III, insbes. 2/2/III/1/C.

³¹⁷ Vgl. auch etwa KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 24 f.

³¹⁸ LANGENEGGER, S. 141; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 12 und 103; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 55; anstelle vieler Art. 44 Abs. 1 PolG AG; Art. 23 Abs. 1 PolG GR; § 20 Abs. 1 PolG LU; Art. 55 PolG NE; Art. 31 Abs. 1 und 2 PolG OW; § 13 Abs. 1 PolG ZH; § 5 Abs. 1 PolZ ZH.

³¹⁹ REINHARD, S. 252; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

Zu denken ist etwa an das Aufbrechen von Schlössern oder das Festhalten an Körperteilen.³²¹

Zum andern können auch **Hilfsmittel** zur Anwendung gelangen.³²² Dies sind Utensilien und Tiere, welche zwar die körperliche Gewalt verstärken, aber noch keine ernsthafte Gefahr für Leib und Leben bewirken.³²³ Mögliche Beispiele sind etwa Handschellen, andere Fesselungsmittel, technische Sperren, Augenbinden oder Diensthunde.³²⁴

Schliesslich können als ultima ratio auch **Waffen** zum Einsatz kommen.³²⁵ Darunter fallen etwa Schlag- und Abwehrstöcke, Reizstoffe, Wasserwerfer, nicht tödlich wirkende Destabilisierungsgeräte sowie Schusswaffen.³²⁶

Insbesondere **Schusswaffen**, die direkt gegen Personen eingesetzt werden, können zu schweren Verletzungen oder gar Tötungen führen.³²⁷ Aber selbst gegen Gegenstände gerichtet, etwa gegen die Pneus eines Fluchtfahrzeugs, können sie schwerwiegende Konsequenzen zeitigen, mithin auch Dritte gefährden.³²⁸ Je nach Einsatzform werden das Recht auf körperliche Unversehrtheit oder gar das Recht auf Leben tangiert.³²⁹ Die damit verbundenen (Abwehr-)Ansprüche gelten nicht absolut, Eingriffe sind allerdings nur unter restriktiven Voraussetzungen legitim, setzen etwa eine besonders schwere Straftat bzw. ein entsprechend dringender Tatverdacht voraus. Hierzu kann auf die detaillierten Normierungen und

³²¹ TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 106.

³²² TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 12 und 103; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 55; vgl. anstelle vieler auch Art. 44 Abs. 1 PolG AG; Art. 23 Abs. 1 PolG GR; § 20 Abs. 1 PolG LU; § 13 Abs. 1 PolG ZH.

³²³ REINHARD, S. 252.

³²⁴ Art. 31 Abs. 2 PolG OW; § 18 Abs. 2 PolG TG; § 5 Abs. 1 lit. a und b, § 6 und 7 PolZ ZH; zur Fesselung vgl. etwa § 45 PolG AG; Art. 47 PolG BE (und hierzu SCHWEGLER, Nr. 141); § 47 PolG BS; vgl. auch RAUBER, S. 73.

³²⁵ TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 12 und 103; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 55; vgl. auch Art. 15 i.V.m. Art. 11 ZAG; anstelle vieler Art. 46 PolG AG; Art. 48 PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 142 ff.); Art. 25 PolG GR; § 21 PolG LU; Art. 56 PolG NE; § 17 PolG ZH.

³²⁶ Art. 31 Abs. 2 PolG OW; § 18 Abs. 2 PolG TG; § 5 Abs. 1 lit. c bis h, § 8 ff. PolZ ZH; für weitere Beispiele vgl. etwa TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 108.

³²⁷ Vgl. etwa BAUMGARTNER, NZZ, zu zwei Schusswaffeneinsätzen in der Stadt Zürich im Jahr 2015, welche zu Verletzten führten.

³²⁸ Vgl. BGE 136 I 87 ff. (96), E. 4.2.

³²⁹ BGE 136 I 87 ff. (96), E. 4.2.

die Ausführungen in Lehre und Rechtsprechung sowie das unten folgende Kapitel zu den Grundrechten verwiesen werden.³³⁰

In den letzten Jahren wurden durch die Polizeibehörden vermehrt **Destabilisierungsgeräte**, auch Taser genannt, eingesetzt.³³¹ Diese werden ähnlich gehandhabt wie Schusswaffen, verursachen bei der Zielperson aber in der Regel keine bleibenden Schäden, sondern machen sie durch Verursachung eines Elektroschocks für kurze Zeit handlungsunfähig.³³² Zwar wird durch die Verwendung von Tasern – etwa aufgrund der damit verbundenen Schmerzen – ebenfalls in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen. Da der Eingriff aber regelmässig leichter sein dürfte als beim Schusswaffengebrauch, ist der Einsatz von Tasern unter Beachtung der Regelung zu den Schusswaffen zulässig und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip gar zu fordern, wenn er als milderer Mittel erscheint.³³³

3. Transparenz sicherheitspolizeilicher Massnahmen

Normalerweise werden die zuvor beschriebenen sicherheitspolizeilichen Standardmassnahmen **nach aussen erkennbar**, oft gar in Uniform ausgeführt.³³⁴ Dieser Auftritt nach Aussen ist für das sicherheitspolizeiliche Tätigwerden entscheidend, ja gar von besonderer Wichtigkeit, wenn die Massnahmen mit unmittelbarem Zwang verbunden sind.³³⁵ Denn nur, wenn der Staat seine Gewalt offen ausübt, wird sein Handeln für den Bürger voraussehbar und berechenbar sowie die Möglichkeit geschaffen, im Bedarfsfall gegen entsprechende Massnahmen Rechtsschutzmittel zu ergreifen.³³⁶ Nur so kann sich zwischen Staat und

³³⁰ Zu den Normierungen vgl. anstelle vieler Art. 46 PolG AG; Art. 48 PolG BE; § 48 PolG BS; Art. 25 PolG GR; § 21 PolG LU; Art. 56 PolG NE; § 17 PolG ZH; zur Lehre vgl. anstelle vieler GAMMA, S. 41 f.; HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 29 ff.; REINHARD, S. 253 ff.; SCHWEGLER, Nr. 142 ff.; TROCHSLER-HUGENOBLE/LOBSIGER, Nr. 109 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 55; sehr ausführlich HUG, S. 1 ff.; zur Rechtsprechung vgl. anstelle vieler BGE 136 I 87 ff. (96 f.), E. 4.2; vgl. Kap. 2/3/IV/1.

³³¹ Vgl. etwa den Artikel in der Berner Zeitung mit dem Titel «Polizisten greifen so oft zum Taser wie noch nie.» vom 25. Januar 2015, abrufbar unter <http://www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Polizisten-greifen-so-oft-zum-Taser-wie-noch-nie/story/23673351>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

³³² SCHWEGLER, Nr. 153.

³³³ SCHWEGLER, Nr. 153; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

³³⁴ LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 98; TROCHSLER-HUGENOBLE/LOBSIGER, Nr. 9.

³³⁵ TROCHSLER-HUGENOBLE/LOBSIGER, Nr. 14.

³³⁶ TROCHSLER-HUGENOBLE/LOBSIGER, Nr. 123.

Bürger ein Vertrauensverhältnis aufbauen, das für das Funktionieren unseres rechtsstaatlichen und demokratischen Systems unabdingbar ist.³³⁷

Ausnahmen können teilweise bei den informationell intervenierenden Realakten gerechtfertigt sein: Sicherheitspolizeiliche Datenbearbeitung ist für den Bürger oft nicht erkennbar.³³⁸ Besonders gilt dies bei gewissen speziellen Arten der Informationsbeschaffung, so etwa der Observation oder dem Einsatz von Überwachungsgeräten bzw. verdeckten Ermittlern, welche grds. unentdeckt bleiben müssen, soll deren Zweck nicht vereitelt werden.³³⁹ Zur Kompensation sind diese Massnahmen qualifizierten Voraussetzungen, teilweise gar einer richterlichen Kontrolle, unterworfen.³⁴⁰ Zudem müssen die Betroffenen soweit möglich und zumutbar nachträglich informiert werden.

V. Sicherheitspolizeiliche Massnahmen auf Bundesebene

1. Sicherheitspolizeiliche Befugnisse nach dem Zwangsanwendungsgesetz

Müssen Bundesbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu polizeilichen Massnahmen oder gar Zwang greifen, so fällt ihre Tätigkeit in den Anwendungsbereich des Zwangsanwendungsgesetzes.³⁴¹ Dieses regelt allerdings lediglich die Voraussetzungen, Formen sowie Art und Weise gewisser polizeilicher (Zwang-)Massnahmen, bildet hierfür aber **keine Ermächtigungsgrundlage**.³⁴² Die Befugnis muss den Behörden vielmehr durch andere (Spezial-)Gesetze erteilt werden.³⁴³ Entsprechende Normen finden sich etwa für die Bundesbehörden, welche nach dem BWIS gewisse sicherheitspolizeiliche Aufgaben zu erfüllen haben,³⁴⁴ für das Grenzwachtkorps,³⁴⁵ für Armeeingehörige, welche im Rahmen des Assistenzdienstes Polizeiaufgaben übernehmen,³⁴⁶ sowie für die Sicherheitsdienste

³³⁷ Vgl. auch TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 124 f.

³³⁸ TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 11 und 114 ff.

³³⁹ STRASSER, S. 199; TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 10 und 122 ff.

³⁴⁰ Vgl. STRASSER, S. 199; TROCHSLER-HUGENTOBBLER/LOBSIGER, Nr. 115 ff., insbes. Nr. 132.

³⁴¹ Art. 2 Abs. 1 lit. a ZAG.

³⁴² BOTSCHAFT ZAG, S. 2501; ROSSAT-FAVRE, S. 419.

³⁴³ Art. 7 ZAG; BOTSCHAFT ZAG, S. 2501.

³⁴⁴ Vgl. etwa Art. 2 Abs. 4 und Art. 5a BWIS.

³⁴⁵ Vgl. sogleich Kap. 1/3/V/3.

³⁴⁶ Vgl. sogleich Kap. 1/3/V/2.

gewisser Transportunternehmungen^{347, 348}. Gemäss Botschaft kann unter Umständen auch die polizeiliche Generalklausel als Rechtsgrundlage dienen.³⁴⁹

Die Personen innerhalb dieser Behörden, welche die Massnahmen tatsächlich ausüben, müssen hierzu speziell **ausgebildet** sein.³⁵⁰ Wie bereits betont, ist dies ein wirksames Mittel, um Machtmissbrauch zu verhindern.³⁵¹ Die Ausbildung muss sich sowohl auf technische als auch auf psychologische, medizinische und rechtliche Aspekte beziehen.³⁵² Damit soll gewährleistet werden, dass die polizeilichen Massnahmen und insbesondere der polizeiliche Zwang **verhältnismässig** ausgeübt werden – ein Grundanliegen des ZAG.³⁵³ Entsprechend sieht das Gesetz auch vor, dass die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit «den Umständen angemessen sein», etwa «das Alter, das Geschlecht und de[n] Gesundheitszustand der betroffenen Personen» berücksichtigen muss, und «keine Eingriffe oder Beeinträchtigungen nach sich ziehen [darf], die zum angestrebten Ziel in einem Missverhältnis stehen».³⁵⁴

Die **polizeilichen Massnahmen**, welche im ZAG genauer geregelt werden, sind das kurzfristige Festhalten von Personen, die Durchsuchung von Personen, Räumen und Fahrzeugen sowie die Sicherstellung von Gegenständen.³⁵⁵ Andere Standardmassnahmen, wie die Anhaltung und Identitätsfeststellung, Wegweisung oder erkennungsdienstliche Behandlung, fehlen im ZAG. Da auch diese grundrechtsrelevant sein können, sollten sie formell-gesetzlich geregelt werden.³⁵⁶ Aktuell sind sie lediglich punktuell und vorwiegend in Weisungen oder Verordnungen normiert.³⁵⁷

Bei den Bestimmungen zum **polizeilichen Zwang** listet das ZAG körperliche Gewalt, Hilfsmittel sowie Waffen auf.³⁵⁸

Als Form der **körperlichen Gewalt** sind «Techniken [...], welche die Gesundheit der betroffenen Person erheblich beeinträchtigen können, insbesondere durch die Behinderung der Atemwege, [...] verboten».³⁵⁹

³⁴⁷ Vgl. Art. 4 BGST; Art. 4 VST.

³⁴⁸ BOTSCHAFT ZAG, S. 2501 f.

³⁴⁹ BOTSCHAFT ZAG, S. 2502 f.

³⁵⁰ Art. 8 ZAG.

³⁵¹ ROSSAT-FAVRE, S. 421; vgl. auch etwa Kap. 2/2/I/3/D zu den Bestimmtheitssurrogaten.

³⁵² BOTSCHAFT ZAG, S. 2502.

³⁵³ BOTSCHAFT ZAG, S. 2502 f.; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

³⁵⁴ Art. 9 Abs. 2 und 3 ZAG.

³⁵⁵ Art. 6 und Art. 19 ff. ZAG; vgl. auch BOTSCHAFT ZAG, S. 2501 und 2506 ff.

³⁵⁶ LOBSIGER, Bereinigung, S. 407.

³⁵⁷ LOBSIGER, Bereinigung, S. 407.

³⁵⁸ Art. 5 ZAG.

Als **Hilfsmittel** sind Handschellen und andere Fesselungsmittel sowie Diensthunde vorgesehen, wobei es dem Bundesrat übertragen wurde, eine abschliessende Liste zu erstellen.³⁶⁰

Als **Waffen** dürfen – allerdings nur als letztes Mittel – Schlag- und Abwehrstöcke, Reizstoffe, Feuerwaffen sowie nicht tödlich wirkende Destabilisierungsgesetze eingesetzt werden.³⁶¹ Der Einsatz von Feuerwaffen ist besonders restriktiven Voraussetzungen unterworfen und im Gegensatz zu den kantonalen Polizeigesetzen abschliessend geregelt, darf nämlich einzig erfolgen, «um Personen festzunehmen oder ihre Flucht zu verhindern, wenn [zumindest] der dringende Verdacht besteht, dass sie eine schwere Straftat begangen haben».³⁶²

Im Gegensatz zur Normierung der Standardmassnahmen scheint diese detaillierte Regelung des polizeilichen Zwangs im ZAG zu genügen.³⁶³

2. Sicherheitspolizeiliche Befugnisse der Angehörigen der Armee

Hinsichtlich der sicherheitspolizeilichen Befugnisse von Armeemitgliedern sind drei Situationen auseinander zu halten:

Erstens verfügt der Bund im Bereich der Armee über ein **eigenes Gebiet** und hat entsprechend in Armeebelangen den sicherheitspolizeilichen Aufgaben selbst nachzukommen, etwa Massnahmen zu ergreifen, um «Gefahren für die Sicherheit der Armee abzuwehren» und «Störungen der militärischen Ordnung zu beseitigen».³⁶⁴ Diesbezüglich stehen der Armee sämtliche «Polizeibefugnisse zu, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind».³⁶⁵ Diese Generalklausel wird in der Verordnung über die Polizeibefugnisse der Armee, kurz VPA, konkretisiert.³⁶⁶

Die VPA enthält unter anderem eine Aufzählung der möglichen sicherheitspolizeilichen (Zwangs-)Massnahmen.³⁶⁷ Es sind dies die Wegweisung und Fernhaltung, Anhaltung und Identitätsfeststellung, Befragung, Durchsuchung von Per-

³⁵⁹ Art. 13 ZAG; BOTSCHAFT ZAG, S. 2504.

³⁶⁰ Art. 14 ZAG; BOTSCHAFT ZAG, S. 2504 f.

³⁶¹ Art. 11 Abs. 1 und 15 ZAG.

³⁶² Art. 11 Abs. 2 ZAG; vgl. auch LANGENEGGER, S. 144.

³⁶³ LOBSIGER, *Bereinigung*, S. 408.

³⁶⁴ Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. a und b VPA; vgl. BERICHT MALAMA, S. 4517 ff.; LANGENEGGER, S. 141 ff.; MÜLLER, *innere Sicherheit*, S. 464 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 37.

³⁶⁵ Art. 92 Abs. 1 MG.

³⁶⁶ Vgl. LANGENEGGER, S. 141 f.; WIEGANDT, S. 197.

³⁶⁷ Vgl. auch LANGENEGGER, S. 141 f.

sonen und Sachen, Beschlagnahme, vorläufige Festnahme, Anwendung von körperlichem Zwang sowie Gebrauch von Feuerwaffen, Reizstoffen sowie nicht tödlich wirkenden Destabilisierungsgeräten.³⁶⁸ Aufgrund der weiten Formulierung in Art. 2 VPA kann fast jeder Armeee angehöriger zur Anwendung dieser Mittel befugt werden.³⁶⁹

Die Befugnisse der Armee nach VPA sowie diejenigen der kantonalen Polizeikorps sind inhaltlich mehrheitlich übereinstimmend, unterscheiden sich aber auch in gewissen Punkten: Im Gegensatz zu den Polizeikorps darf die Armee Personen auch für länger als 24 Stunden von einem bestimmten Ort fernhalten.³⁷⁰ Hingegen ist etwa die Befugnis zur Durchsuchung von beweglichen Sachen restriktiveren Voraussetzungen unterworfen.³⁷¹ Die Kompetenz zur Vornahme erkennungsdienstlicher Massnahmen fehlt in der VPA gänzlich, weshalb die Armee etwa zur genauen Identitätsabklärung die Dienste der zivilen Polizei in Anspruch nehmen muss.³⁷² Dasselbe gilt wohl für körperliche Untersuchungen sowie Durchsuchungen von Wohnungen.³⁷³ Mehrheitlich identisch sind hingegen die Ermächtigungen zum Schusswaffengebrauch.³⁷⁴

Zweitens kann die Armee auch zur **Unterstützung der kantonalen Polizeikorps**, beispielsweise im Botschaftenschutz oder bei Grossanlässen, aufgeboden werden.³⁷⁵ In einer solchen Situation kommt zwar grds. ebenfalls die VPA und damit die eben aufgezählten Mittel zur Anwendung.³⁷⁶ Zum einen kann aber das VBS anordnen, dass anstelle dieser Vorschriften «die zivilen Vorschriften über polizeiliche Zwangsmassnahmen», etwa abweichende kantonale Bestimmungen, gelten.³⁷⁷ Zum andern können zur Unterstützung der kantonalen Polizeikorps nicht sämtliche Einheiten, sondern – Ausnahmen vorbehalten – lediglich das Kommando militärische Sicherheit eingesetzt werden.³⁷⁸

³⁶⁸ Art. 4 und Art. 7 ff. VPA; vgl. ausführlich LANGENEGGER, S. 142 f.

³⁶⁹ WIEGANDT, S. 190.

³⁷⁰ LANGENEGGER, S. 150.

³⁷¹ LANGENEGGER, S. 150.

³⁷² LANGENEGGER, S. 150.

³⁷³ LANGENEGGER, S. 150.

³⁷⁴ LANGENEGGER, S. 152.

³⁷⁵ HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78; MOHLER, Polizeibestände, S. 67; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 114 f.

³⁷⁶ Art. 1 Abs. 3 erster Satzteil VPA.

³⁷⁷ Art. 6 VPA; vgl. auch Art. 1 Abs. 3 zweiter Satzteil VPA sowie LANGENEGGER, S. 143 und Fn. 34.

³⁷⁸ Art. 2 Abs. 1 und 2 VOD; LANGENEGGER, S. 142 und Fn. 31.

Drittens kann die Armee im Inland zugunsten **ziviler Behörden des Bundes**, vorweg des Grenzwachtkorps, Assistenzdienste leisten.³⁷⁹ In einem solchen Fall ist das **Zwangsanwendungsgesetz** des Bundes anwendbar, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen des letzten Kapitels verwiesen werden kann.³⁸⁰

3. Sicherheitspolizeiliche Befugnisse der Angehörigen des Grenzwachtkorps

Wie bereits erwähnt, werden dem GWK durch das Zollgesetz zum einen eigene, originäre sicherheitspolizeiliche Aufgaben zugewiesen.³⁸¹ Zum andern nimmt es aufgrund von Vereinbarungen mit den Kantonen aber auch weitere, delegierte sicherheitspolizeiliche Aufträge wahr.³⁸²

Soweit das ZG keine besonderen Bestimmungen enthält, werden die sicherheitspolizeilichen Massnahmen des Grenzwachtkorps subsidiär durch das ZAG geregelt.³⁸³ Ein entsprechender Rückgriff aufs ZAG steht indes kaum zur Diskussion, da die Normierungen in Art. 100 ff. ZG sowie Art. 222 ff. ZV sehr detailliert sind.³⁸⁴

Gemäss diesen Artikeln dürfen die Angehörigen des Grenzwachtkorps etwa Personen anhalten, befragen, abtasten, körperlich unter- und durchsuchen, deren

³⁷⁹ Vgl. WIEGANDT, S. 124 ff.

³⁸⁰ Art. 92 Abs. 3^{bis} MG; vgl. LANGENEGGER, S. 143 f.

³⁸¹ Vgl. Art. 96 und Art. 100 Abs. 1 ZG; BERICHT SIPOL 2010, S. 5204 und 5206; BERICHT USIS II, S. 37 f. und 74 f.; BERICHT USIS III, S. 57 ff.; BERICHT USIS IV, S. 57 ff.; LANGENEGGER, S. 144; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 15; MÜLLER, innere Sicherheit, S. 449 f.; RAUBER, S. 27; die Formulierung des Art. 96 ZG soll gemäss Botschaft des Bundesrates aus dem Jahr 2015 denn auch angepasst werden, um klar zu stellen, dass das GWK nicht (nur) delegierte, sondern auch gewisse originäre sicherheitspolizeiliche Aufgaben erfüllt (BOTSCHAFT ZG, S. 2895).

³⁸² Vgl. hierzu auch Art. 96 und 97 ZG; BERICHT MALAMA, S. 4564 ff.; BERICHT USIS II, S. 75; BERICHT USIS III, S. 59; BERICHT USIS IV, S. 59; FISCHER/TIEFENTHAL, Nr. 1 ff.; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 79; LANGENEGGER, S. 144; LINSI, S. 470 und Fn. 20 m.w.H.; kritisch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 207; kritisch MOHLER/SCHWEIZER, Nr. 18; vgl. auch MÜLLER, innere Sicherheit, S. 450 ff.; kritisch SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189; STELLUNGNAHME GWK, S. 1997 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 38 und Fn. 63; die Möglichkeit, Vereinbarungen mit den Kantonen abzuschliessen zu können, soll gemäss Botschaft des Bundesrats aus dem Jahr 2015 durch eine Anpassung der Formulierung des Art. 97 ZG ausgedehnt werden (BOTSCHAFT ZG, S. 2895 f.).

³⁸³ Art. 100 Abs. 1^{bis} ZG.

³⁸⁴ Vgl. auch LANGENEGGER, S. 144 ff.

Identität (auch mit erkennungsdienstlichen Massnahmen) festhalten, sie abführen und vorläufig festnehmen, Beweismittel sichern und vorläufig beschlagnahmen sowie Fahrzeuge, Behältnisse und Wohnungen durchsuchen.³⁸⁵ Hierzu können sie unter Umständen auch Fesselungsmittel, Vorrichtungen zum Anhalten von Fahrzeugen und Personen, akustische und optische Irritationsmittel, Wasserwerfer, Diensthunde oder als Waffen Schlag- und Abwehrstöcke, Reizstoffe, Schusswaffen sowie nicht tödlich wirkende Destabilisierungsgeräte einsetzen.³⁸⁶ Eine Wegweisungs- und Fernhaltebefugnis im eigentlichen Sinne fehlt in den Bestimmungen, auch ist etwa die Kompetenz zur Durchsuchung von beweglichen Sachen und insbesondere von Wohnungen im Vergleich zu den kantonalen Polizeikorps deutlich eingeschränkt.³⁸⁷ Letzteres gilt ebenso für den Schusswaffengebrauch des GWK, welcher abschliessend geregelt ist.³⁸⁸

4. Sicherheitspolizeiliche Befugnisse des Nachrichtendienstes

Wie bereits erwähnt,³⁸⁹ kommt insbesondere dem Nachrichtendienst des Bundes der Auftrag zu, die Bedrohungslage der Schweiz laufend zu analysieren, besonders auf «Gefährdungen durch Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst, gewalttätigen Extremismus und Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen» ein Augenmerk zu haben und die betreffenden Informationen aufzuarbeiten.³⁹⁰

In der Regel geht es dabei nicht um die Abwehr von konkreten Gefahren oder die Beseitigung von Störungen, sondern vielmehr darum, im Vorfeld solche Gefahren überhaupt erkennen und rechtzeitig vor ihnen warnen zu können.³⁹¹ Besonders zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten sind Informationen erforderlich, welche bereits vor Bestehen einer konkreten Gefahr oder des Ver-

³⁸⁵ Art. 100 ff. ZG, Art. 222 ff. ZV.

³⁸⁶ Art. 106 Abs. 2 lit. a ZG i.V.m. Art. 227 ZV.

³⁸⁷ LANGENEGGER, S. 150.

³⁸⁸ LANGENEGGER, S. 152.

³⁸⁹ Vgl. Kap. 1/2/IV/2/B/c.

³⁹⁰ Vgl. das BWIS, insbes. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 lit. a und b, Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 10 und 10a BWIS; vgl. des Weiteren das ZNDG, insbes. Art. 1 lit. b ZNDG; die ISV-NDB, insbes. Art. 1 lit. b, Art. 3 Abs. 2 lit. a und b, Art. 25 ff. ISV-NDB; vgl. auch BERICHT MALAMA, S. 4496 und 4500; BERICHT USIS II, S. 52; BERICHT USIS III, S. 86; HENSLER, Sicherheitsarchitektur, S. 78; RAUBER, S. 26; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, N 18 zu Art. 57 BV; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 39 und Fn. 66; vgl. zur rechtlichen Stellung des NDB CUPA, Nr. 33 ff.

m.w.H.

³⁹¹ BERICHT BWIS, S. 7.

dachts auf eine Straftat erhoben werden müssen.³⁹² Nur in beschränktem Masse handelt es sich bei dieser Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst um eine sicherheitspolizeiliche Tätigkeit, weshalb an dieser Stelle lediglich kurz auf seine Befugnisse eingegangen wird:

Die **aktuellen Befugnisse** des Schweizerischen Nachrichtendienstes erscheinen im Vergleich zu den meisten europäischen Geheimdiensten als sehr stark – nach weit verbreiteter Meinung als zu **stark – eingeschränkt**.³⁹³ Er kann im Wesentlichen lediglich öffentlich zugängliche Quellen auswerten, Auskünfte einholen und in Behördenakten Einsicht nehmen, sowie verdächtige Personen an öffentlichen und allgemein zugänglichen Orten auch mittels Bild- und Tonaufzeichnungen überwachen.³⁹⁴ Für weitergehende Massnahmen, etwa für die Überwachung privater Gebäude oder Kommunikationsmitteln wie Telefonaten und E-Mails, sowie für den Einsatz von Ortungsgeräten, fehlt ihm hingegen die gesetzliche Grundlage.

Insbesondere aufgrund der terroristischen Ereignisse der letzten Jahre scheint sich das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung zu ändern: Heute wird der **Ruf nach mehr Sicherheit**, nach mehr Prävention und damit nach mehr Intervention durch den Staat immer wie stärker.³⁹⁵ In den USA folgten auf die Anschläge vom 11. September 2001 der «Patriot Act», in Europa werden nach Angriffen auf das Satiremagazin Charlie Hebdo sowie einen jüdischen Supermarkt im Januar 2015 die Rufe laut, Gesetze zu verschärfen und etwa im grossem Umfang Flugpassagierdaten zu sammeln.³⁹⁶ Auch in der Schweiz sollen dem Geheimdienst mehr Mittel in die Hand gegeben werden, da seine bisherigen Befugnisse etwa nach Einschätzung des Bundesrates nur bedingt ausreichen, damit der Nachrichtendienst seine Aufgabe erfüllen kann.³⁹⁷

Das **neue Nachrichtendienstgesetz**, das vom Parlament bereits verabschiedet wurde, aufgrund eines Referendums aber frühestens Mitte 2017 in Kraft treten dürfte, würde dem Nachrichtendienst deutlich **mehr Befugnisse** einräumen.³⁹⁸

³⁹² BERICHT BWIS, S. 8; CUPA, Nr. 25 ff. m.w.H.

³⁹³ Vgl. etwa BOTSCHAFT NDG, S. 2116 ff., 2120 ff. und 2162.

³⁹⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 2 BWIS; zur bisherigen Ausrichtung des Nachrichtendienstes vgl. auch etwa SCHWEIZER, Staatsschutz, S. 124 ff.

³⁹⁵ DENNINGER, Prävention, S. 222 ff.; vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 17; PFANDER, S. 28 f.; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

³⁹⁶ Vgl. auch BRAND, NZZ; ISRAEL, Tagesanzeiger.

³⁹⁷ BOTSCHAFT NDG, S. 2162, vgl. auch BRAND, NZZ; RUDIN, S. 128.

³⁹⁸ Siehe zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens <http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/themen/ndb/uebersicht.html>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

Er dürfte mitunter – unter Vorbehalt einer Genehmigung durch das Bundesverwaltungsgericht³⁹⁹ – verdächtige Personen auch in privaten Räumlichkeiten observieren, Kommunikationsmittel überwachen und etwa in Computer eindringen.⁴⁰⁰

Diese Ausweitung der nachrichtendienstlichen Befugnisse des Bundes wird verschiedentlich – nicht nur auf politischer Ebene, sondern auch aus juristischer Perspektive – kritisch betrachtet. Die Juristen bemängeln unter anderem, für ein Nachrichtendienstgesetz mit diesem Inhalt fehle eine genügende verfassungsrechtliche Grundlage.⁴⁰¹ Zudem sei dessen Zweck nicht mehr klar begrenzt, was zu einem zu weiten Aufgabenbereich führe und Eingriffe in die Grundrechte der Bürger in viel zu weitem Umfang – weit über den eigentlichen Staatsschutz hinaus – ermögliche.⁴⁰²

Dass die neuen Massnahmen des Nachrichtendienstgesetzes die Freiheitsrechte der Bürger im gegebenen Fall stark tangieren können, ist wohl unbestritten.⁴⁰³ Da sie nach weit verbreiteter Ansicht aber auch deren Sicherheit zuträglich wären, werden sich die Diskussionen und schliesslich der Volksentscheid im Rahmen der kommenden Abstimmung im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit bewegen, wie es zuvor bereits dargestellt wurde.⁴⁰⁴

³⁹⁹ Vgl. zur Kontrolle des Nachrichtendienstes des Bundes nach dem Nachrichtendienstgesetz ausführlich GERTSCH, S. 127 ff.

⁴⁰⁰ Art. 26 ff. NDG; BOTSCHAFT NDG, S. 2107, 2113, 2161 ff., SCHWEIZER, Staatsschutz, S. 127.

⁴⁰¹ A.M. allerdings der Bundesrat, vgl. etwa BOTSCHAFT NDG, S. 2228 f.

⁴⁰² SCHWEIZER, Staatsschutz, S. 127 ff.; vgl. hierzu auch ausführlich SIGRIST, insbes. S. 202 ff. zur Verhältnismässigkeit von Massnahmen des Staatsschutzes; vgl. des Weiteren GERTSCH, S. 136 f., wonach das neue Nachrichtendienstgesetz bezüglich der Kontrolle des Nachrichtendienstes gar gewisse Verbesserungen mit sich bringt, diese aber die sehr starke Ausweitung des Aufgabenbereichs sowie der Kompetenzen des Nachrichtendienstes kaum kompensieren können.

⁴⁰³ Vgl. ausführlich die Diss. von CUPA zur Tätigkeit des NDB und den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen dessen Überwachungsmassnahmen.

⁴⁰⁴ Vgl. Kap. 1/2/II/3; vgl. hierzu RUDIN, S. 128 ff. und die bei ihm erwähnten Beiträge.

VI. Sicherheitspolizeiliche Massnahmen privater Sicherheitsdienste

1. Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste

Wie bereits ausgeführt wurde, scheint das Sicherheitsbedürfnis der Bürger in den letzten Jahren stetig zu wachsen, wodurch sich auch die Schutzansprüche an den Staat mehren.⁴⁰⁵ Etwa angesichts einer Zunahme politischer, kultureller und sportlicher Grossanlässe sowie neuartigen Gefahrenlagen steigen die Anforderungen an die sicherheitspolizeilichen Einsätze.⁴⁰⁶ Verbunden mit begrenzten staatlichen Ressourcen im Sicherheitsbereich – insbesondere zu tiefen Polizeibeständen – führt dies zur Notwendigkeit, neben den Polizeikorps weitere staatliche Akteure mit Aufgaben der Gefahrenabwehr zu betrauen.⁴⁰⁷ In jüngerer Zeit werden aber auch vermehrt die **Dienste privater Sicherheitsfirmen** beansprucht.⁴⁰⁸

Noch im Jahr 2005 stellte der Bundesrat fest, elf Kantone würden keine **Bewilligungspflicht** für private Sicherheitsunternehmen vorsehen.⁴⁰⁹ In den folgenden Jahren scheinen die Kantone ihre Polizeigesetze aber mehrheitlich revidiert und um entsprechende Bestimmungen ergänzt zu haben.⁴¹⁰ Einen Einfluss dürften etwa die Vorarbeiten und der Erlass eines Konkordats der KKJPD gehabt haben, welches vor allem die Bewilligungsverfahren, Pflichten und Strafen für private Sicherheitsdienste vereinheitlichen soll.⁴¹¹ Sobald die Kantone diesem beitreten, benötigen Sicherheitsdienstleister auf ihrem Kantonsgebiet eine Bewilligung, die von der Erfüllung persönlicher und fachlicher Voraussetzungen abhängt und auf dem ganzen Konkordatsgebiet gilt.⁴¹²

⁴⁰⁵ RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 17; PFANDER, S. 28 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

⁴⁰⁶ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 1; LIENHARD, Auslagerung, S. 425.

⁴⁰⁷ HENSLER, Zusammenarbeit, S. 501 f.; LIENHARD, Auslagerung, S. 425; MOHLER, Polizeibestände, S. 63 ff.

⁴⁰⁸ LIENHARD, Auslagerung, S. 425.

⁴⁰⁹ BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 662.

⁴¹⁰ Vgl. etwa § 57 ff. PolG AG; § 48 ff. PolG BL; Art. 40 ff. PolG GL; Art. 41 ff. PolG OW; Art. 27 PolG SH; § 45 PolG SO; § 5 PolG TG; Art. 59 ff. PolG UR; nach wie vor verlangen aber etwa das PolG SZ, PolG ZG und PolG ZH (vgl. § 49 und hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3819) keine Bewilligungspflicht.

⁴¹¹ Vgl. LANGENEGGER, S. 149.

⁴¹² Vgl. JAAG/RÜSSLI, Nr. 3819a; Art. 4 ff. PolK PS; vgl. auch <http://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>, zuletzt besucht am 30. März 2016, wo u.a. die Ratifikationsliste publiziert wird.

Auftraggeber privater Sicherheitsdienste sind überwiegend private Unternehmen und Privatpersonen, vermehrt aber auch öffentliche Gemeinwesen, etwa Gemeinden mit knappen finanziellen Mitteln.⁴¹³ Beispiele für solche Auslagerungen sind einfache Kontrollfahrten, Hilfeinsätze bei Grossanlässen, Sicherheitswahrung im öffentlichen Transportwesen und bei Gefangenentransporten.⁴¹⁴ Die Anzahl der in den verschiedenen Kantonen bewilligten bzw. tätigen Sicherheitsdienste ist beträchtlich, was auf deren mittlerweile **grosse Bedeutung** hinweist.⁴¹⁵

Eine sicherheitspolizeiliche Aufgabenerfüllung durch Private wird in der Lehre **kritisch** betrachtet. Bedenklich stimmt insbesondere ein Blick auf die Sicherheitswahrung als notwendige Staatsaufgabe, die Versorgungssicherheit, das staatliche Gewaltmonopol, die Besonderheiten polizeilichen Handelns, den Grundrechtsschutz sowie die demokratische Kontrolle.⁴¹⁶

Heikel ist im Speziellen, dass die Auslagerung an private Sicherheitsdienste auf Bundes- und kantonaler Ebene unterschiedlich, teilweise noch **lückenhaft geregelt** ist.⁴¹⁷ Entsprechend heterogen – bzw. überhaupt nicht – normiert sind zudem die Befugnisse der privaten Sicherheitsdienste, wobei zwei Situationen auseinandergehalten werden müssen: Zum einen können diese Firmen zur privaten Gefahrenabwehr herangezogen werden (Kap. 1/3/VI/2).⁴¹⁸ Zum andern kann ihnen aber, wie erwähnt, auch der Staat gewisse sicherheitspolizeiliche Aufgaben übertragen (Kap. 1/3/VI/3).⁴¹⁹

⁴¹³ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 1.

⁴¹⁴ LIENHARD, Auslagerung, S. 425.

⁴¹⁵ Vgl. anstelle vieler etwa die Liste des Kantons Aargau, abrufbar unter https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/dvi/dokumente_5/kapo_1/sicherheit_ordnung_1/siwas_sidi/Liste_SiDi_Internet_20160118.pdf, oder des Kantons Thurgau auf http://www.kapo.tg.ch/xml_42/internet/de/application/d5382/f6039.cfm, je zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁴¹⁶ BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 651 ff.; LIENHARD, Auslagerung, insbes. S. 426 ff.; vgl. auch die Dissertation von GAMMA; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 1 ff. und 49 ff.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 40.

⁴¹⁷ LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 431.

⁴¹⁸ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 2 und 33 ff.; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 429.

⁴¹⁹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 1 ff. und 49 ff.; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 425 ff.

2. Befugnisse privater Sicherheitsdienste im Rahmen der Jedermannsrechte

Werden private Sicherheitsdienste nicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, sondern eines privaten Auftrags tätig, etwa zum nächtlichen Schutz des Fabrikareals eines privaten Unternehmens, so müssen sie sich im gewohnten zivil- und strafrechtlichen Rahmen bewegen und haben nicht mehr Rechte, als jede andere Privatperson.⁴²⁰

Zum einen darf ihnen etwa das **Hausrecht** übertragen werden, welches einerseits die Entscheidung beinhaltet, wer sich in bestimmten Räumen aufhalten darf, und andererseits zu entsprechenden Hausverweisen und -verboten ermächtigt.⁴²¹

Zum andern kommen den privaten Sicherheitsfirmen gewisse **Jedermannsrechte** zu. So sind sie zu reinen Präventivtätigkeiten befugt, welche nicht in die persönliche Freiheit Dritter eingreifen – beispielsweise Streifenfahrten in Wohnquartieren sowie Beobachtungen – und dürfen Meldungen an die staatlichen Sicherheitsorgane machen.⁴²²

Ausnahmsweise haben sie durch die Rechtfertigungsgründe des StGB (Notwehr, Notstand), das Recht zur vorläufigen Festnahme nach Art. 218 StPO oder durch zivilrechtliche Selbsthilferechte, wie den Besitzschutz nach Art. 926 ZGB oder die Befugnis zu Abwehr von Gefahr und Schaden nach Art. 701 ZGB, **beschränkte Gewaltbefugnisse**.⁴²³

⁴²⁰ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 33; LIENHARD, Auslagerung, S. 429; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 38; SCHWEGLER, Nr. 57.

⁴²¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 34; RAUBER, S. 117 ff.; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 lit. c PolK PS.

⁴²² BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 649; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 33; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 429.

⁴²³ BERICHT PRIVATE SICHERHEITSFIRMEN, S. 649; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 33; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 429; MOHLER, Gewaltmonopol, S. 159; RAUBER, S. 107 ff.; SCHWEGLER, Nr. 57; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 PolK PS.

3. Befugnisse privater Sicherheitsdienste im Rahmen der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

A) Zulässigkeit und Schranken der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

Gemäss Bundesverfassung können «Verwaltungsaufgaben [...] durch Gesetz Organisationen [...] des privaten Rechts übertragen werden».⁴²⁴ Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in kantonalen Verfassungen. Etwa die aargauische sieht vor, dass «ausnahmsweise [...] auch privatrechtliche Organisationen mit der Erfüllung solcher Aufgaben betraut werden [können], sofern der Rechtsschutz der Bürger und die Aufsicht durch den Regierungsrat sichergestellt sind».⁴²⁵ Da sich keine Bestimmungen finden, welche eine Auslagerung im Sicherheitsbereich ausdrücklich untersagen, ist eine **Übertragung** sicherheitspolizeilicher Aufgaben an private Sicherheitsdienste im Grundsatz **zulässig**.⁴²⁶

Aus rechtsstaatlicher Sicht sind ihr aber doch gewisse **Schranken** gesetzt: So muss sich eine Auslagerung grds. immer auf eine genügende gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse stützen können.⁴²⁷ Da private Sicherheitsdienste durch die Auslagerung gewisse staatliche Befugnisse erhalten, gelten für sie zudem die rechtlichen Rahmenbedingungen des Staates.⁴²⁸ Folglich sind der Grundrechtsschutz, Aufsichtsmechanismen und demokratische Kontrolle sowie ein funktionierendes Rechtsschutz- und Haftungssystem zu gewährleisten.⁴²⁹ Je stärker die Grundrechte von Bürgern tangiert werden, desto grösser sind die Anforderungen an die übrigen Kontrollmechanismen und entsprechend kleiner der Spielraum, gewisse Aufgaben an private Sicherheitsdienstleister auszulagern.⁴³⁰

Zulässig ist wohl die Auslagerung rein präventiver Tätigkeiten, wie die Beratung über Einbruchsschutz, reine Patrouillendienste und Kontrolltätigkeiten.⁴³¹ In beschränktem Umfang dürfen auch Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen

⁴²⁴ Art. 178 Abs. 3 BV.

⁴²⁵ § 93 Abs. 3 Satz 2 KV AG.

⁴²⁶ Vgl. LIENHARD/HÄSLER, Nr. 40; RAUBER, S. 148 f. m.w.H.

⁴²⁷ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 60 ff. und 119; LIENHARD, Auslagerung, S. 430 ff.

⁴²⁸ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 62; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 38.

⁴²⁹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 60 ff. und 119; LIENHARD, Auslagerung, S. 430 ff.

⁴³⁰ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 93 und 119; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 40.

⁴³¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 120.

sowie etwa Gefangenentransporte von privaten Sicherheitsdiensten durchgeführt werden, sofern sie ohne Zwangsanwendung auskommen.⁴³²

Insbesondere wenn man bedenkt, dass der Rechtsschutz in Bezug auf sicherheitspolizeiliche Realakte oft ungenügend ist,⁴³³ erscheint es hingegen grds. unzulässig, sicherheitspolizeiliche Massnahmen auszulagern, die mit Zwang verbunden sind und entsprechend zu teilweise starken Grundrechtseingriffen führen.⁴³⁴ Hinsichtlich der Gewaltanwendung dürfen privaten Sicherheitsfirmen nach der hier vertretenen Auffassung nämlich grds. nicht mehr Rechte zukommen, wie jeder anderen Privatperson.⁴³⁵ Zudem darf ihnen nur beschränkt die Macht übertragen werden, darüber zu entscheiden, gegen wen, auf welche Art und aus welchem Grund Massnahmen, möglicherweise gar Zwangsmassnahmen, ausgeübt werden.⁴³⁶

Für die Zulässigkeit der Übertragung gewisser sicherheitspolizeilicher Aufträge sowie die tatsächlichen Befugnisse privater Sicherheitsdienste im Rahmen von Auslagerungen sind allerdings die **Rechtsgrundlagen des auftragserteilenden Gemeinwesens entscheidend**. Und diese Rechtsgrundlagen auf kantonaler sowie Bundesebene sehen teilweise eben solche Zwangsbefugnisse vor (Kap. 1/3/VI/B). Ohne gesetzliche Grundlage, welche ausdrücklich die Übertragung hoheitlicher Befugnisse ermöglicht, stehen privaten Sicherheitsfirmen allerdings (wie jeder anderen Privatperson) lediglich die Jedermannsrechte zu, wie sie im letzten Kapitel dargelegt wurden.⁴³⁷

B) Regulierung der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

a) Regulierung auf kantonaler Ebene

Die kantonalen Bestimmungen zur Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben an private Dienstleister sind uneinheitlich.⁴³⁸ Viele Kantone sehen auf Ge-

⁴³² KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 120.

⁴³³ Vgl. Kap. 2/4/III.

⁴³⁴ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 120; LIENHARD, Auslagerung, S. 433; MOHLER, Gewaltmonopol, S. 159 m.w.H.; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 lit. f PolK PS, wonach private Sicherheitsdienstleister bei der Wahrnehmung übertragener Staatsaufgaben (lediglich) Eingriffe von untergeordneter Bedeutung vornehmen dürfen.
⁴³⁵ Vgl. auch LANGENEGGER, S. 149; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 40; vgl. zu den Jedermannsrechten Kap. 1/3/VI/2.

⁴³⁶ MOHLER, Polizeibestände, S. 67; MOHLER, Gewaltmonopol, S. 156 und 160.

⁴³⁷ Vgl. auch LANGENEGGER, S. 149; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 40; vgl. Kap. 1/3/VI/2.

⁴³⁸ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 49.

setzungsebene lediglich vor, dass letzteren **keine hoheitlichen Befugnisse** übertragen werden können.⁴³⁹

Andere Kantone schliessen sich dem Grundsatz ebenfalls an, dass polizeiliche (Zwangs-)Massnahmen den Polizeibeamten vorbehalten bleiben, erlauben aber ausdrücklich die **Auslagerung einzelner Aufgaben** wie den Transport von Gefangenen⁴⁴⁰ oder verkehrspolizeiliche Tätigkeiten^{441, 442}. Solche Übertragungen und die damit verbundenen Rechte und Pflichten müssen dabei jeweils in einem Vertrag geregelt werden und die Privaten «Gewähr für die einwandfreie Erfüllung der übertragenen Aufgaben bieten».⁴⁴³

Eine dritte Gruppe von Kantonen sieht eine in Bezug auf die Aufgabenart **uningeschränkte Möglichkeit** der Übertragung an Dritte vor.⁴⁴⁴ Vorausgesetzt wird lediglich, dass die Dritten «die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllen» und die «Aufgabenübertragung [...] mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag» geregelt wird.⁴⁴⁵

Eine letzte Gruppe **regelt** die Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben an Private auf Gesetzesstufe hingegen überhaupt **nicht**.⁴⁴⁶ In diesem Fall erscheint eine Übertragung von Aufgaben des Gewaltmonopols mangels gesetzlicher Grundlage ausgeschlossen.⁴⁴⁷ Es bleibt hingegen möglich, für andere polizeiliche Aufgaben, welche keine Zwangsanwendung erfordern und als reine Hilfstätigkeiten angesehen werden können, Private beizuziehen. Zu denken ist etwa an die Bewachung eines Pausenplatzes oder die Verkehrsregelung.⁴⁴⁸

b) Regulierung auf Bundesebene

Inwiefern und in welchem Rahmen auf Bundesebene private Sicherheitsunternehmen sicherheitspolizeiliche Aufgaben übernehmen dürfen, wird durch die

⁴³⁹ Vgl. etwa § 27 Abs. 1 PolG AG; Art. 43 Abs. 2 PolG GL; Art. 12 Abs. 2 PolG NE; Art. 59 Abs. 2 PolG UR; § 3 PolG ZG.

⁴⁴⁰ Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 PolG OW; Art. 20 Abs. 2 PolG SG; § 5 PolOG ZH.

⁴⁴¹ Art. 22 Abs. 1 PolG AI; § 52 PolG BL; Art. 20 Abs. 1 PolG SG.

⁴⁴² Vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 49.

⁴⁴³ Art. 22 Abs. 2 und 3 PolG AI; § 52 PolG BL; § 5 PolOG ZH.

⁴⁴⁴ Art. 34 PolG GR; § 68 Abs. 2 PolG BS; vgl. auch § 28 PolG LU, wo in Abs. 3 aber Aufträge, die polizeiliche (Zwangs-)Massnahmen bedingen, ausgenommen werden.

⁴⁴⁵ Art. 34 Abs. 1 und 2 PolG GR.

⁴⁴⁶ Vgl. etwa PolG FR; PolG JU; PolG SZ; vgl. auch PolG SO, welches aber in § 45 Abs. 2 vorsieht, dass eine Bewilligung keine hoheitlichen Befugnisse verleiht.

⁴⁴⁷ Vgl. etwa SCHWEGLER, Nr. 60 für den Kanton Bern.

⁴⁴⁸ Vgl. etwa SCHWEGLER, Nr. 60.

jeweiligen Spezialgesetze geregelt.⁴⁴⁹ So sieht etwa das BWIS in Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 vor, dass der Bundesrat «für den Schutz der Behörden und der Gebäude des Bundes sowie der Personen und Gebäude, für welche der Bund völkerrechtliche Schutzpflichten erfüllen muss», auch «private Schutzdienste einsetzen» darf.

Wie in allen Situationen, in denen Private von Bundesbehörden zur Aufgabenerfüllung beigezogen werden, fällt diese Auslagerung in den Geltungsbereich des ZAG.⁴⁵⁰ Bei gültiger Aufgabenübertragung kommen den privaten Sicherheitsdiensten somit grds. die gleichen Befugnisse nach Art. 5 und 6 ZAG zu, wie sie bereits für die sicherheitspolizeilichen Bundesbehörden erläutert wurden.⁴⁵¹ Insbesondere deshalb scheint etwa die Regelung in Art. 22 Abs. 2 BWIS ungenügend zu sein. Er sollte die genauen Tätigkeitsbereiche und Befugnisse, Grundanforderungen sowie Rahmenbedingungen der Einsätze privater Sicherheitsunternehmen genau regeln sowie Aspekten wie der Aufsicht und Kontrolle durch den Staat, dem Rechtsschutz sowie der Staatshaftung genügend Rechnung tragen.⁴⁵²

c) Fazit: Uneinheitliche Regulierungen

Eine Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben muss ausreichend reguliert werden. Insbesondere ist Aspekten wie der Grundrechtsbindung, Aufsicht und Staatshaftung, sowie dem Rechtsschutz genügend Rechnung zu tragen. Zudem sind die genauen Tätigkeitsbereiche und Befugnisse, Grundanforderungen sowie Rahmenbedingungen der Einsätze genau zu normieren.⁴⁵³ Denn speziell die hier relevanten Befugnisse privater Sicherheitsdienste richten sich im Rahmen von Auslagerungen nach den Rechtsgrundlagen des auftragserteilenden Gemeinwesens.⁴⁵⁴

Die bestehenden Regelungen hinsichtlich Zulässigkeit, Voraussetzungen, Modalitäten und Schranken der Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben sind sehr uneinheitlich, weshalb diesbezüglich starke Unsicherheiten bestehen.⁴⁵⁵ Übereinstimmung besteht einzig darin, dass dabei jeweils nicht die Aufgabe als Ganzes, sondern ausschliesslich deren Erfüllung privatisiert wird, die Gewähr-

⁴⁴⁹ Vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 52 ff.; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 430 f.

⁴⁵⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. e ZAG.

⁴⁵¹ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 53; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 430; kritisch MOHLER, Gewaltmonopol, S. 159.

⁴⁵² LOBSIGER, Bereinigung, S. 411.

⁴⁵³ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 120; LIENHARD, Auslagerung, S. 432 f.

⁴⁵⁴ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 1 ff. und 49 ff.; LANGENEGGER, S. 148; LIENHARD, Auslagerung, S. 425 ff.

⁴⁵⁵ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 118.

leistungsverantwortung also beim Staat verbleibt.⁴⁵⁶ Im Bereich der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben scheint also nicht nur auf kantonaler, sondern auch auf Bundesebene gesetzgeberischer Handlungsbedarf zu bestehen.⁴⁵⁷

VII. Fazit: Unvollständige und uneinheitliche Regelung sicherheitspolizeilicher Massnahmen

Die Kantone verfügen zwar mittlerweile alle über ein Polizeigesetz, welches die Standardmassnahmen und den polizeilichen Zwang mehr oder weniger detailliert regelt. Insbesondere die Normierung des Zwangs ist aber teilweise noch unbefriedigend⁴⁵⁸ und auch die Standardmassnahmen werden in gewissen, insbesondere Westschweizer Polizeigesetzen, vereinzelt nur **lückenhaft** dargestellt. Es gehört mithin zu den Schutzpflichten des Staates, sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten zu normieren, die das Leben gefährden können. Zu denken ist in erster Linie an genügende Bestimmungen zum Schusswaffengebrauch, aber auch etwa eine Regulierung des Einsatzes von Tränengas oder der Anwendung des Würgegriffs – eine Lücke in den Schweizer Polizeigesetzen.⁴⁵⁹

Des Weiteren sind sich die entsprechenden bundesrechtlichen sowie kantonalen Normen zwar inhaltlich teilweise ähnlich, **unterscheiden** sich hingegen noch stark im Wortlaut und Aufbau. Hier besteht also ein gewisser Bedarf an Harmonisierung, wobei dieser nur beschränkt zentral, durch ein Bundesgesetz, gedeckt werden sollte: Dass sich 26 Kantone mit der Normierung sicherheitspolizeilichen Handelns beschäftigen müssen, hat nämlich durchaus Vorteile, fördert es doch die Innovation, die Entwicklung neuer Ideen hinsichtlich einer sinnvollen Regulierung. Zudem können kantonale (Polizei-)Gesetze im Gegensatz zu jenen auf Bundesebene zumindest beschränkt durch das Bundesgericht überprüft werden, was einer guten Normierung ebenfalls zuträglich ist.

Die gegenwärtige Unvollständigkeit und Uneinheitlichkeit der sicherheitspolizeilichen (Befugnis-)Normen ist aber sowohl der Rechtssicherheit der betroffe-

⁴⁵⁶ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 49 und 118; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 39.

⁴⁵⁷ LOBSIGER, Bereinigung, S. 412; vgl. auch MOHLER, Gewaltmonopol, S. 159 f.

⁴⁵⁸ Vgl. etwa PÉTERMANN, S. 391 f.; ROSSAT-FAVRE, S. 417.

⁴⁵⁹ Urteil des EGMR 44827/08 vom 16. Juli 2013 i.d.S. Abdullah Yaşa u.a. gegen die Türkei, Nr. 43; 22746/03 vom 9. November 2009 i.d.S. Ölmez u.a. gegen die Türkei, Nr. 63 ff.; 50385/99 vom 20. Dezember 2004 i.d.S. Makaratzis gegen Griechenland, Nr. 58 ff.; vgl. auch etwa BGE 136 I 87 ff. (94 ff.), E. 4; EGLI, 2015, S. 64; EGLI, 2012, S. 203; ausführlich und m.w.H. PÉTERMANN, S. 222 ff.

nen Bürger als auch der **Rechtssicherheit** der Polizeibeamten abträglich.⁴⁶⁰ Denn eine Regelung der polizeilichen Befugnisse – zumindest den Grundzügen nach – kann zum einen für die einzelnen Polizeibeamten eine willkommene Stütze sein, zum andern deren Handeln für die Bürger in gewissem Masse voraussehbar machen.

Gesetzliche Grundlagen, welche das Handeln der Sicherheitsbehörden determinieren, sind zudem geeignet, deren Glaubwürdigkeit und das **Vertrauen** der Bürger zu fördern, was für ihre Arbeit von essentieller Bedeutung ist.⁴⁶¹ Verliert das Volk das Vertrauen in den staatlichen Schutz der Rechtsordnung und nimmt etwa die Gefahrenabwehr selbst in die Hand, ist es um die öffentliche Sicherheit geschehen.

Des Weiteren ist die Schematisierung der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit ein wichtiger Faktor, um sie zu **professionalisieren**: Werden die typischen Massnahmen in den Gesetzen in standardisierter Form vorgegeben, kann sich auch die Ausbildung danach ausrichten.

Schliesslich dient eine «möglichst genaue Determinierung polizeilichen Handelns schon im Gesetz selbst» einer **Beschränkung der Macht** der Sicherheitsbehörden.⁴⁶² Und genau dies erscheint angesichts ihrer umfangreichen (Zwangs-)Befugnisse notwendig, was denn auch im nächsten, letzten Kapitel dieses ersten Teils der Arbeit im Sinne einer Schlussbetrachtung und Überleitung näher ausgeführt wird (Kap. 1/4).

⁴⁶⁰ Ebenso LANGENEGGER, S. 148.

⁴⁶¹ MÜLLER, PolG BL, S. 127.

⁴⁶² SCHWEIZER/MÜLLER, S. 380; vgl. auch GAMMA, S. 38 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 28; RAUBER, S. 69; RITTER, S. 80.

4. Kapitel: Schlussbetrachtung: Notwendigkeit, Macht der Sicherheitsbehörden zu beschränken

Will man die öffentliche Sicherheit aufrechterhalten, ist es unentbehrlich, dass der Staat die Beachtung der Gesetze kontrolliert und diese bei Bedarf auch mit Gewalt durchsetzt.¹ Dies bedingt aber auch, dass es neben ihm kein anderes Befehls- oder Zwangsorgan gibt, das seine Macht in Frage stellen könnte, dass er seine Gewaltbefugnis also monopolisiert.² Im Regelfall ist es die Polizei im institutionellen Sinn, welche (als einzige Behörde) zur Ausübung dieses **staatlichen Gewaltmonopols** und entsprechend zur Anwendung von Zwangsmitteln legitimiert ist, was ihr angesichts der zuvor umschriebenen (Zwangs-)Massnahmen eine gewisse Macht verleiht.³

Aufgrund der Tendenz der letzten Jahre, dass das Sicherheitsbedürfnis der Bürger stetig zu wachsen scheint, mehren sich die Schutzansprüche an den Staat.⁴ Mit den intensiveren Schutzbemühungen, insbesondere vermehrter Prävention, mehren und verstärken sich aber auch Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bürger.⁵ Entsprechend grösser wird die Macht der Polizeibehörden. Wo Macht besteht, existiert auch das Risiko, dass diese missbraucht wird.⁶

Diese **Macht** der Polizei als Institution, aber auch die Befugnisse der einzelnen Polizeibeamten, müssen deshalb **beschränkt** und reguliert werden.⁷ Dies erfordert Massnahmen unterschiedlichster Art und beginnt bereits auf der **organisatorischen Ebene**: Sowohl auf die Auswahl der Polizeibeamten, welche keine Gewaltneigung, dagegen aber gewisse intellektuelle und soziale Fähigkeiten aufweisen sollten, ist ein Augenmerk zu legen, als auch auf eine gute Ausbildung, das Bestehen eines Verhaltenskodex und v.a. fähige Führungspersonen.⁸

¹ RAUBER, S. 98.

² RAUBER, S. 99.

³ MANFRINI, S. 206; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 28; REINHARD, S. 251; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 12 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 55; vgl. auch GAMMA, S. 40 Fn. 87; LOBSIGER, Grundaufgaben, Nr. 97; ROSSAT-FAVRE, S. 416.

⁴ RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 17; PFANDER, S. 28 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

⁵ Vgl. DENNINGER, Prävention, S. 222 ff.

⁶ ROSSAT-FAVRE, S. 416.

⁷ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 28; ROSSAT-FAVRE, S. 416.

⁸ ROSSAT-FAVRE, S. 418; vgl. auch etwa Kap. 2/2/I/3/D zu den Bestimmtheitssurrogaten.

Besonders zu beachten ist auch die Kontrollfunktion, welche den **Medien** zugeschrieben wird: Indem sie als neutrale Beobachter etwa Konflikte zwischen sicherheitspolizeilichen Beamten und Privatpersonen dokumentieren und öffentlich machen können, sind sie ein effektives Instrument zur Machtbeschränkung der Staatsgewalt.⁹ Hierzu ist aber sicherzustellen, dass sicherheitspolizeiliche Zugriffe auf Medienschaffende, insbesondere in deren recherchiertes Material, nur in absoluten Ausnahmefällen unter restriktiven Voraussetzungen zulässig sind.¹⁰

Machtmissbrauch entgegen zu wirken verlangt denn auch nach Vorkehrungen auf **rechtlicher Ebene**: Bedeutsam sind insbesondere genügend Verfahrens- und Informationsrechte der Betroffenen, disziplinarische und gerichtliche Untersuchungen sowie Sanktionsmöglichkeiten.¹¹

Besonders wichtig ist die **Gewaltenteilung**.¹² Diese will die Macht des Staates auf mehrere unterschiedliche Organe aufteilen, welche sich gegenseitig überwachen sollen.¹³ Was für andere Verwaltungszweige selbstverständlich ist, erscheint im Sicherheitsrecht nicht durchgehend verwirklicht, aber auch nicht immer praxistauglich zu sein: Wie oben aufgezeigt wurde, können die Polizeibehörden – Teil der Exekutive – zur Erfüllung ihrer Aufgaben teilweise auf mit Grundrechtseingriffen verbundene (Zwangs-)Massnahmen zurückgreifen, ohne hierfür entweder über eine genügende formell-gesetzliche Grundlage und damit Ermächtigung der Legislative oder aber über eine Bewilligung eines Gerichts, der Judikative, zu verfügen. Für das Sicherheitsrecht ist es denn auch typisch, relativ weitgehende Kompetenzen der Exekutive zu übertragen, um so eine schnelle und situationsgerechte Erledigung der Aufgaben zu ermöglichen.¹⁴

Speziell wichtig, um der Macht des Staates, etwa in Form der Sicherheitsbehörden, Grenzen zu setzen, sind die **Grundrechte**.¹⁵ Als integraler Bestandteil der Grundrechtsanwendung, aber auch unabhängig von der Beeinträchtigung eines Freiheitsrechts, dienen zudem die **rechtsstaatlichen Grundsätze** der Machtkontrolle und Verhinderung von Machtmissbrauch.¹⁶ Auf beide wird im zweiten Teil dieser Arbeit näher eingegangen (Kap. 2/2 und 2/3).

⁹ SCHMOHL, S. 149 m.w.H.

¹⁰ SCHMOHL, S. 135 ff., insbes. S. 150.

¹¹ ROSSAT-FAVRE, S. 418.

¹² Vgl. BGE 103 Ia 369 ff. (383), E. 6d.

¹³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 1405 ff., insbes. Nr. 1408 und 1416; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 34 f.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 2262 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 2 f. zu § 27.

¹⁴ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 34 und 36.

¹⁵ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 42 f.; ROSSAT-FAVRE, S. 416 f.

¹⁶ Vgl. auch EGLI, 2015, S. 59; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 42; RITTER, S. 115.

2. Teil: Rechtsstaatliche Grenzen sicherheitspolizeilicher Tätigkeit

1. Kapitel: Einleitung

Wie jede andere staatliche Tätigkeit ist auch das sicherheitspolizeiliche reale Handeln an rechtsstaatliche Voraussetzungen gebunden.¹ Weicht es von diesen ab, kann dies die Rechtswidrigkeit des Handelns und damit auch Ersatzansprüche der Betroffenen begründen.² Eine Anforderung ist, dass jeweils die nach der Kompetenzordnung **zuständige** sicherheitspolizeiliche **Behörde** tätig werden muss.³ Dies stellt angesichts der unübersichtlichen Kompetenzverteilung in der Schweizer Sicherheitsarchitektur bereits eine erste Herausforderung dar.⁴

Zudem heisst es, dass auch das sicherheitspolizeiliche Handeln die **rechtsstaatlichen Grundsätze** zu berücksichtigen hat.⁵ Mit anderen Worten bedarf jede Tätigkeit der Sicherheitsbehörden einer gesetzlichen Grundlage, einer Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse und muss den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen.⁶ Diese Grundsätze kennen im Polizeirecht gewisse Besonderheiten.⁷ Zum einen kann das Legalitätsprinzip unter bestimmten Umständen etwa durch die polizeiliche Generalklausel durchbrochen werden. Zum andern wird das Verhältnismässigkeitsprinzip regelmässig durch das Störerprinzip konkretisiert, welches regelt, wer Adressat polizeilichen Handelns ist. Des Weiteren steht der Polizei im Rahmen des Opportunitätsprinzips ein gewisser Spielraum offen, Prioritäten zu setzen.

Schliesslich müssen auch die sicherheitspolizeilichen Realakte **grundrechtskonform** sein, also sowohl mit den Anforderungen der Freiheitsrechte, als auch

¹ ANDEREGG, Nr. 462; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 330 f.

² MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331; zur Widerrechtlichkeit vgl. Kap. 3/3/IV.

³ MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331.

⁴ Vgl. zur Kompetenzverteilung Kap. 1/2/IV/1 sowie insbes. auch Kap. 1/2/IV/2/C und 1/2/IV/5 zur diesbezüglichen Kritik.

⁵ EGLI, 2015, S. 59; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 262 und 272 f.

⁶ ANDEREGG, Nr. 462; IMBODEN/RHINOW, S. 973; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331.

⁷ Vgl. ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 272 f.

mit den in Art. 8 und 9 BV normierten Grundsätzen – Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Diskriminierungsverbot, Treu und Glauben – übereinstimmen.⁸

Obwohl es sich bei den rechtsstaatlichen Grundsätzen und den Grundrechten nicht um verschiedene Dinge handelt, erstere aufgrund von Art. 36 BV vielmehr integraler Bestandteil der Grundrechtsanwendung sind, sollen ihnen dennoch zwei separate Kapitel gewidmet werden. Dies deshalb, weil die rechtsstaatlichen Grundsätze im Rahmen der Einschränkung sämtlicher Freiheitsrechte zur Anwendung gelangen und darüber hinaus nicht nur im Zusammenhang mit Grundrechten, sondern für jede staatliche Tätigkeit massgebend sind. Eigenständige Bedeutung haben sie aber sehr wohl nur dann, wenn keine Freiheitsrechte beschränkt werden. Während die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns, so etwa das Legalitätsprinzip, eher auf einer abstrakten Ebene wirken, schützen die Grundrechte die Bürger in ganz konkreten Situationen vor der (missbräuchlichen) Macht des Staates, geben ihnen also Abwehrrechte zur Hand, oder begründen gar gewisse Schutzpflichten.⁹

Entsprechend wird in der Folge zuerst auf die konkrete Bedeutung der rechtsstaatlichen Grundsätze im Polizeirecht sowie deren erwähnte spezifische Ausprägungen eingegangen (Kap. 2/2) und anschliessend die für den sicherheitspolizeilichen Bereich wichtigsten Grundrechte behandelt (Kap. 2/3). Da sowohl die Grundrechte als auch die rechtsstaatlichen Grundsätze für den Bürger nur dann Schutz vor staatlicher Macht bieten können, sofern er sie auch prozessual durchsetzen kann, wird im letzten Kapitel dieses Teils der Arbeit dem Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte ein Kapitel gewidmet (Kap. 2/4).

⁸ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331.

⁹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 43; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 10.

2. Kapitel: Rechtsstaatliche Grundsätze als Grenze für das sicherheitspolizeiliche Handeln

I. Legalitätsprinzip

1. Inhalt und Bedeutung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht

A) Inhalt und Funktion des Legalitätsprinzips

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns». Mit anderen Worten darf der Staat nur handeln, wenn und soweit dies in einem Gesetz vorgesehen ist.¹ Aus diesem Grundsatz der Gesetzmässigkeit, auch Legalitätsprinzip genannt, können unzählige Vorgaben abgeleitet werden, wobei drei im Vordergrund stehen: Erstens muss die jeweilige Norm, auf die sich staatliches Handeln stützt, **generell-abstrakter Natur**, also ein Gesetz im materiellen Sinne sein.² Zweitens muss dieses Gesetz im materiellen Sinn eine **genügende Normstufe** aufweisen, das heisst je nach Bedeutung der geregelten Materie die Form eines Gesetzes im formellen Sinn oder aber einer Verordnung haben.³ Und Drittens muss es auch über eine **genügende Normdichte** verfügen, wiederum je nach Bedeutung der geregelten Materie genau bestimmt oder aber relativ offen formuliert sein.⁴

«Je nach Bedeutung der geregelten Materie» meint, dass **alles Wesentliche mit genügender Bestimmtheit in einem Gesetz im formellen Sinn** normiert wer-

¹ Vgl. hierzu auch etwa EPINEY, BSK, N 40 f. zu Art. 5 BV; FAJNOR, S. 61 f.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 45; SCHWEGLER, Nr. 12; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 19.

² BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 42 zu Art. 5 BV und N 29 zu Art. 36 BV; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 45; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 653 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 14 f. zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 und 15 zu § 19.

³ EGLI, 2012, S. 197; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 45; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 653 und 656 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 und 16 ff. zu § 19; vgl. zur Normstufe im Polizeirecht Kap. 2/2/1/2.

⁴ BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 36 BV; EGLI, 2012, S. 197; EPINEY, BSK, N 43 ff. zu Art. 5 BV und N 35 zu Art. 36 BV; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 45; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 653 und 674 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 und 19 ff. zu § 19; vgl. zur Normdichte im Polizeirecht Kap. 2/2/1/3.

den muss.⁵ Wesentlich, also wichtig, ist eine Normierung etwa, wenn sie eine Vielzahl von Personen oder Sachverhalten betrifft, einen starken Eingriff in die Rechte der Bürger bewirkt, bedeutende finanzielle Auswirkungen hat oder es etwa um eine besonders umstrittene Frage geht.⁶

Das Legalitätsprinzip hat primär zwei Funktionen:

Das Erfordernis der genügenden Normstufe dient zum einen «dem **demokratischen Anliegen** der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung».⁷ Wenn es um etwas Wesentliches geht, dann soll dessen Regulierung in einem offenen politischen Entscheidungsprozess der Volksvertreter oder gar der Stimmbürger selbst zustande kommen.⁸ Dies gilt ganz besonders im sicherheitspolizeilichen Bereich: Über das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit, also auch über den Tätigkeitsbereich der Sicherheitsbehörden und dessen Grenzen, soll in einem demokratischen Verfahren entschieden werden.⁹

Das Erfordernis der genügenden Normdichte kommt zum andern «dem **rechtsstaatlichen Anliegen** der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns» zugute.¹⁰ Wesentliches soll genau geregelt werden, um beliebiges Handeln der Behörden zu verhindern und den Bürgern Rechtssicherheit zu verschaffen.¹¹

B) Das Legalitätsprinzip im Polizeirecht

Das Legalitätsprinzip gilt in der sogenannten Eingriffsverwaltung **uneingeschränkt**, hat hier sogar seinen Ursprung.¹² Wie zuvor ausführlich dargestellt

⁵ SCHWEIZER, SGK, N 16 ff. zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 19.

⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 19.

⁷ BGE 130 I 1 ff. (5), E. 3.1; vgl. auch SCHWEIZER, SGK, N 16 zu Art. 36 BV.

⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 376; KIENER/KÄLIN, S. 100 f.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 652; REINHARD, S. 148; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 19; vgl. auch TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 26.

⁹ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 98 m.w.H.; vgl. etwa Kap. 1/2/II/3.

¹⁰ BGE 130 I 1 ff. (5), E. 3.1; vgl. auch BGE 128 I 327 ff. (339), E. 4.2. m.w.H.; EPINEY, BSK, N 35 zu Art. 36 BV; REINHARD, S. 148; SCHWEIZER, SGK, N 15 zu Art. 36 BV.

¹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 372 ff. und 396 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 100; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 651 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 19; vgl. auch PFANDER, S. 52; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 25.

¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 413 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 650 f.; RITTER, S. 111; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 19; vgl. auch BGE 103 Ia 369 ff. (380), E. 5.

wurde, ist die Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit fast immer mit Eingriffen in die Rechte der Bürger verbunden, weshalb das Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlage im Polizeirecht grds. ausnahmslos umgesetzt werden sollte.¹³ Da der Polizei unter Umständen auch Zwangsbefugnisse zustehen und sie regelmässig in grundrechtlich heiklen Situationen agieren muss, ist das Legalitätsprinzip für sie gar von **besonderer Bedeutung**.¹⁴ Entsprechend wird in den meisten Polizeierlassen ausdrücklich betont, dass die «Polizei [...] ihre Aufgaben unter Beachtung der Gesetzmässigkeit» erfüllt.¹⁵

Trotz der unbestrittenen Geltung des Legalitätsprinzips im sicherheitspolizeilichen Bereich fehlten in vielen **Kantonen** jahrelang allgemeine **Polizeigesetze**.¹⁶ Mittlerweile haben zwar alle Stände ein allgemeines Polizeigesetz erlassen und bereits bestehende revidiert, womit sie grundsätzlich über die notwendige formell-gesetzliche Grundlage für viele (Zwangs-)Massnahmen der Polizei verfügen.¹⁷ Wie oben dargestellt wurde, sind diese Erlasse aber uneinheitlich und hinsichtlich einzelner Aufgaben und Befugnisse teilweise lückenhaft.¹⁸ Besonders problematisch ist etwa, dass viele Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen zu eingeschränkt formuliert sind, vereinzelt gar überhaupt nicht bestehen, weshalb im Zusammenhang mit Versammlungen und Massenveranstaltungen regelmässig auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen wird.¹⁹ Dies ist stossend, ist doch bei der Mehrzahl dieser Anlässe vorhersehbar, dass sie beispielsweise aufgrund von Gewaltanwendungen, Sachbeschädigungen, Lärm o-

¹³ Vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 47; PFANDER, S. 55; REINHARD, S. 151; RITTER, S. 111 f. und 116; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 382 m.w.H.; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 273; vgl. Kap. 1/3, insbes. auch Kap. 1/3/IV/1 und 2, zu den (Zwangs-)Massnahmen des kantonalen Polizeikorps.

¹⁴ ANDEREGG, Nr. 463; EGLI, 2012, S. 197; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2462; HUBER, S. 237; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26; RAUBER, S. 76; REINHARD, S. 149; TROCHSLER-HUGENOBLE/LOBSIGER, Nr. 24; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 56.

¹⁵ § 5 Abs. 1 PolG LU; vgl. auch etwa § 25 Abs. 1 PolG AG; Art. 21 PolG BE; § 7 Abs. 1 PolG BS; Art. 6 Abs. 1 PolG GR; § 25 PolG SO; vgl. aber SCHWEGGLER, Nr. 11, wonach diese ausdrücklichen Normierungen gegenüber der Verfassung keine eigenständige Bedeutung haben.

¹⁶ Vgl. KELLER/BÜRGLI, S. 1146; MOHLER, PolG BS, S. 393; MÜLLER, PolG BL, S. 127; RAUBER, S. 55 und 76 m.w.H.; RITTER, S. 100; SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 186.

¹⁷ TROCHSLER-HUGENOBLE/LOBSIGER, Nr. 29 f.; vgl. noch HUBER, S. 238, welcher im Jahr 1952 forderte, die Polizeigesetzgebung sei auszubauen.

¹⁸ Vgl. Kap. 1/3/IV.

¹⁹ KELLER/BÜRGLI, S. 1146 ff.; zur Wegweisung und Fernhaltung vgl. Kap. 1/3/IV/1/E.

der auch nur wegen übermässigen Abfällen mit Gefährdungen für Rechtsgüter einhergehen können, weshalb eine entsprechende Bestimmung erlassen werden könnte.²⁰

Auch auf **Bundesebene** ist das Legalitätsprinzip **nicht durchgehend verwirklicht**. Es würde neben einer rechtssystematischen Bereinigung des bundesrechtlichen Polizei- und Sicherheitsrechts auch eine Schliessung von Regelungslücken, also den Erlass neuer Bestimmungen, sowie eine Konkretisierung bestehender Normen verlangen.²¹

C) Spannungsverhältnis zwischen notwendiger Handlungsfreiheit und Beschränkung staatlicher Macht

Als Erklärung für die mangelhafte Umsetzung des Gesetzmässigkeitsprinzips im Polizeirecht wird in der Literatur regelmässig angeführt, das sicherheitspolizeiliche Handeln könne kaum abschliessend rechtlich normiert werden, offene Normen seien unumgänglich.²² Tatsächlich besteht diesbezüglich im Polizeirecht ein bereits mehrfach angesprochenes **Spannungsverhältnis**.²³

Zum einen ist der sicherheitspolizeiliche Auftrag, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, unbestimmt – die abzuwehrenden Gefahren unterliegen einem stetigen Wandeln, sind vielfältig und allenfalls nicht vorhersehbar.²⁴ Die Polizei benötigt also genügende **Handlungs- und Entscheidungsfreiräume**, um ihrer Aufgabe flexibel nachkommen und schnell sowie situationsgerecht handeln zu können: Dafür ist sie auf offene Normen, unbestimmte Rechtsbegriffe, das Einräumen von Ermessen sowie allenfalls auch das Delegieren gewisser Normierungsbefugnisse an den Verordnungsgeber angewiesen.²⁵

²⁰ KELLER/BÜRGLI, S. 1147 f.

²¹ Vgl. LOBSIGER, *Bereinigung*, S. 401 ff., insbes. S. 404; vgl. Kap. 1/2/IV/2/C und 1/3/V.

²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2462; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 3 zu § 56.

²³ Vgl. bereits Kap. 1/2/V.

²⁴ Vgl. etwa ENGELI, S. 181; GAMMA, S. 43; GYGI, *Polizeibegriff*, S. 242; JOST, S. 23 ff.; MANFRINI, S. 205; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 36; MOHLER, *Vernetzung von Sicherheit*, Nr. 1 ff.; PFANDER, S. 52 und 82; RAUBER, S. 77; REINHARD, S. 74; RITTER, S. 81 ff.; RUCH, *Sicherheit und Freiheit*, Nr. 28 ff.; SCHWEGLER, Nr. 13; SUTTER, *Staatshaftung*, S. 28; BGE 130 I 369 ff. (382), E. 7.3; kritisch zur Unvorhersehbarkeit etwa MÜLLER/JENNI, *Generalklausel*, S. 17.

²⁵ PFANDER, S. 52 f.; REINHARD, S. 151 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 379; vgl. HUBER, S. 241, wonach die Vorstellung falsch sei, das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für Polizeieingriffe lähme die Polizeibehörde – der Einsatz könne lediglich nicht vollständig normiert werden, wohl aber in den Grundzügen.

Zum andern müssen aber genau diese **Handlungsspielräume** der Polizei **begrenzt** und reguliert werden, um einerseits unnötige oder gar missbräuchliche staatliche Eingriffe verhindern und die Freiheit der Bürger gewährleisten zu können, andererseits das sicherheitspolizeiliche Handeln für letztere berechenbar und voraussehbar zu machen.²⁶ Dies verlangt somit eine «möglichst genaue Determinierung polizeilichen Handelns schon im Gesetz selbst».²⁷

Wie sich dieses Spannungsfeld zwischen notwendiger Handlungsfreiheit und Beschränkung staatlicher Macht auf die Erfordernisse der genügenden Normstufe und Normdichte im Polizeirecht auswirkt, soll in den folgenden beiden Kapiteln untersucht werden.

2. Normstufe sicherheitspolizeilicher Bestimmungen

A) Einleitung

Welche Normstufe sicherheitspolizeiliche Bestimmungen aufweisen müssen, ist primär eine Wertungsfrage, welche vom Gesetzgeber zu beantworten ist: Gesetze im formellen Sinn sind ausreichend demokratisch legitimiert, Verordnungen bestechen hingegen durch den Vorteil, rasch revidiert und entsprechend auf veränderte Verhältnisse angepasst werden zu können.²⁸

B) Gesetze im formellen Sinn

In der Schweiz muss **alles Wesentliche**, also alle wichtigen Fragen, insbesondere «schwerwiegende Einschränkungen [von Grundrechten] im [formellen] Gesetz selbst vorgesehen sein».²⁹ Auf Bundesebene ist jeweils eine referendumspflichtige Norm zu erlassen, auf kantonaler Ebene können unter Umständen auch lediglich vom Parlament verabschiedete Bestimmungen genügen.³⁰

Die herrschende Lehre sieht vor allem mit der Anwendung polizeilichen Zwangs und teilweise auch der Durchführung von Standardmassnahmen starke Grundrechtseingriffe verbunden, weshalb die zulässigen Handlungsinstrumente, insbe-

²⁶ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 28; PFANDER, S. 52 f.; RAUBER, S. 77.

²⁷ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 380.

²⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 f. zu § 19; vgl. auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 656 ff.

²⁹ Art. 36 Abs. 1 BV; vgl. hierzu etwa BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 33 zu Art. 36 BV; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 105 ff.; ROSSAT-FAVRE, S. 417.

³⁰ Art. 164 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 lit. a BV; BIAGGINI, BV, N 13 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 33 zu Art. 36 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 393 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 102 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 26 und Fn. 43; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 19.

sondere deren Voraussetzungen, formell-gesetzlich zu regeln sind.³¹ Denn der Entscheid über das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit, über die Zulässigkeit und Grenzen sicherheitspolizeilicher Massnahmen, soll in einem demokratischen Verfahren gefällt werden.³²

Des Weiteren ist wohl der grundsätzliche sicherheitspolizeiliche Auftrag, weitere Aufgaben und Pflichten der Sicherheitsbehörden, allfällige Duldungspflichten der Betroffenen, das Verhältnis zu anderen Sicherheitsakteuren sowie Fragen des Rechtsschutzes und der Haftung in einem Erlass auf Gesetzesstufe festzuhalten.³³

Schliesslich sind auch die in diesem Kapitel thematisierten rechtsstaatlichen Grundsätze des Polizeirechts formell-gesetzlich zu normieren, selbst wenn sie eigentlich bereits aufgrund der Verfassung gelten.³⁴ Im Polizeirecht kommt ihnen aber, wie zuvor bereits festgestellt, zur Machtkontrolle und Verhinderung von Machtmissbrauch eine besondere Bedeutung zu, welcher durch eine entsprechende Regulierung Rechnung getragen werden sollte.³⁵

Die kantonalen Polizeigesetze sind gesetzliche Grundlagen im formellen Sinn, welche selbst schwerwiegende Eingriffe zu legitimieren vermögen, sofern sie eine genügende Normdichte aufweisen.³⁶ Aber nicht nur das Handeln der kantonalen Polizeikorps, auch die Aufträge und vor allem die Befugnisse der sicherheitspolizeilichen Organe des Bundes sollten in Zukunft auf formell-gesetzlichen Normen beruhen.³⁷ Gesetzliche Grundlagen, welche das Handeln der Sicherheitsbehörden determinieren, sind denn auch geeignet, deren Glaubwürdigkeit und das Vertrauen der Bürger zu fördern, was für ihre Arbeit von essentieller Bedeutung ist.³⁸

³¹ BOTSCHAFT ZAG, S. 2493; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26; MOHLER, PolG BS, S. 396 f.; MÜLLER, PolG BL, S. 127; PFANDER, S. 56; REINHARD, S. 150; RÉMY, S. 26; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 26; vgl. auch RITTER, insbes. S. 116, wonach das Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage im Polizeirecht allgemein streng gelten soll; vgl. des Weiteren MOECKLI/KELLER, S. 241 zur Normstufe von Wegweisungsartikeln.

³² MÜLLER, Videoüberwachung, S. 98 m.w.H.; vgl. Kap. 1/2/II/3.

³³ MOHLER, PolG BS, S. 395.

³⁴ RITTER, S. 115; vgl. auch MOHLER, PolG BS, S. 395.

³⁵ RITTER, S. 115; vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26 m.w.H.; vgl. anstelle vieler § 25 ff. PolG AG; § 7 ff. PolG BS; § 6 ff. PolG GR; § 5 ff. PolG LU; § 25 ff. PolG SO; § 6 ff. PolG UR; § 3 ff. PolG ZG.

³⁶ SCHMOHL, S. 146.

³⁷ LOBSIGER, Bereinigung, S. 404.

³⁸ MÜLLER, PolG BL, S. 127.

Diese Forderung darf aber **weder absolut noch umfassend** verstanden werden. Alles in einem formellen Gesetz regeln zu wollen, wäre nämlich in zweierlei Hinsicht kontraproduktiv: Einerseits würde es zu unnötig umfangreichen Erlassen führen, was der Rechtssicherheit eher abträglich wäre, andererseits würde die Komplexität gewisser Materien sowie die Notwendigkeit schneller Reaktionen zu teilweise vagen, unbestimmten Normen führen.³⁹ Für das Sicherheitsrecht ist es denn auch typisch, relativ weitgehende Kompetenzen der Exekutive zu übertragen, um so eine schnelle und situationsgerechte Erledigung der Aufgaben zu ermöglichen.⁴⁰

C) Verordnungen

Verordnungen sollten primär zur Anwendung kommen, um **Details des Gesetzesvollzugs** zu regeln.⁴¹ So soll etwa im Kanton Obwalden der Regierungsrat «die notwendigen Ausführungsbestimmungen zum Vollzug» des Polizeigesetzes erlassen.⁴²

Verordnungen können aber auch für **grundlegende Normierungen** zur Anwendung kommen, beispielsweise wenn die zu regelnde Materie starken Veränderungen unterliegt und rasches Reagieren erfordert oder aber sehr technisch ist und das Fachwissen des ordentlichen Gesetzgebers übersteigt.⁴³ Entsprechend ist es zum Beispiel im Kanton Thurgau der Regierungsrat, welcher «die möglichen Aufgaben des polizeilichen Assistenzdienstes» bestimmt,⁴⁴ den Gemeinden «verkehrs- oder ordnungsdienstliche Aufgaben übertragen» kann⁴⁵ sowie Einzelheiten zur Bewilligung privater Sicherheitsdienste regelt.⁴⁶

Die Grundzüge einer Normierung nur auf Verordnungsstufe zu umschreiben bedingt allerdings, dass sie zu keinen schwerwiegenden Beschränkungen für die Bürger führen.⁴⁷ Dies würde einen Eingriff nämlich als «wesentlich» qualifizieren, womit zumindest Inhalt, Zweck und Ausmass der Normierung in einem Gesetz im formellen Sinn festzuhalten wären.⁴⁸ Etwa in Bezug auf den Schusswaffengebrauch ist es bedenklich, wenn dieser nicht einmal dem Grundsatz nach in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern lediglich auf Verordnungsstufe, ja gar

³⁹ REINHARD, S. 149.

⁴⁰ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 34 und 36.

⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 19.

⁴² Art. 60 PolG OW.

⁴³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 19.

⁴⁴ § 3 Abs. 3 PolG TG.

⁴⁵ § 4 Abs. 1 PolG TG.

⁴⁶ § 5 Abs. 3 PolG TG.

⁴⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 38 zu § 19.

⁴⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 38 zu § 19.

nur in einfachen Dienstanweisungen geregelt ist.⁴⁹ Angemessen ist etwa die Lösung im Polizeigesetz des Kantons Aargau, welches den Waffengebrauch durch die Polizei in den Grundzügen regelt, darüber hinaus aber dem Regierungsrat die Regulierung der «Einzelheiten [...], insbesondere [der] Frage der Zulässigkeit der Verwendung von besonderer Munition und des Einsatzes von Reizstoffen oder Gummigeschossen» überlässt.⁵⁰

Verallgemeinert bedeutet dies für polizeiliche (Zwangs-)Massnahmen, dass Verordnungen zum einen im allgemeinen Polizeierlass vorgesehene Massnahmen konkretisieren, insbesondere deren praktische und taktische Aspekte regeln können.⁵¹ Zum andern dürfen sie aber auch neue, auf Gesetzesstufe nicht normierte Massnahmen vorsehen, sofern diese zu keinen oder nur leichten Grundrechtseingriffen führen.⁵²

D) Zur gesetzlichen Grundlage präventiver sicherheitspolizeilicher Massnahmen

Wie im ersten Teil dieser Arbeit bereits dargelegt wurde, ertönt in der Bevölkerung angesichts von Bedrohungen wie dem Terrorismus vermehrt der Ruf nach mehr Sicherheit und damit nach mehr Prävention durch den Staat.⁵³ Damit dies insbesondere nicht «zum Einfallstor für eine unbeschränkte Datenverarbeitung der Polizei» wird,⁵⁴ sind präventiven Massnahmen der Polizei, mithin der präventiven Datenerhebung, klare Grenzen zu setzen, wobei dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage eine besondere Bedeutung zukommt. Hierbei müssen primär zwei Situationen unterschieden werden:

Zum einen kann es sich um präventive Massnahmen handeln, welche zu **keinem Grundrechtseingriff** führen – zu denken ist etwa an eine Information durch die Polizeibehörden, unter Umständen aber auch an einfache Informationsbeschaffungen, Beobachtungen oder reine Präsenz in Form von Patrouillenfahrten.⁵⁵ Solange diese tatsächlich keinen Eingriffscharakter haben, bedürfen sie weder einer expliziten gesetzlichen Grundlage, sondern können sich auf den allgemeinen Polizeiauftrag stützen, noch müssen die Voraussetzungen eines sicherheitspoli-

⁴⁹ RITTER, S. 100 f.

⁵⁰ § 46 Abs. 5 PolG AG; vgl. auch § 13 Abs. 2 PolG ZH.

⁵¹ RÉMY, S. 26.

⁵² RÉMY, S. 26.

⁵³ Vgl. etwa Kap. 1/2/III/4, 1/2/V und 1/3/V/4.

⁵⁴ REINHARD, S. 218.

⁵⁵ REINHARD, S. 118.

zeilichen Tätigwerdens – etwa der konkreten Gefahr oder des Störerprinzips – erfüllt sein.⁵⁶

Zum andern erfasst die Abwehr von künftigen Gefahren aber auch Massnahmen, welche in die **Grundrechte der Bürger eingreifen** und somit auf eine ausdrückliche Befugnisnorm gestützt werden müssen.⁵⁷ Zum Schutz der Betroffenen muss eine spezifische Norm sowohl die Voraussetzungen und Grenzen des Eingriffs definieren, als auch etwa Kontrollmechanismen vorsehen.⁵⁸ Von besonderer Bedeutung ist hier die Beschaffung und Speicherung von Personendaten.⁵⁹

Handelt es sich bei den erhobenen Informationen um **personenbezogene Daten**, tangiert jede Bearbeitung das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen, weshalb entsprechend eine gesetzliche Grundlage notwendig ist.⁶⁰ So regeln etwa die Art. 15 ff. BWIS Datenbearbeitungen zur Erkennung und Bekämpfung von Gefährdungen durch Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst, gewalttätigen Extremismus und Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen.⁶¹ Auch die kantonalen Polizeigesetze enthalten Bestimmungen zu polizeilichen Datenerhebungen.⁶² Daneben werden Informationstätigkeiten durch kantonale und kommunale sicherheitspolizeiliche Behörden vom Anwendungsbereich der kantonalen Datenschutzgesetze erfasst.⁶³

3. Normdichte sicherheitspolizeilicher Bestimmungen

A) Einleitung

Das Erfordernis der genügenden Normdichte bedeutet, dass das Wesentliche, also wichtige Fragen, hinreichend bestimmt geregelt werden muss.⁶⁴ Wie die

⁵⁶ REINHARD, S. 118.

⁵⁷ REINHARD, S. 118 f.

⁵⁸ REINHARD, S. 119.

⁵⁹ Vgl. Kap. 1/2/III/4 zur präventiven Datenerhebung, Kap. 1/3/IV/1 zu Datenbearbeitungs- und Überwachungsmassnahmen der Kantone sowie Kap. 1/3/V/4 zu den Befugnissen des Nachrichtendienstes.

⁶⁰ MÜLLER, Polizeigesetzgebung, S. 424 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 115.

⁶¹ Vgl. zur Teilrevision und den enthaltenen Rechtsschutzmöglichkeiten auch etwa BIAGGINI, Gutachten, S. 238 ff.; zu den Befugnissen des Nachrichtendienstes vgl. Kap. 1/3/V/4.

⁶² Vgl. etwa § 49 ff. PolG AG; Art. 5 ff. PolG AI; § 57 ff. PolG BS; Art. 38a ff. PolG FR; Art. 27 ff. PolG GR; Art. 49a ff. PolG NE; § 51 ff. PolG ZH.

⁶³ Vgl. anstelle vieler DSGVO OW; DSGVO SZ; GIDA VS; IDAG AG; InfoDG; vgl. hierzu auch SCHWEGLER, Nr. 154.

⁶⁴ Vgl. EGLI, 2012, S. 197; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 45; SCHWEIZER/MÜLLER,

Wahl der Normstufe ist auch der Entscheid hinsichtlich der Normdichte einer sicherheitspolizeilichen Bestimmung nicht einfach. **Detaillierte Normen** machen das sicherheitspolizeiliche Handeln voraussehbar und berechenbar, mit **offenen Normen** bleiben die Behörden in ihrem Handeln hingegen genügend flexibel und können einzelfallgerecht agieren.⁶⁵ Je weniger bestimmt eine Norm, desto grösser ist nämlich der Handlungs- und Entscheidungsspielraum für die Exekutive sowie Judikative.⁶⁶

Das Bestimmtheitsgebot ist in zweierlei Hinsicht von Nutzen: Zum einen informiert eine präzise Norm den handelnden Polizeibeamten über die Befugnisse, welche ihm zustehen – zum andern klärt sie aber auch den einzelnen Bürger über seine Rechte gegenüber der Polizei auf.⁶⁷ Als Minimalanforderung gilt denn auch, dass eine Bestimmung jeweils so genau formuliert sein muss, dass die Bürger ihr Handeln danach ausrichten und dessen Konsequenzen befriedigend abschätzen können.⁶⁸

B) Gründe für tiefere Anforderungen an die Normdichte im Polizeirecht

Wie bereits das Erfordernis der Normstufe, darf auch jenes der Normdichte **nicht absolut** verstanden werden.⁶⁹ Insbesondere «die Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, die Notwendigkeit einer erst bei der Konkretisierung möglichen Wahl, die nicht abstrakt erfassbare Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte und das Bedürfnis nach einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall» vermögen allenfalls **tiefere Anforderungen** an die Normdichte, an die Bestimmtheit einer Norm, zu rechtfertigen.⁷⁰ Hierzu sind aber zwingend solch **sachliche Gründe** vorausgesetzt.⁷¹ Sofern es nämlich möglich und sinnvoll ist, einen bestimmten Sachverhalt zu normieren, dann soll der ordentliche Gesetzgeber dieser Aufgabe auch nachkommen und nur in beschränktem Mass

S. 381; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2, 4 und 19 ff. zu § 19.

⁶⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 19; vgl. auch REINHARD, S. 151 f.

⁶⁶ RITTER, S. 171 f. und 176 ff.

⁶⁷ PFANDER, S. 52; RÉMY, S. 26.

⁶⁸ BGE 125 I 361 ff. (364), E. 4a; 124 I 40 ff. (43), E. 3b; 117 Ia 472 ff. (480), E. 3e; 109 Ia 273 ff. (283), E. 4d.

⁶⁹ BGE 132 I 49 ff. (58), E. 6.2; 113 Ib 60 ff. (63), E. 3b; 109 Ia 273 ff. (284), E. 4d; vgl. auch REINHARD, S. 151 f.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 2625.

⁷⁰ BGE 109 Ia 273 ff. (284), E. 4d; vgl. auch BGE 128 I 327 ff. (340), E. 4.2; 125 I 369 ff. (379), E. 6; 123 I 1 ff. (5), E. 4b; 117 Ia 472 ff. (479), E. 3d; 115 Ia 277 ff. (288), E. 6a; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 677 ff.; REINHARD, S. 152 f.; RITTER, S. 182 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 381; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 19.

⁷¹ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 384.

unbestimmte Rechtsbegriffe anwenden sowie Ermessen einräumen – selbst wenn es sich bei der Regelungsmaterie nur um einen leichten Eingriff handelt.⁷²

Das Bundesgericht bejaht für das **Polizeirecht** das Vorliegen solch sachlicher Gründe, sei die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit doch mit gewissen – zuvor ebenfalls festgestellten – **Besonderheiten** verbunden.⁷³ Zum einen erfolgt sie mehrheitlich in Form von Realakten.⁷⁴ Zum andern ist die Aufgabe der Polizei, insbesondere der Begriff der öffentlichen Sicherheit sowie der Gefahr unbestimmt und wandelbar.⁷⁵ Das Handeln der Sicherheitsbehörden richtet sich somit regelmässig gegen Gefahren, welche nicht genau bestimmbar sind und muss sich je nach Situation den einzelnen Umständen anpassen.⁷⁶ Entsprechend stützte das Bundesgericht etwa die unpräzise Formulierung von kantonalen Wegweisungsartikeln wie jenem des Kantons Bern, wonach «die Kantonspolizei [...] Personen von einem Ort vorübergehend wegweisen oder fern halten» kann, «wenn der begründete Verdacht besteht, dass sie oder andere, die der gleichen Ansammlung zuzurechnen sind, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder stören».⁷⁷ Erst die Genfer Formulierung, wonach eine Wegweisung möglich war, wenn eine Person «empêche sans motif l'usage normal du domaine public», beurteilte es als zu unbestimmt.⁷⁸

Den Stimmen in Literatur und Rechtsprechung kann zugestimmt werden, dass hinsichtlich der polizeilich abzuwehrenden Gefahren keine Gewissheit erreicht werden kann.⁷⁹ Zwar können mit den modernen Prognoseinstrumenten wohl ein Grossteil der Gefahren vorhergesehen werden,⁸⁰ abschliessende Kenntnis ist aber nicht möglich. Die Polizei muss auch mit neuen Bedrohungen rechnen und entsprechend über genügend offene Normen verfügen, welche die unterschied-

⁷² RITTER, S. 180; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 384 m.w.H.

⁷³ BGE 136 I 87 ff. (90), E. 3.1; 132 I 49 ff. (58), E. 6.2; 128 I 327 ff. (340), E. 4.2; vgl. auch EGLI, 2012, S. 197; KIENER/KÄLIN, S. 108 f.; RITTER, S. 79 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 384.

⁷⁴ Vgl. Kap. 1/3/II.

⁷⁵ Vgl. Kap. 1/2, insbes. 1/2/V.

⁷⁶ BGE 136 I 87 ff. (90), E. 3.1; 132 I 49 ff. (58), E. 6.2; 128 I 327 ff. (340), E. 4.2.

⁷⁷ Art. 29 Abs. 1 li. b PolG BE; dazu BGE 132 I 49 ff. (59), E. 6.3 und MOECKLI/KELLER, S. 241; vgl. auch BGE 128 I 327 ff. (339 ff.), E. 4.2 zu einer Norm des Kantons Graubünden.

⁷⁸ Urteil des BGer 1C_226/2009 vom 16. Dezember 2009, E. 4.2.

⁷⁹ Vgl. etwa EGLI, 2012, S. 197; ENGELI, S. 181; GAMMA, S. 43; GYGI, Polizeibegriff, S. 242; JOST, S. 23 ff.; MANFRINI, S. 205; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 36; PFANDER, S. 52; RAUBER, S. 77; REINHARD, S. 74 und 153; RITTER, S. 79; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 28 ff.; SUTTER, Staatshaftung, S. 28; BGE 130 I 369 ff. (382), E. 7.3.

⁸⁰ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 17.

lichsten Gefährdungslagen erfassen. In der Tat gibt es denn auch einige konkrete Gründe, welche dagegen sprechen, die Standardmassnahmen sowie den polizeilichen Zwang in den Polizeigesetzen und übrigen relevanten Erlasse abschliessend und detailliert zu regeln:

Einerseits ist eine Art Generalklausel durchaus sinnvoll, um gegenüber zukünftigen **technischen Neuerungen** offen zu bleiben.⁸¹ Dies ist aber wiederum zu relativieren, können doch gerade diese allenfalls schwere Grundrechtseingriffe mit sich bringen und sind deshalb jeweils so schnell wie möglich einer genügenden Rechtsgrundlage zuzuführen.⁸²

Andererseits können gewisse Gründe dafür sprechen, **nicht jedes Detail** der Massnahmen zu regeln: Zum einen ist es wichtig, dass die Sicherheitsbehörden für ausserordentliche Lagen, für **Ausnahmesituationen** also, welche nicht mit den alltäglichen Instrumenten bewältigt werden können, über genügend Handlungsfreiheit verfügen und schnell sowie flexibel reagieren können. Dies wird vor allem ihrer Eigenverantwortung und Kreativität zuträglich sein – zwei wichtige Voraussetzungen für eine gute Krisenbewältigung.⁸³ Zum andern wäre es unsinnig, das ganz konkrete Sicherheitsdispositiv und **taktische Vorgehen** der sicherheitspolizeilichen Akteure offen zu legen. Dies würde einzig potentiellen Straftäter zugutekommen, welche ihre Vorhaben entsprechend anpassen und der Polizei deutlich einfacher entweichen könnten.⁸⁴

Des Weiteren sprechen in Bezug auf Sachverhalte, welche sich rasch ändern und ein schnelles Reagieren erfordern, auch Gründe der **Praktikabilität** dagegen, den Polizeibeamten zu genaue Vorgaben zu machen: Muss ein Polizist etwa innerhalb von Augenblicken darüber befinden, ob und wie er seine Schusswaffe einsetzen will, kann keine komplizierte Subsumtion von ihm erwartet werden.⁸⁵

Schliesslich ist der Versuch, gewisse Massnahmen möglichst abschliessend und detailliert zu regeln, **rechtssetzungstechnisch teilweise wenig sinnvoll**, was sich beispielsweise bei den bereits erwähnten Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen zeigt: Es ist mit Blick auf das Legalitätsprinzip und das Erfordernis der genügenden Normstufe zweifellos notwendig, dass die Polizeigesetze solche Normen enthalten und damit eine Grundlage für Wegweisungen und Fernhaltungen durch die Polizei schaffen. Gerade diesbezüglich ist aber eine möglichst umfassende Bestimmung, welche eine Wegweisung etwa generell bei Gefähr-

⁸¹ Vgl. LANGENEGGER, S. 147; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 55.

⁸² Vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, S. 387.

⁸³ RITTER, S. 112 und 184.

⁸⁴ RITTER, S. 112 und 184 f.

⁸⁵ RITTER, S. 185.

derung der öffentlichen Sicherheit erlaubt,⁸⁶ wichtig. Denn sämtliche Gefahren zu normieren, welche eine Wegweisung oder Fernhaltung notwendig machen könnten, wäre unzweckmässig. Es kommen immer wieder neue Phänomene auf, etwa Botellones, Reclaim the Streets und ähnliche Veranstaltungen, was ein weiter Anwendungsbereich der Bestimmungen notwendig macht.⁸⁷ Die Rechtsgüter genauer einzugrenzen, deren Schutz eine Wegweisung legitimieren könnte, ist ebenfalls nicht nötig, sind die Güter, welche unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit fallen, nach der hier vertretenen Ansicht im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich doch abschliessend.⁸⁸

C) Gründe für höhere Anforderungen an die Normdichte im Polizeirecht

Im letzten Kapitel wurde den Stimmen in Lehre und Rechtsprechung zugestimmt, wonach hinsichtlich der polizeilich abzuwehrenden Gefahren keine abschliessende Kenntnis erlangt werden kann, weshalb die Polizei auch mit neuen Bedrohungen rechnen und entsprechend über genügend offene Normen verfügen muss. Dies gilt uneingeschränkt aber lediglich hinsichtlich der Gefahren, also den Auslösern sicherheitspolizeilicher Tätigkeit. Sowohl die zu schützenden Rechtsgüter an sich als auch die **typischen sicherheitspolizeilichen Handlungsinstrumente** sind in Bezug auf den primären Gefahrenabwehrauftrag hingegen grundsätzlich **bekannt**.⁸⁹

Nach der hier vertretenen Ansicht gibt es somit keinen hinreichenden Grund, weshalb die allgemeine Tätigkeit der Sicherheitsbehörden und insbesondere die bekannten und im Alltag häufig verwendeten Mittel – nicht umsonst Standardmassnahmen genannt – nicht normiert werden müssten, um so die sicherheitspolizeilichen Befugnisse angemessen durch das Gesetz zu beschränken.⁹⁰ Dies heisst, dass etwa verpönte Mittel wie Einschüchterung oder Misshandlung gesetzlich klar untersagt und andere, stark intervenierende Instrumente an bestimmte sowie erhöhte Anforderungen gebunden werden.⁹¹

⁸⁶ So etwa § 33 lit. a PolG ZH; vgl. KELLER/BÜRLI, S. 1147; vgl. bereits Kap. 1/3/IV/1/E.

⁸⁷ Vgl. KELLER/BÜRLI, S. 1146 ff.

⁸⁸ Vgl. Kap. 1/2/II/2/C/c.

⁸⁹ Vgl. EGLI, 2012, S. 197; GYGI, Polizeibegriff, S. 242; PFANDER, S. 53 ff.; REINHARD, S. 74.

⁹⁰ Vgl. auch EGLI, 2012, S. 197; PFANDER, S. 54 f.; RITTER, S. 112 f. und 185; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 379 ff., insbes. S. 385 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 110.

⁹¹ RITTER, S. 113.

Es gibt nicht nur bloss beschränkt sachliche Gründe, welche die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot herabsetzen könnten, im Polizeirecht sprechen gewisse Gründe gar für **speziell hohe Anforderungen**.⁹²

Zum einen wurde bereits mehrfach festgestellt, dass sicherheitspolizeiliche Reakkte regelmässig zu teilweise schweren **Grundrechtseingriffen**, «im Extremfall bis zur physischen Vernichtung des Individuums», führen und somit den strengen Anforderungen von Art. 36 BV genügen müssen.⁹³ In dessen Anwendungsbereich stellt das Legalitätsprinzip nicht nur an die Normstufe, sondern auch an die Bestimmtheit der Rechtsgrundlage erhöhte Anforderungen.⁹⁴ Denn grundsätzlich gilt: je schwerer ein Eingriff in die Rechte des Einzelnen, desto höhere Anforderungen sind an die Bestimmtheit zu stellen.⁹⁵ Dies darf allerdings nicht zum Umkehrschluss verleiten, dass bei leichten Eingriffen die Normen per se nicht genau bestimmt sein müssten.⁹⁶ Einerseits ist die Abgrenzung von leichten und schweren Eingriffen nicht immer unproblematisch.⁹⁷ Andererseits muss bei jedem Handeln der Polizei die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewahrt werden.⁹⁸

Zum andern können sicherheitspolizeiliche Massnahmen **finanzielle Folgen** haben, welche teilweise stärker ins Gewicht fallen als irgendwelche Steuererhebungen des Staates, bezüglich welchen der Grundsatz der Gesetzmässigkeit streng angewandt wird.⁹⁹

Aber nicht nur das Legalitätsprinzip, auch unser **demokratisches** System fordert eine gewisse Bestimmtheit sicherheitspolizeilicher Normen.¹⁰⁰ Denn auf welche Art, wie weit und zugunsten welcher Sicherheitsinteressen die Freiheiten der Bürger eingeschränkt werden dürfen, ist eine hochpolitische Frage, über welche nicht die Sicherheitsbehörden, sondern das Volk bzw. dessen Vertreter entscheiden sollte.¹⁰¹

⁹² Vgl. RITTER, S. 116.

⁹³ Vgl. LANGENEGGER, S. 140; RITTER, S. 250; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 379 m.w.H.

⁹⁴ REINHARD, S. 149 f.; RITTER, S. 79 und 116; vgl. auch EGLI, 2012, S. 197; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 26; RAUBER, S. 76; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 24; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 56.

⁹⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 387 f.; REINHARD, S. 152.

⁹⁶ REINHARD, S. 152; RITTER, S. 250; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 388 m.w.H.

⁹⁷ PFANDER, S. 55 f.; SCHWEIZER, SGK, N 16 ff. zu Art. 36 BV.

⁹⁸ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 388.

⁹⁹ RITTER, S. 250.

¹⁰⁰ RITTER, S. 253.

¹⁰¹ RITTER, S. 253 f.

D) Bestimmtheitssurrogate

Erscheint eine gewisse Unbestimmtheit sicherheitspolizeilicher Normen aufgrund sachlicher Gründe gerechtfertigt, müssen die damit verbundenen Nachteile für die Betroffenen, insbesondere deren Rechtsunsicherheit, durch sogenannte **Bestimmtheitssurrogate** gemildert werden.¹⁰² Mit anderen Worten ist bei Vorliegen grosser Freiräume der Sicherheitsbehörden deren gute Führung sowie ausreichende Kontrolle von zentraler Bedeutung.¹⁰³

Ein erstes Bestimmtheitssurrogat sind die **Verfassungsgrundsätze**: Insbesondere dem Grundsatz des öffentlichen Interesses sowie dem Verhältnismässigkeitsprinzip kommen besondere Bedeutung zu, um dem Ermessen der Sicherheitsbehörden gewisse Schranken zu setzen – letzteres ist darüber hinaus willkürfrei und rechtsgleich auszuüben.¹⁰⁴ Hierbei sind aber gewisse Vorbehalte anzubringen: Zum einen muss etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip je nach Situation ausgelegt und konkretisiert werden, was im sicherheitspolizeilichen Alltag keineswegs mehr Rechtssicherheit mit sich bringt.¹⁰⁵ Was in der konkreten Situation erforderlich und zumutbar ist muss denn so weit wie möglich bereits durch den Gesetzgeber entschieden werden, um das Handeln der Polizei vorhersehbar zu machen.¹⁰⁶ Zum andern können diese Prinzipien nachteilige Folgen von zu wenig bestimmten Normen nur ausgleichen, wenn die handelnden Sicherheitsbehörden und die einzelnen Polizeibeamten befähigt sind, sie korrekt anzuwenden.¹⁰⁷ Innerhalb von Augenblicken Grundrechte gegeneinander abzuwägen, Eingriffe mit Hilfe dieser Prinzipien zu prüfen und schliesslich rechtzeitig und «richtig» zu entscheiden, ist für die betroffenen Akteure regelmässig eine kaum zu bewältigende Herausforderung.¹⁰⁸

Eine mögliche Entscheidungshilfe, ein Wegweiser, sieht MOHLER in der **Ethik**.¹⁰⁹ Er räumt aber ein, dass diese kaum normiert werden könne.¹¹⁰ Vielmehr müsse sie als Grundsatz gesehen werden, wonach es für sämtliches Denken und Handeln der Sicherheitsbehörden, für jede einzelne Massnahme, für jede Grundrechtsbeschränkung einen positiven Grund geben müsse. Solche Gründe sieht er etwa im Schutz von Freiheit, Leben und Eigentum. Die Handlungen dürften dabei von diesen positiven Zweckbestimmungen nicht abweichen und

¹⁰² RITTER, S. 187; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 382.

¹⁰³ RITTER S. 113.

¹⁰⁴ RITTER, S. 186 und 188; vgl. auch BGE 122 I 267 ff. (272), E. 3b.

¹⁰⁵ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 394.

¹⁰⁶ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 394.

¹⁰⁷ RITTER, S. 189.

¹⁰⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23.

¹⁰⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23.

¹¹⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 29.

nur so weit reichen, wie es diese verlangten.¹¹¹ Des Weiteren sei alles Polizeiliche auf die Gewährleistung der Menschenwürde, Freiheit und Gerechtigkeit auszurichten.¹¹²

Die Forderungen von MOHLER sind zwar zweifelsohne richtig. Nach der hier vertretenen Ansicht müssen sie aber nicht mit dem Etikett «Ethik» versehen werden, sind sie doch nichts anderes als die zuvor angesprochenen Grundsätze unserer Verfassung: Der positive Grund entspricht dem öffentlichen Interesse, nicht über dessen Ziel hinauszugehen dem Verhältnismässigkeitsprinzip und etwa die Gewährleistung der Menschenwürde einem unbestrittenen Grundsatz unserer Rechtsordnung. Gewiss ist es aber so, dass die Rechtsordnung als solche die Umsetzung dieser Grundsätze in der Praxis nicht garantieren, ja viele Aspekte, wie den Schutz der Menschenwürde, gar nicht sinnvoll regulieren kann.¹¹³ Ob sich die Grundsätze durchsetzen können, hängt viel mehr von den einzelnen handelnden Polizeibeamten, insbesondere von deren Charakter und sozialen Fähigkeiten, aber auch deren Fachwissen ab.¹¹⁴ Auf beides kann vor allem durch eine sorgfältige Auswahl geeigneter Personen sowie durch gute Ausbildung und Führung eingewirkt werden, wobei natürlich auch ethischen Ansprüchen zu genügen ist.¹¹⁵

Ein zweites wichtiges Bestimmtheitsurrogat ist ein genügend ausgebautes **Rechtsschutz- und Rechtsmittelsystem**.¹¹⁶ Wenn Handlungen der Sicherheitsbehörden nachträglich kontrolliert werden können, bringt dies nicht nur letztere dazu, ihre Entscheide mit grösserer Sorgfalt zu treffen. Es bietet auch den Betroffenen die Möglichkeit, gewisse negative Folgen korrigieren zu lassen bzw. finanzielle Kompensation zu fordern.¹¹⁷ Wie im letzten Kapitel dieses Teils der Arbeit aufgezeigt wird, ist das ordentliche Rechtsschutzsystem im Bereich des Polizeirechts teilweise noch mangelhaft und zudem oft ungenügend, da Realakte und die daraus folgenden Schädigungen in der Regel irreversibel sind.¹¹⁸ Der finanziellen Kompensation, der Haftung des Staates, kommt somit auch als Bestimmtheitsurrogat eine besondere Bedeutung zu.

¹¹¹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 30.

¹¹² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 29.

¹¹³ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 28.

¹¹⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 31.

¹¹⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 31.

¹¹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 684; RITTER, S. 192 f.; vgl. auch BGE 132 I 49 ff. (59 f.), E. 6.3; vgl. zum Rechtsschutz im Sicherheitsrecht auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 85 ff.

¹¹⁷ RITTER, S. 192.

¹¹⁸ Vgl. GYGI, Staatshaftung, S. 224; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Nr. 443; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 392 f. m.w.H. vgl. auch Kap. 2/4.

Ein drittes hier zu erwähnendes Bestimmtheitsurrogat sind schliesslich auch andere **Kontrollmechanismen** – sei es eine politische Kontrolle durch Regierung oder Parlament, sei es eine solche durch die Medien bzw. die Öffentlichkeit.¹¹⁹ Die Bedeutung der politischen Kontrolle gründet vor allem auf der zuvor angesprochenen Tendenz im Sicherheitsrecht, relativ weitgehende Kompetenzen der Exekutive zu übertragen, um so eine schnelle und situationsgerechte Erledigung der Aufgaben zu ermöglichen.¹²⁰ Regelmässig werden dabei nicht etwa die Kantonsregierungen, sondern hierarchisch untergeordnete Behörden wie die Polizei tätig.¹²¹ Erstere tragen aber dennoch die Verantwortung für eine einwandfreie Auftragsbefreiung, was ein funktionierendes Aufsichtssystem bedingt.¹²² Die Aufsicht des Bundes gegenüber den Kantonen ist hingegen stark eingeschränkt und in Bezug auf ihre originären Aufgaben grds. auf ausserordentliche Lagen begrenzt.¹²³ Nicht zu unterschätzen ist hingegen die Aufsicht durch die Medien und die Kontrolle durch das Volk, welches sich etwa an der Urne zu Fragestellungen des Sicherheitsrechts äussern kann.¹²⁴

Sämtliche dieser Mechanismen bedingen aber, dass die in Frage stehende Norm mindestens das **Regelungsziel** genügend bestimmt.¹²⁵ Sind der Zweck einer Bestimmung nämlich nicht bekannt, dann kann weder das Ermessen pflichtgemäss, insbesondere verhältnismässig ausgeübt werden, noch ist eine gerichtliche oder politische Kontrolle möglich.

4. Durchbrechung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht

A) Ausnahmen vom Legalitätsprinzip

Wie in den letzten Kapiteln dargelegt wurde, ist das sicherheitspolizeiliche Handeln dem Legalitätsprinzip unterworfen und muss sich somit grds. auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen können.¹²⁶ Von diesem Grundsatz gibt es gewisse Ausnahmen.¹²⁷

¹¹⁹ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 382.

¹²⁰ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 34 und 36.

¹²¹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 92.

¹²² LIENHARD/HÄSLER, Nr. 92.

¹²³ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 94.

¹²⁴ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 95.

¹²⁵ BGE 125 I 361 ff. (364), E. 4a; vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, S. 381 m.w.H.

¹²⁶ Vgl. anstelle vieler noch einmal LIENHARD/HÄSLER, Nr. 56.

¹²⁷ Vgl. auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 4; vgl. zu den verschiedenen Instrumenten in Abweichung von der positiven Rechtsordnung LIENHARD/HÄSLER, Nr. 102 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 730 ff.

Am weitreichendsten ist das **Notrecht** im Falle eines **Staatsnotstands**, welches nicht nur das Legalitätsprinzip durchbricht, sondern gar gänzlich ausserhalb der verfassungsmässigen Ordnung steht.¹²⁸ In einer solchen Situation ist die Schweiz, etwa durch einen Angriff von aussen oder einen Bürgerkrieg, in ihrer Existenz bedroht, was die Behörden zu jeglichen Schutzmassnahmen legitimiert.¹²⁹ Der sicherheitspolizeiliche Tätigkeitsbereich bezieht sich grds. nicht auf solch ausserordentliche, wohl aber regelmässig auf besondere Lagen, für welche gewisse andere Ausnahmen bzw. Relativierungen des Legalitätsprinzips gelten.¹³⁰

Besonders relevant sind jene Situationen, in welchen die «**Polizeiliche Generalklausel**» die gesetzliche Grundlage für sicherheitspolizeiliches Handeln ersetzt.^{131 132} In diesen Ausnahmefällen dürfen die Behörden zwar ohne gesetzliche Grundlage handeln, bleiben aber dennoch an gesetztes Recht gebunden und müssen insbesondere höherrangiges Recht beachten.¹³³ Die Polizeiliche Generalklausel gilt auch als ungeschriebener Rechtssatz, hat aber mittlerweile auf verschiedenen Ebenen Niederschlag in Normierungen gefunden.¹³⁴ So ist gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV in Fällen «ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» ein Durchbruch des Gesetzmässigkeitsprinzips denkbar.

¹²⁸ BOTSCHAFT BV, S. 419; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2507; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 111; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 730; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 12 f. zu § 10; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 56.

¹²⁹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 109; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 14 zu § 10; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 56.

¹³⁰ Vgl. zur Unterscheidung von ausserordentlichen und besonderen Lagen LIENHARD/HÄSLER, Nr. 102 ff. und 109 ff.

¹³¹ KAUFMANN/WALTI, S. 68 f. betonen, dass es sich bei der polizeilichen Generalklausel im Zusammenhang mit Grundrechtseinschränkungen nicht um eine echte Ausnahme, sondern um eine Relativierung des Legalitätsprinzips handle, da der Staat nicht ohne, sondern gestützt auf eine Ersatzgrundlage tätig werde.

¹³² GYGI, Verwaltungsecht, S. 179; GYGI, Polizeibegriff, S. 244 f.; HUBER, S. 235; JOST, S. 119 ff.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 57; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 109 f.; RAUBER, S. 79; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 56; zur geschichtlichen Entwicklung der polizeilichen Generalklausel in Deutschland und der Schweiz vgl. KAUFMANN/WALTI, S. 61 ff.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 7 ff.

¹³³ EPINEY, BSK, N 51 zu Art. 5 BV.

¹³⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2467; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11; RAUBER, S. 79; REINHARD, S. 158; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 56.

B) Polizeiliche Generalklausel

Die **Voraussetzungen** der polizeilichen Generalklausel entstammen ursprünglich der Gerichtspraxis.¹³⁵ Als Grundvoraussetzungen können der bundesgerichtlichen Rechtsprechung deren vier entnommen werden: Erstens muss es sich um ein fundamentales Rechtsgut handeln, für welches – zweitens – eine schwere und unmittelbare Gefahr besteht. Drittens muss zeitliche Dringlichkeit, also der Bedarf nach sofortigem Handeln vorliegen und viertens dürfen für die Abwehr dieser Gefahr weder andere gesetzlich vorgesehene Massnahmen zur Verfügung stehen, noch darf es für den Gesetzgeber möglich sein, solche (rechtzeitig) zu normieren (Subsidiarität).¹³⁶

Sowohl zum Schutz des Legalitätsprinzips als auch zur Gewährleistung der Gewaltenteilung forderte das Bundesgericht des Weiteren jahrelang eine fünfte Voraussetzung: Die polizeiliche Generalklausel sei für absolute Notfälle reserviert und dürfe nur bei absolut **atypischen und unvorhersehbaren Gefahrenlagen** zur Anwendung kommen, welche entsprechend nicht durch den Gesetzgeber hätten normiert werden können.¹³⁷ Das Bundesgericht schien von dieser Voraussetzung aber selbst nicht vollständig überzeugt zu sein, brachte sie jedenfalls oft nicht konsequent zur Anwendung.¹³⁸

¹³⁵ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 58; in BGE 83 I 111 ff. (118), E. 3, wurde der Begriff der Polizeilichen Generalklausel zum ersten Mal verwendet sowie die ursprünglichen Anwendungsvoraussetzungen umschrieben; vgl. hierzu KAUFMANN/WALTI, S. 70; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 277.

¹³⁶ KAUFMANN/WALTI, S. 70 ff.; MÜLLER/JENNI, Notrecht, S. 102 m.w.H.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 12 ff.; RÉMY, S. 35; SCHWEIZER, SGK, N 28 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 zu § 56; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 280; vgl. auch BGE 137 II 431 ff. (444), E. 3.3.1; 126 I 112 ff. (118), E. 4b; 121 I 22 ff. (27 f.), E. 4b/aa; 111 Ia 246 ff. (247 f.), E. 2 und 3a m.w.H.; Die Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Gefahr, welche anhand der Wahrscheinlichkeit ermittelt wird, mit welcher letztere eintritt, sowie die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit (der Schutzmassnahmen) dürfen dabei nicht verwechselt werden; vgl. dazu ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 292.

¹³⁷ BGE 137 II 431 ff. (444 f.), E. 3.3.1; vgl. auch etwa BGE 130 I 369 ff. (381), E. 7.3 oder die erste Erwähnung als eigenständiges Kriterium in BGE 121 I 22 ff. (28), E. 4b; bereits zuvor wurde im Zusammenhang mit der zeitlichen Dringlichkeit darauf Bezug genommen, so etwa in BGE 101 Ia 575 ff. (578 ff.), E. 3d; 88 I 173 ff. (177 f.), E. 2; 85 I 225 ff. (234), E. 2; vgl. auch KAUFMANN/WALTI, S. 77; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 15 ff.; SCHWEGLER, Nr. 13; SCHWEIZER, SGK, N 28 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 56.

¹³⁸ BGE 126 I 112 ff. (118 f.), E. 4b und 4c und dazu etwa KAUFMANN/WALTI, S. 77; KELLER/BÜRЛИ, S. 1144; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 56; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 278; BGE 130 I 369 ff. sowie das Urteil des

In der Lehre wurde das Kriterium der Vorhersehbarkeit teilweise gar heftig **kritisiert**.¹³⁹ Zum einen sei es fraglich, ob heute, angesichts der wissenschaftlichen und technischen Fortschritte etwa in der Gefahrenprognose, überhaupt noch wirklich unvorhersehbare Gefahren existieren.¹⁴⁰ Selbst wer dies bejahe müsse zugestehen, dass die juristische Methodik über zahlreiche Instrumente wie finale Gesetzgebung, Selbstregulierung oder unbestimmte Gesetzesbegriffe verfüge, welche selbst den Einbezug von Unvorhersehbarem möglich machen.¹⁴¹ Zum andern sei es undenkbar, ja unter Umständen rechtlich nicht einmal zulässig, dass etwa die Polizei angesichts einer schweren, unmittelbaren – allerdings vorhersehbaren – Gefahr für ein fundamentales Rechtsgut keine Massnahmen ergreife.¹⁴²

Entsprechend dieser Kritik hielt das Bundesgericht im Jahr 2009 fest, sofern «es sich bei der Gefährdung um eine solche von Leib und Leben» handle, sei «dieses zusätzliche Kriterium indes nicht sachgerecht». Dass der Gesetzgeber keine geeigneten Normen erlassen habe dürfe «dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil [werden], zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen».¹⁴³ Das höchste Gericht präzisierte seine Rechtsprechung dahingehend, die Vorhersehbarkeit sei nicht als striktes Kriterium zu verstehen, welches die Anwendung der polizeilichen Generalklausel generell ausschliesse. Vielmehr sei sie ein Gesichtspunkt neben anderen, die im Rahmen einer Interessenabwägung einzubeziehen seien.¹⁴⁴

MOHLER betrachtet dies als bedeutende **Praxisänderung**, welche ihn mit Blick auf ein kurz zuvor ergangenes EGMR-Urteil erstaunt.¹⁴⁵ Aus seiner Sicht wäre

EGMR 12675/05 vom 8. Oktober 2009 i.d.S. Gsell gegen die Schweiz, Nr. 58 f. und dazu etwa KAUFMANN/WALTI, S. 77 f.; KELLER/BÜRLI, S. 1144 f.; KIE-
NER/KÄLIN, S. 110 f.; MOHLER, Generalklausel, Nr. 1 ff., insbes. Nr. 8 ff.; MÜL-
LER/JENNI, Notrecht, S. 102 f. und 105 f.

¹³⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2470 ff.; KELLER/BÜRLI, S. 1143 ff. mit alter-
nativen Lösungsansätzen; MÜLLER/JENNI, Notrecht, S. 101 ff.; MÜLLER/JENNI,
Generalklausel, insbes. S. 17; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 281 ff.; vgl. auch
TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 56; BGE 137 II 431 ff. (444 f.),
E. 3.3.1 je m.w.H.

¹⁴⁰ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 17.

¹⁴¹ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 17.

¹⁴² MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 17.

¹⁴³ Urteil des BGer 2C_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1; vgl. auch
KAUFMANN/WALTI, S. 78; MÜLLER/JENNI, Notrecht, S. 104.

¹⁴⁴ BGE 137 II 431 ff. (445), E. 3.3.2.

¹⁴⁵ MOHLER, Generalklausel, Nr. 22.

ein ersatzloser Verzicht auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit nach eben diesem Entscheid völkerrechtlich fragwürdig.¹⁴⁶

TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER verzichten zwar aufgrund des Urteils tatsächlich darauf, die ehemals fünfte Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit explizit zu erwähnen, nennen an ihrer Stelle aber die Prämisse der **Verhältnismässigkeit**: Die eingesetzte Massnahme müsse aus ex-ante Sicht verhältnismässig erscheinen, wobei neben anderen Elementen zu berücksichtigen ist, ob die Gefahrenlage unvorhersehbar und atypisch war.¹⁴⁷

Einen anderen Ansatz, mit der geänderten bzw. präzisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung umzugehen, wählen etwa ZÜND/ERRASS sowie KELLER/BÜRLI. Sie halten im Grundsatz am Kriterium der Unvorhersehbarkeit fest und nennen hierfür primär die Gründe, aufgrund welchen das Kriterium überhaupt durch das Bundesgericht eingeführt wurde: Zum einen wäre es widersinnig, im Polizeirecht zwar hohe Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot zu stellen, gleichzeitig aber der polizeilichen Generalklausel ein weites Anwendungsfeld zu eröffnen.¹⁴⁸ Zum andern sei es im Kompetenzbereich der Legislative, eine Aufgabe zu normieren oder eben gerade nicht zu normieren und so die Grundlage für ein Handeln des Staates zu schaffen. Verzichte der Gesetzgeber auf eine Normierung, obwohl eine Gefahr vorhersehbar und entsprechend gesetzlich erfassbar sei, so müsse die Exekutive sich daran halten und Handlungen grds. unterlassen.¹⁴⁹

Auf die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit der Gefahr wollen KELLER/BÜRLI und ZÜND/ERRASS hingegen immer dann **verzichten**, wenn **staatliche Schutzpflichten** bestehen. Sie beschränken sich dabei aber nicht auf jene

¹⁴⁶ MOHLER, Generalklausel, Nr. 14; dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Der EGMR hat in seinem Urteil 12675/05 vom 8. Oktober 2009 i.d.S. Gsell gegen die Schweiz das Bundesgericht einzig dazu verpflichtet, seine bisherige Praxis konsequent anzuwenden; vgl. dazu auch MÜLLER/JENNI, Notrecht, S. 103 und ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 286 Fn. 157; kritisch auch EGLI, 2012, S. 199.

¹⁴⁷ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 und 7 (am Ende) zu § 56; ähnlich KIENER/KÄLIN, S. 111 und MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 672 f., welche die Unvorhersehbarkeit nicht mehr als Voraussetzung betrachten, aber im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigen wollen.

¹⁴⁸ KELLER/BÜRLI, S. 1149.

¹⁴⁹ KELLER/BÜRLI, S. 1149; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 289 f. je m.w.H.; in dieser Art auch SCHWEIZER, SGK, N 29 zu Art. 36 BV; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 13, welcher die Voraussetzbarkeit ebenfalls voraussetzt, gleichzeitig aber auch die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips betont; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2470, welche polizeiliches Handeln trotz fehlender Unvorhersehbarkeit nur bei schwerwiegenden Gefährdungen von fundamentalen Rechtsgütern wie Leib und Leben zulassen wollen.

Situationen, in welchen Leib und Leben einer Person gefährdet sind. Der Staat hat nämlich generell für die Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen, was allgemein in Art. 35 BV festgehalten ist. So können auch spezifische Grundrechte staatliches Handeln verlangen, so etwa zum Schutz des Eigentums sowie den Kommunikationsgrundrechten.¹⁵⁰

In sämtlichen Fällen staatlicher Schutzpflichten auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit zu verzichten ist zu begrüssen, hat doch der Staat in solchen Fällen nicht die Wahl, sondern eben die Pflicht zu Handeln und würde sich durch eine Unterlassung unter Umständen gar schadenersatzpflichtig machen.¹⁵¹ Dies bedingt allerdings, dass der Verzicht an klare Voraussetzungen gebunden wird: Zum einen muss tatsächlich von einer Schutzpflicht ausgegangen werden können, weshalb eine schwere Verletzung von fundamentalen Rechtsgütern drohen muss, die vergleichbar oder gar höher zu gewichten sind als diejenigen, welche durch die Schutzmassnahmen verletzt werden.¹⁵² Zum andern muss sich die Schutzpflicht tatsächlich an die Exekutive richten, damit eine Polizeibehörde gestützt auf die polizeiliche Generalklausel tätig werden kann.¹⁵³

Durch den Verzicht auf die Unvorhersehbarkeit bei Schutzpflichten wird zwar der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ausgeweitet, durch diese strikten Voraussetzungen aber doch in einem klar bestimmten Rahmen gehalten.¹⁵⁴ In diesem Sinne argumentiert auch SCHWEIZER, bei ernststen unmittelbaren und schweren Gefahren für fundamentale Rechtsgüter würden selbst ohne gesetzliche Grundlage unmittelbare staatliche Schutzpflichten bestehen. Seiner Meinung nach sind für entsprechende sicherheitspolizeiliche Massnahmen aber direkt die Grundrechte und nicht die polizeiliche Generalklausel unmittelbare Rechtsgrundlage.¹⁵⁵

Nicht überzeugend ist hingegen die weitergehende Ansicht von KELLER/BÜRЛИ, wonach auch ohne staatliche Schutzpflichten in gewissen weiteren Situationen, in denen eine Gefahr theoretisch vorhersehbar war, ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel unter Umständen zulässig ist.¹⁵⁶ Sie lassen dies nämlich immer dann zu, wenn zum einen eine Gefahr **nur abstrakt vorauszusehen** war,

¹⁵⁰ KELLER/BÜRЛИ, S. 1149 f.; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 290 je m.w.H.; vgl. hierzu auch KAUFMANN/WALTI, S. 78 ff.

¹⁵¹ Vgl. Kap. 2/3/I zu grundrechtlichen Schutzpflichten, Kap. 3/3/IV/3 zur Widerrechtlichkeit durch Unterlassen sicherheitspolizeilicher Realakte und Kap. 3/3/IV/4/C zum entsprechenden Normverstoss.

¹⁵² KELLER/BÜRЛИ, S. 1150; vgl. auch BGE 119 Ia 28 ff. (31), E. 2; BESSON, S. 76.

¹⁵³ KELLER/BÜRЛИ, S. 1150.

¹⁵⁴ KELLER/BÜRЛИ, S. 1150.

¹⁵⁵ SCHWEIZER, SGK, N 29 zu Art. 36 BV.

¹⁵⁶ Wohl gl.M. KAUFMANN/WALTI, S. 80.

also etwa Ort, Zeit oder Ausmass der Gefährdung nicht abgeschätzt werden konnten, und zum andern weder die Berufung der Polizeibehörden auf die Klausel, noch auf die fehlende Vorhersehbarkeit rechtsmissbräuchlich erscheint.¹⁵⁷ So sind sie etwa der Ansicht, im Rahmen des WEF könnten die Behörden nie genau wissen, wo, wann und in welchem Umfang etwa Demonstrationen stattfinden würden, weshalb die polizeiliche Generalklausel grds. angewandt werden dürfte.¹⁵⁸ Dabei verkennen sie, dass gerade genauer Ort, Zeit und Ausmass einer Gefährdung nicht bekannt sein müssen, um Schutzmassnahmen gegen diese normieren zu können. Es reicht, wenn die Gefahr an sich bekannt ist, um eine Bestimmung zu erlassen, die besagt, welche Rechtsgüter mit welchen Mitteln vor dieser zu schützen sind.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es denn auch stossend, dass die Polizeibehörden gewisser Kantone insbesondere über keine oder ungenügende Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen verfügen und die Behörden im Zusammenhang mit Versammlungen und Massenveranstaltungen deshalb regelmässig auf die polizeiliche Generalklausel zurückgreifen.¹⁵⁹ Bei der Mehrzahl dieser Anlässe, nicht nur beim WEF, sondern etwa auch bei Fussballturnieren, 1. August-Feiern, Demonstrationen oder Botellones ist vorhersehbar, dass sie beispielsweise aufgrund von Gewaltanwendungen, Sachbeschädigungen, Lärm oder auch nur wegen übermässigen Abfällen mit Gefährdungen für Rechtsgüter einhergehen können.¹⁶⁰ Entsprechend können und müssen die Kantone formellgesetzliche Grundlagen für Wegweisungen und Fernhaltungen schaffen.¹⁶¹ Offene Formulierungen und somit gewisse Abstriche bei der Normdichte sind dabei hinzunehmen.¹⁶²

Inwiefern das Bundesgericht seine Praxis hinsichtlich des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit weiter präzisiert, modifiziert oder tatsächlich ändert, muss abgewartet werden.¹⁶³ An seiner ursprünglichen Umschreibung der polizeilichen Generalklausel gilt nach wie vor, dass sie für **absolute Notfälle** reserviert ist.¹⁶⁴ Im Gegensatz zu Deutschland, wo die gleiche Begrifflichkeit eine Generaler-

¹⁵⁷ KELLER/BÜRLI, S. 1150 f.; zu den Definitionen der unterschiedlichen Vorhersehbarkeiten vgl. bereits KELLER/BÜRLI, S. 1146 f.

¹⁵⁸ KELLER/BÜRLI, S. 1151.

¹⁵⁹ KELLER/BÜRLI, S. 1146 ff.; vgl. auch BÄHLER, Nr. 1 ff., insbes. Nr. 3 und 10 ff.

¹⁶⁰ KELLER/BÜRLI, S. 1147 f.

¹⁶¹ KELLER/BÜRLI, S. 1148.

¹⁶² Vgl. bereits Kap. 1/3/IV/1/E.

¹⁶³ Vgl. auch KAUFMANN/WALTI, S. 80 f.

¹⁶⁴ Vgl. auch BÄHLER, Nr. 3 und 11; KAUFMANN/WALTI, insbes. S. 66 und 68; MOHLER, Generalklausel, Nr. 11 und Fn. 11; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 110; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 277 mit Verweis auf BGE 83 I 111 ff. (118), E. 3.

mächtigung bezeichnet,¹⁶⁵ handelt es sich in der Schweiz um ein «Notfallinstrument mit Ausnahmecharakter».¹⁶⁶ Um den ultima-ratio-Charakter und die Divergenz zu einer Generalemächtigung zu betonen, erscheint der Vorschlag durchaus berechtigt, die polizeiliche Generalklausel künftig Ausnahme-, **Not- oder ultima ratio-Klausel** zu nennen.¹⁶⁷ Entsprechend müssen die entwickelten Voraussetzungen restriktiv angewandt werden.¹⁶⁸ Nach wie vor ist zwingend eine Gefahr zu fordern, die schwer und unmittelbar und deren Abwehr dringlich ist.¹⁶⁹ Es genügt aber nicht das Vorliegen einer solchen Gefahr für jegliche Rechtsgüter. Vielmehr muss es sich bei letzteren um fundamentale Rechtsgüter handeln, welche, wie etwa Frieden und Unabhängigkeit für den Staat oder Leib und Leben für Private, existentiell sind.¹⁷⁰ Beispielsweise darf zur Abwehr von Gefahren für die Umwelt oder die Wirtschaft – durchaus wichtige, aber weder polizeiliche noch fundamentale Güter – nicht auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen werden.¹⁷¹

Sofern die kumulativen Anwendungskriterien der polizeilichen Generalklausel vorliegen, können die zuständigen Sicherheitsbehörden, etwa die Polizei im institutionellen Sinn, Notverfügungen und Notverordnungen erlassen sowie mit den nötigen **Notrealakten** auf die Ausnahmesituation reagieren.¹⁷² Diese Ermächtigung ist aber gleichzeitig mit einer Pflicht verbunden: Nach der Intervention haben sich die Behörden nämlich sowohl um eine genaue Analyse der Situ-

¹⁶⁵ Vgl. etwa DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, insbes. S. 129 ff. und 219 ff.; GÖTZ, N 1 zu § 8.

¹⁶⁶ KAUFMANN/WALTI, S. 61 ff. und 81 f.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 8, vgl. mit S. 11 ff. und 18; vgl. auch REINHARD, S. 158 Fn. 68.

¹⁶⁷ KAUFMANN/WALTI, S. 68.

¹⁶⁸ MÜLLER/JENNI, Notrecht, S. 102; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 18; RÉMY, S. 35; vgl. auch RITTER, S. 284, welcher aufgrund des Bestimmtheitserfordernisses die strikte Einhaltung der Voraussetzungen fordert.

¹⁶⁹ ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 291; vgl. ausführlich KAUFMANN/WALTI, S. 74 ff.

¹⁷⁰ MÜLLER/JENNI, Notrecht, S. 102; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 zu § 56; diese Beispiele sind allerdings nicht abschliessend (vgl. REINHARD, S. 160); etwa MOHLER, Generalklausel, Nr. 24 und PFANDER, S. 69 gehen von einem etwas weiteren Anwendungsbereich aus und subsumieren unter «fundamentale» Rechtsgüter auch etwa die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Eigentum; vgl. hierzu ausführlich KAUFMANN/WALTI, S. 72 ff.

¹⁷¹ G.L.M. KAUFMANN/WALTI, S. 73 f.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 14.

¹⁷² RAUBER, S. 80; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 56.

ation zu bemühen, in welcher ein Rückgriff auf die Generalklausel erfolgte, als auch für deren umgehende Normierung zu sorgen.¹⁷³

C) Kleine Generalklausel in den kantonalen Polizeigesetzen

Auch die **kantonalen Polizeigesetze** enthalten Normen mit dem Titel «Polizeiliche Generalklausel», wonach die Polizei «im Einzelfall auch ohne besondere gesetzliche Grundlage» gewisse Massnahmen treffen kann.¹⁷⁴ Bei der Formulierung lehnen sich zwar gewisse Kantone an die Voraussetzungen des Bundesgerichts an und fordern etwa, dass die Massnahmen zur Abwehr erheblicher oder ernster Gefahren notwendig sein müssen.¹⁷⁵ Die meisten lassen es allerdings genügen, dass die Gefährdung bzw. Störung unmittelbar ist.¹⁷⁶ Zudem fordern die kantonalen Bestimmungen nicht eine Gefährdung für fundamentale Rechtsgüter, sondern geben sich mit beliebigen Gütern «der öffentlichen Sicherheit und Ordnung», sowie teilweise generell mit Bedrohungen für Mensch, Tier, Umwelt, ja gar für Gegenstände zufrieden.¹⁷⁷

Diese Normen entsprechen also nicht der eigentlichen polizeilichen Generalklausel mit ihren restriktiven Voraussetzungen, sondern sind eine Art «**kleine Generalklausel**», welche auch ungeschrieben gelten würde.¹⁷⁸ Sie dienen als Grundlage für die allgemeine, alltägliche Abwehr von Gefahren und werden teilweise auch so, als «Allgemeine Ermächtigung zur Gefahrenabwehr»,¹⁷⁹ bezeichnet.¹⁸⁰ Damit entsprechen sie der deutschen Polizeigeneralklausel, welche nicht für atypische Notsituationen reserviert ist, sondern eine eigentliche Generalermächtigung zur Abwehr konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit darstellt.¹⁸¹

Angesichts der grds. uneingeschränkten Geltung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht dürfen solche Klauseln aber nur als Grundlage für Massnahmen herangezogen werden, welche zu keinen schweren Beeinträchtigungen der Rechte Privater führen.¹⁸² Kommt es hingegen zu einem schweren Eingriff in die Rechte der Betroffenen, bedarf die Massnahme einer formell-gesetzlichen Grundlage,

¹⁷³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 56.

¹⁷⁴ § 5 PolG ZG.

¹⁷⁵ Art. 22 PolG BE; Art. 7 PolG GR; § 5 PolG ZG.

¹⁷⁶ § 9 PolG BS; § 26 PolG SO.

¹⁷⁷ Anstelle vieler vgl. § 25 Abs. 2 PolG AG; § 9 PolG BS; Art. 8 PolG GL.

¹⁷⁸ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11; unpräzis somit etwa die Formulierung bei LIENHARD/HÄSLER, Nr. 58; zu Recht kritisch KAUFMANN/WALTI, S. 67.

¹⁷⁹ § 26 PolG SO.

¹⁸⁰ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11.

¹⁸¹ Vgl. KAUFMANN/WALTI, S. 61 und 66 f.

¹⁸² MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11.

oder muss den strengen Voraussetzungen der «grossen polizeilichen Generalklausel» genügen.¹⁸³

D) Polizeinotstand

Als besonderer Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel wird teilweise der **Polizeinotstand** genannt.¹⁸⁴ Dieser beschreibt eine Ausnahmesituation, in der sich eine Gefährdung nicht auf einen Einzelfall bezieht, sondern aufgrund eines Grossereignisses wie politischen Unruhen oder Naturkatastrophen eine Vielzahl von Rechtsgütern betrifft.¹⁸⁵

Im Polizeirecht ist der Polizeinotstand insofern relevant, als die kantonalen Polizeigesetze in seinem Anwendungsbereich erlauben, ausnahmsweise nicht gemäss **Störerprinzip** gegen «diejenige Person, die unmittelbar die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört, gefährdet oder die für das Verhalten einer dritten Person verantwortlich ist», sondern gegen unbeteiligte Dritte vorzugehen.¹⁸⁶ Gestützt darauf kann beispielsweise zur Rettung einer Person das Auto eines Dritten entwendet oder im Umkreis eines Unruheherds eine Wegweisung ausgesprochen werden.¹⁸⁷ Da es sich nach der hier vertretenen Auffassung beim Polizeinotstand weniger um ein Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel, als um die Voraussetzung zur Abweichung vom Störerprinzip handelt,¹⁸⁸ wird im nachfolgenden Kapitel zum Verhältnismässigkeitsprinzip darauf näher eingegangen (Kap. 2/2/III/2).

II. Öffentliches Interesse

Wie jede andere Verwaltungsbehörde, muss auch «die Polizei [...] ihre Aufgaben [...] im öffentlichen Interesse» erfüllen.¹⁸⁹ Die öffentlichen Interessen begründen erst die Notwendigkeit staatlichen Handelns und sind gleichzeitig dessen Leitlinie, bestimmen also Art und Weise der Aufgabenerfüllung.¹⁹⁰ Sicher-

¹⁸³ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11; vgl. auch KAUFMANN/WALTI, S. 67.

¹⁸⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2506; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 59; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 56.

¹⁸⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 56.

¹⁸⁶ § 10 Abs. 1 und § 11 PolG BS; vgl. anstelle vieler auch § 26 PolG AG; Art. 8 PolG GR; § 27 f. PolG SO.

¹⁸⁷ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 56.

¹⁸⁸ Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2502a; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 726; SCHWEGLER, Nr. 17.

¹⁸⁹ § 25 Abs. 1 PolG AG; vgl. hierzu etwa BIAGGINI, BV, N 18 ff. zu Art. 36 BV.

¹⁹⁰ Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2473; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 49 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 669.

heitspolizeiliche Massnahmen werden durch das öffentliche Interesse an der **Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit** legitimiert.¹⁹¹ Es geht entweder darum, im Rahmen der Prävention eine drohende Gefahr abzuwehren oder aber, wenn die öffentliche Sicherheit bereits beeinträchtigt wurde, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen.¹⁹² Daraus ergibt sich, dass die Polizei im Rahmen ihres allgemeinen Gefahrenabwehrauftrags nicht tätig werden darf, sofern nicht eine konkrete Gefahr droht bzw. eine Störung eingetreten ist.¹⁹³

Was unter dem unbestimmten Begriff der öffentlichen Sicherheit zu verstehen ist, wurde bereits erläutert.¹⁹⁴ An dieser Stelle ist noch einmal hervorzuheben, dass der **Schutz privater Anliegen** durch die Polizei **beschränkt** ist.¹⁹⁵ Dies ist insbesondere dann zu beachten, wenn durch allfällige sicherheitspolizeiliche Schutzmassnahmen in Grundrechte Dritter eingegriffen würde.¹⁹⁶ Privates kann nur dann überhaupt polizeilich relevant sein, wenn es entweder in der Öffentlichkeit wahrnehmbar ist oder aber die Allgemeinheit an der Sicherung der Rechte Einzelner ein Interesse hat.¹⁹⁷

Unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips vermag das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit grds. Eingriffe in sämtliche Grundrechte zu rechtfertigen.¹⁹⁸ Ein wesentlicher Vorbehalt ist indes in Bezug auf das verfassungsmässige **Recht auf Leben** zu machen: Gemäss Bundesgericht zeichnet sich dieses «dadurch aus, dass jeder absichtliche Eingriff zugleich eine Verletzung seines absolut geschützten Wesenskerns darstellt und deshalb gegen die Verfassung verstösst».¹⁹⁹ In der Tat vermag die Mehrheit der polizeilichen Schutzgüter keine bewusste Tötung eines Menschen zu rechtfertigen.²⁰⁰ Auf diesen Sonderfall wird im Kapitel zu den Grundrechten als Schranke sicherheitspolizeilichen Handelns näher eingegangen.²⁰¹

¹⁹¹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 50; SCHMOHL, S. 147; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 56; vgl. auch EPINEY, BSK, N 49 zu Art. 36 BV.

¹⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2475 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 56.

¹⁹³ ANDEREGG, Nr. 467.

¹⁹⁴ Kap. 1/2/II, insbes. Kap. 1/2/II/2/B/b.

¹⁹⁵ Vgl. bereits Kap. 1/2/II/2/B/b/cc und 1/2/II/C/b/cc.

¹⁹⁶ Urteil des BVGE C-6984/2008 vom 8. Februar 2011, E. 5.3.2.

¹⁹⁷ RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4 mit Verweis auf JOST, S. 50 und 55; vgl. auch EPINEY, BSK, N 65 zu Art. 5 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 664 ff.

¹⁹⁸ HUG, S. 16; vgl. auch HUBER, S. 233 ff.

¹⁹⁹ BGE 98 Ia 508 ff. (514), E. 4a.

²⁰⁰ HUG, S. 17.

²⁰¹ HUG, S. 17.

In jedem Einzelfall ist zwischen den zu wahrenen Polizeigütern und den anderen betroffenen Rechtspositionen eine **wertende Abwägung** vorzunehmen, wobei diese Abwägung – wie bereits erwähnt – so weit als möglich durch das Gesetz vordeterminiert werden sollte.²⁰² An dieser Stelle sei einzig ein Beispiel vorzubringen: Hinter sicherheitspolizeilichen Zugriffen auf Medienschaffende, etwa deren Wegweisung oder der Dursuchung ihres recherchierten Materials, kann beispielsweise das öffentliche Interesse stehen, die Funktionsfähigkeit der Polizei zu gewährleisten und somit die öffentliche Sicherheit zu schützen.²⁰³ Dies ist gegen die Informations- und Medienfreiheit der Medienschaffenden abzuwägen. Da die entsprechenden Eingriffe schwerwiegend sein können, muss eine Interessenabwägung mit grösster Zurückhaltung vorgenommen werden und in der Regel zu Gunsten der Medienschaffenden ausfallen.²⁰⁴ Diese wertende Abwägung orientiert sich am Verhältnismässigkeitsprinzip, welches im nächsten Kapitel (Kap. 2/2/III) dargestellt wird.

III. Verhältnismässigkeitsprinzip

1. Bedeutung und Inhalt des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht

A) Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht

Jahrelang stützte sich sicherheitspolizeiliches Handeln fast ausschliesslich auf den allgemeinen Gefahrenabwehrauftrag bzw. die polizeiliche Generalklausel, war also kaum geregelt. Die einzige Möglichkeit, den daraus resultierenden **Ermessensspielraum** und damit die Macht der Polizeibehörden zu **begrenzen**, war das Verhältnismässigkeitsprinzip.²⁰⁵ Das Handeln der Polizei galt nur als rechtmässig, sofern es «für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar» war.²⁰⁶

Heute verfügen zwar alle Kantone über ein Polizeigesetz, welches die typischen (Zwangs-)Massnahmen aufzählt sowie deren Voraussetzungen definiert. **Ob** die Polizei aber tatsächlich Massnahmen ergreift und **wie** sie diese konkret ausführt,

²⁰² MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 119 f.

²⁰³ SCHMOHL, S. 147.

²⁰⁴ Vgl. ausführlich SCHMOHL, S. 135 ff., insbes. S. 149 ff.

²⁰⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 56; vgl. auch HOFSTETTER, Nr. 44; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 27.

²⁰⁶ BGE 126 I 112 ff. (119), E. 5b.

richtet sich aber nach wie vor nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip.²⁰⁷ Entsprechend kommt dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Polizeirecht, in welchem es gar seinen Ursprung hat,²⁰⁸ nach wie vor eine ganz besondere Bedeutung zu.²⁰⁹ Zudem ist es mit Blick auf die Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte, welche im dritten Teil dieser Arbeit behandelt wird, zentral: Kann bei der Verletzung von formellen Vorschriften die Widerrechtlichkeit regelmässig noch relativ einfach festgestellt werden, fokussiert sich die Beurteilung bei der Verletzung materieller Vorschriften meist auf die Frage der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 bzw. 36 BV.²¹⁰

Auch wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip als allgemeiner Verfassungsgrundsatz im Polizeirecht ohnehin gelten würde, ist es gemäss Bundesgericht aufgrund dessen besonderer Bedeutung für sicherheitspolizeiliches Handeln «entscheidend, dass die Polizeiorgane ausdrücklich auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes verpflichtet werden».²¹¹ Entsprechend wurde es in vielen Polizeigesetzen **ausdrücklich normiert**.²¹² Demnach muss «polizeiliches Handeln [...] zur Erfüllung der polizeilichen Aufgaben notwendig und geeignet sein. Von mehreren geeigneten Massnahmen hat die Kantonspolizei diejenige zu treffen, welche die betroffenen Personen oder die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Eine Massnahme oder der polizeiliche Zwang darf nicht zu einem Nachteil führen, der zum angestrebten Erfolg in einem erkennbaren Missverhältnis steht» und «ist zu beenden, wenn der Zweck erreicht ist oder es sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann».²¹³

²⁰⁷ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 27; RAUBER, S. 84; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 56.

²⁰⁸ Vgl. etwa HOFSTETTER, Nr. 2 und 14 f.; RAUBER, S. 83; REINHARD, S. 198;
TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 56.

²⁰⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2479; MOECKLI/KELLER, S. 242; MOHLER, Po-
lizeirecht, Nr. 646 und 672 ff.; REINHARD, S. 198; SCHWEGLER, Nr. 15; SCHWEI-
ZER/MÜLLER, S. 393; BGE 141 IV 417 ff. (421 f.), E. 2.3 f.; 140 I 353 ff. (373),
E. 8.7; 140 I 381 ff. (389), E. 4.5; 140 I 2 ff. (24), E. 9.2.2; 136 I 87 ff. (91 f.),
E. 3.2; 132 I 49 ff. (58), E. 6.2; 128 I 327 ff. (340), E. 4.2 m.w.H.; Urteil des
BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.7 ff.
MANFRINI, S. 217 f.

²¹¹ BGE 128 I 327 ff. (345), E. 4.3.3.

²¹² Vgl. auch MANFRINI, S. 218; RAUBER, S. 82 f.; REINHARD, S. 199; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 56.

²¹³ Art. 9 PolG OW; vgl. auch etwa Art. 3 PolG AI; Art. 6 PolG AR; Art. 23
PolG BE; § 7 PolG BS; Art. 6 PolG GR; Art. 3 PolG SG; § 10 PolG ZH; vgl.
aber SCHWEGLER, Nr. 11, welcher ebenfalls betont, dass diese ausdrücklichen
Normierungen gegenüber der Verfassung keine eigenständige Bedeutung haben.

Im Polizeirecht haben sich des Weiteren zwei besondere Ausprägungen des Verhältnismässigkeitsprinzips herausgebildet: Zum einen müssen sicherheitspolizeiliche Massnahmen gemäss **Störerprinzip** primär jene Personen anvisieren, welche für die bestehenden Gefahren bzw. Störungen verantwortlich sind.²¹⁴ Zum andern soll die Polizei aufgrund ihrer limitierten personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen gemäss **Opportunitätsprinzip** legitimiert sein, im sicherheitspolizeilichen Bereich nötigenfalls Prioritäten zu setzen.²¹⁵ Auf diese beiden Grundsätze wird weiter unten näher eingegangen (Kap. 2/2/III/2 und 3).

Zuerst soll allerdings der Inhalt des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht (Kap. 2/2/III/1/B) und insbesondere dessen Anwendung in Bezug auf den Einsatz polizeilichen Zwangs, speziell den Schusswaffengebrauch (Kap. 2/2/III/1/C) dargestellt werden. Es ist allgemein in Art. 5 Abs. 2 BV, für Grundrechtseingriffe in Art. 36 Abs. 3 BV, normiert und erfordert dreierlei: Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit jeder staatlichen Handlung.

B) Inhalt des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht

a) Eignung

Zum Ersten müssen sich staatliche Massnahmen überhaupt eignen, das angestrebte Ziel zu erreichen.²¹⁶

Die **Überwachung** von virtuellen Kommunikationsplattformen kann beispielsweise geeignet sein, Sexualdelikte an Kindern nach Kontaktaufnahme im Internet zu entdecken.²¹⁷

Auch Personen von einem bestimmten Ort **wegzuweisen**, etwa Drogensüchtige aus einem Park oder gewalttätige Hooligans aus dem Umkreis eines Sportstadions, ist grds. ein geeignetes Instrument, um etwa Gewalt, Lärmemissionen, Abfall sowie Gefährdungen von Sachen und Personen zu bekämpfen und damit die öffentliche Sicherheit aufrecht zu erhalten.²¹⁸ Bei gewissen Personen(gruppen)

²¹⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 56.

²¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 56.

²¹⁶ BGE 141 IV 417 ff. (421), E. 2.3; 136 I 87 ff. (92), E. 3.2; Urteil des BGer 2C_545/2014 vom 9. Januar 2015, E. 5; vgl. auch BIAGGINI, BV, N 23 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 70 zu Art. 5 BV und N 55 zu Art. 36 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 587 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 27 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 53 m.w.H.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 688 ff.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 133; RAUBER, S. 83; REINHARD, S. 198 und 199 f. m.w.H.; RÉMY, S. 27; SCHMOHL, S. 148; SCHWEGLER, Nr. 15; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 f. zu § 21.

²¹⁷ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.7.1.

²¹⁸ MOECKLI/KELLER, S. 242; zur Wegweisung und Fernhaltung

gilt dies aber möglicherweise nicht, weil sie sich schlicht nicht an die Wegweisung halten und diese somit wirkungslos bleibt.²¹⁹

Ob Überwachungen mittels technischer Mittel, speziell **Videoüberwachungen**, geeignet erscheinen, den angestrebten Zweck zu erfüllen, insbesondere also Straftaten zu verhindern, ist nicht unumstritten.²²⁰ Es kann wohl nur bejaht werden, wenn die Überwachung mit anderen Massnahmen, etwa einer besseren Beleuchtung, ausreichenden Hinweisen auf die Kameras und zusätzlicher Präsenz von Sicherheitspersonal ergänzt wird.²²¹

b) Erforderlichkeit

Zweitens müssen staatliche Massnahmen tatsächlich erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, es darf also kein milderes Mittel zur Verfügung stehen.²²²

Etwa die **polizeilichen Wegweisungen** dürfen also in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht nicht weiter gehen, als es zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit notwendig ist: Sie dürfen also weder länger dauern, als unbedingt nötig (**zeitlich**), noch unnötig andere Personen als die tatsächlichen Störer – neben Hooligans etwa unauffällige Fussballfans – betreffen (**persönlich**).²²³

Des Weiteren dürfen sie sich nicht auf ein grösseres Gebiet ausdehnen als jenes, auf welchem sich das störende Verhalten auswirkt (**räumlich**). Entsprechend wäre es beispielsweise unzulässig, einem Drogen Süchtigen den Aufenthalt auf

vgl. Kap. 1/3/IV/1/E.

²¹⁹ MOECKLI/KELLER, S. 242.

²²⁰ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 101 ff.; zur Videoüberwachung vgl. Kap. 1/3/IV/1/I/c.

²²¹ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 101 ff. m.w.H.

²²² BGE 141 IV 417 ff. (421), E. 2.3; 136 I 87 ff. (92), E. 3.2; Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.7.2; 2C_545/2014 vom 9. Januar 2015, E. 5; vgl. auch BIAGGINI, BV, N 23 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 70 zu Art. 5 BV und N 56 zu Art. 36 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 591 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 27 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 53 m.w.H.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 674 ff. und 684 ff., welcher allerdings verlangt, das Kriterium der Erforderlichkeit an erster Stelle zu prüfen (Nr. 681 f.); MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 133; RAUBER, S. 83; REINHARD, S. 198 und 200 m.w.H.; RÉMY, S. 27; SCHWEGLER, Nr. 15; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 ff. zu § 21.

²²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 605 ff. und 610 ff.; MOECKLI/KELLER, S. 243; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 f. und 14 f. zu § 21; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 692 und 695, allerdings in Bezug auf die Geeignetheit; zur Wegweisung und Fernhaltung vgl. Kap. 1/3/IV1/E.

dem gesamten Stadtgebiet zu verbieten, wenn er lediglich in einem Park störend auffiel.²²⁴ Auch ist es nicht zwingend erforderlich, Journalisten gänzlich wegzuweisen (und gar ihr recherchiertes Material zu durchsuchen), um der Polizei eine ungehinderte Aufgabenerfüllung zu ermöglichen: Es wäre allenfalls bereits ausreichend, den Medienschaffenden klare Zonen zuzuweisen, in denen sie sich während einer sicherheitspolizeilichen Intervention aufhalten dürfen.²²⁵

Schliesslich ist es unter Umständen noch nicht einmal notwendig, eine Person tatsächlich wegzuweisen, sondern bereits ausreichend, ihr in einem bestimmten Bereich, z.B. einem Bahnhof, ein bestimmtes Verhalten, z.B. das Trinken von Alkohol, zu verbieten (**sachlich**).²²⁶

Dieselben Überlegungen gelten auch in Bezug auf die **Überwachung eines öffentlichen Platzes mittels Videokamera**: Diese kann etwa zeitlich nicht erforderlich sein, wenn sie den ganzen Tag über läuft, Straftaten aber vorwiegend in den Abendstunden verübt werden, oder räumlich zu weit gehen, wenn beispielsweise private Gärten oder öffentliche Plätze ohne Sicherheitsproblem einsehbar sind.²²⁷ Allenfalls würden in sachlicher Hinsicht mildere Mittel, wie ein vermehrter Einsatz von Sicherheitspersonal, bauliche oder sozialpolitische Massnahmen, den Zweck ebenso erfüllen.²²⁸

c) Zumutbarkeit

Drittens muss zwischen dem intendierten Ziel und den ergriffenen (Zwangs-)Massnahmen sowie den damit verbundenen Grundrechtseingriffen ein vernünftiges Verhältnis bestehen, letztere müssen somit zumutbar sein.²²⁹ Je

²²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 601 ff.; MOECKLI/KELLER, S. 243; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 f. zu § 21; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 694, allerdings in Bezug auf die Geeignetheit.

²²⁵ SCHMOHL, S. 149.

²²⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 595 ff.; MOECKLI/KELLER, S. 243; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 f. zu § 21; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 693, allerdings in Bezug auf die Geeignetheit.

²²⁷ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 105 m.w.H.; zur Videoüberwachung vgl. Kap. 1/3/IV/1/c.

²²⁸ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 103 ff. m.w.H.

²²⁹ BGE 141 IV 417 ff. (421), E. 2.3; 136 I 87 ff. (92), E. 3.2; Urteil des BGer 2C_545/2014 vom 9. Januar 2015, E. 5; vgl. auch BIAGGINI, BV, N 23 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 70 zu Art. 5 BV und N 57 zu Art. 36 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 613 ff.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 27 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 53 m.w.H.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 698 ff.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 133; RAUBER, S. 84; REINHARD, S. 198 und 200 f. m.w.H.; RÉMY, S. 28; SCHWEGLER, Nr. 15; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 f. zu § 21.

schwerer der Eingriff in die Rechte der Bürger, desto bedeutsamere öffentlichen Interessen sind erforderlich, welche es zu verteidigen gilt.²³⁰

Etwa durch eine **Videüberwachung** kann stark in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen werden, insbesondere wenn sie nicht nur den Störer selbst, sondern auch unbeteiligte Dritte trifft.²³¹ Diesfalls kann nur die Verhinderung von Verbrechen und Vergehen, allen voran von Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten, als genügendes öffentliches Interesse bezeichnet werden.²³² Eine Videüberwachung zwecks Verhinderung von einfachen Übertretungen, wie das Liegenlassen von Kleinabfällen, oder von bloss sozial unerwünschten oder verpönten Tätigkeiten wäre hingegen kaum zumutbar.²³³

Eine Interessenabwägung ist beispielsweise auch vorzunehmen, wenn sich die Frage stellt, ob die Polizei bei **Ausschreitungen** oder **Demonstrationen** eingreifen muss.²³⁴ Hierbei wird dahingegen argumentiert, die Ressourcen der Polizei seien in personeller und sachlicher Hinsicht beschränkt, weshalb es ihr nicht möglich sei, etwa jede unbewilligte Demonstration ohne unverhältnismässigen Schaden und mit verhältnismässigen Massnahmen aufzulösen.²³⁵

C) Die Verhältnismässigkeit polizeilichen Zwangs

Polizeilicher Zwang darf nur dann zur Anwendung gelangen, wenn er zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe geeignet ist und die anderen verfügbaren Instrumente nicht zielführend sind, er somit erforderlich erscheint.²³⁶ Insbesondere muss er, «soweit es die Umstände zulassen», zuerst angedroht werden, damit «die betroffenen Personen noch von sich aus den polizeilichen Anordnungen nachkommen können» und «unbeteiligte Dritte Gelegenheit [erhalten], sich zu entfernen».²³⁷ Ist der unmittelbare Zwang dennoch unumgänglich, muss von den

²³⁰ MOECKLI/KELLER, S. 244.

²³¹ MÜLLER, Videüberwachung, S. 107; zur Videüberwachung vgl. Kap. 1/3/IV/1/I/c.

²³² MÜLLER, Videüberwachung, S. 107.

²³³ MÜLLER, Videüberwachung, S. 107.

²³⁴ Urteil des Obergerichts Zürich vom 1. November 1984, E. 5a (ZBI 1985, S. 220 ff.).

²³⁵ Urteil des Obergerichts Zürich vom 1. November 1984, E. 5b (ZBI 1985, S. 220 ff.).

²³⁶ REINHARD, S. 252; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 104; vgl. auch Art. 7 Abs. 1 PolG GL; Art. 9 Abs. 1 PolG OW; § 14 Abs. 1 PolG TG; § 4 Abs. 1 PolG ZG; § 10 Abs. 1 PolG ZH; zum polizeilichen Zwang vgl. insbes. Kap. 1/3/IV/2.

²³⁷ § 46 Abs. 2 PolG BS; Art. 32 PolG OW; § 19 PolG TG; § 14 PolG ZH; vgl. auch § 44 PolG AG; Art. 45 Abs. 2 PolG BE (hierzu SCHWEGLER, Nr. 139).

geeigneten Mitteln dasjenige ergriffen werden, das aller Voraussicht nach für die Betroffenen den kleinsten Schaden mit sich bringt.²³⁸

Des Weiteren muss polizeilicher Zwang zumutbar sein, darf also «nicht zu einem Nachteil führen, der zum angestrebten Erfolg vorher erkennbar in einem Missverhältnis steht» und ist «zu beenden, wenn der Zweck erreicht ist oder es sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann».²³⁹ Unabhängig davon, ob die Anwendung des unmittelbaren Zwangs rechtmässig war oder nicht, ist dadurch verletzten Personen «soweit es nötig ist und die Umstände es nicht ausschliessen, unverzüglich Beistand zu leisten und ärztliche Hilfe zu verschaffen».²⁴⁰

Weder erforderlich noch zumutbar ist es beispielsweise, wenn eine Polizistin einer Frau zwei Mal ins Gesicht schlägt und so Nasenbluten auslöst, obwohl die Frau bereits überwältigt war und festgehalten wurde.²⁴¹

Generell gilt: Je schwerer ein Grundrechtseingriff, desto wichtiger wird die genaue Prüfung der Verhältnismässigkeit, was sich entsprechend beim **Schusswaffengebrauch** als Beispiel polizeilicher Zwangsanwendung akzentuiert.²⁴² Bereits aus dem Verfassungsrecht ergeben sich für den Einsatz tödlicher Waffen strenge Restriktionen,²⁴³ weshalb er durch die Polizeigesetze teilweise auch sehr detailliert geregelt wird.²⁴⁴ Aus diesen Einschränkungen folgt, dass an die Vorbereitung, Durchführung sowie Nachbereitung eines Schusswaffengebrauchs strenge Voraussetzungen zu stellen sind:

Hinsichtlich der Vorbereitung muss etwa beachtet werden, dass sich das Personal fachlich und persönlich eignet, etwa bezüglich des Wann und Wie des Einsatzes gut ausgebildet ist, sowie über die notwendige Ausrüstung verfügt.²⁴⁵

Die Durchführung muss sich zum einen nach einer genauen Kaskade richten, welche mit einer Ermahnung beginnt, sich zur Verwendung nicht letaler Mittel

²³⁸ REINHARD, S. 252; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 104; vgl. anstelle vieler auch etwa Art. 23 Abs. 1 PolG BE; Art. 7 Abs. 2 PolG GL; Art. 9 Abs. 2 PolG OW; § 4 Abs. 2 PolG ZG; § 10 Abs. 2 PolG ZH.

²³⁹ § 4 Abs. 3 und 4 PolG ZG; vgl. anstelle vieler auch Art. 23 Abs. 2 und 3 PolG BE; Art. 7 Abs. 3 und 4 PolG GL; Art. 9 Abs. 3 und 4 PolG OW; § 10 Abs. 3 und 4 PolG ZH.

²⁴⁰ Art. 46 PolG (hierzu SCHWEGLER, Nr. 140).

²⁴¹ Urteil des BGer 6B_579/2015 vom 7. September 2015, inbes. E. 1.3 ff.

²⁴² Vgl. LIENHARD/HÄSLER, Nr. 54; zum Schusswaffeneinsatz vgl. insbes. Kap. 1/3/IV/2/C.

²⁴³ SUTTER, Staatshaftung, S. 38.

²⁴⁴ Vgl. anstelle vieler Art. 35 PolG OW; § 36 PolG ZG; kritisch SUTTER, Staatshaftung, S. 38.

²⁴⁵ SUTTER, Staatshaftung, S. 38.

steigert und erst als ultima ratio, nach einer Vorwarnung, den Gebrauch potentiell letaler Instrumente erlaubt. Zum andern muss eine klare Kommandostruktur vorgesehen sein und die gesamte Durchführung genau dokumentiert werden.²⁴⁶

Die Nachbereitung des Schusswaffengebrauchs umfasst schliesslich sowohl eine Hilfeleistung an möglicherweise verletzte Personen, als auch die (psychologische) Betreuung der Beamten, welche den Einsatz durchführten. Auch sind die Vorgesetzten über den Einsatz zu informieren und eine unabhängige Untersuchung in die Wege zu leiten.²⁴⁷

2. Störerprinzip

A) Begriff des Störers

Wie zuvor ausgeführt wurde, verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip in personeller Hinsicht, dass sich polizeiliche Massnahmen grds. nicht gegen unbeteiligte Dritte, sondern primär gegen die **Störer** zu richten haben.²⁴⁸ Gegen Dritte vorzugehen, obwohl es auch möglich wäre, die Störer in die Pflicht zu nehmen, wäre zwar möglicherweise ebenfalls geeignet, die öffentliche Sicherheit wieder herzustellen, in den meisten Fällen aber weder erforderlich noch zumutbar.

Als Störer gelten zum einen Personen, welche entweder als **Verhaltensstörer** durch eigenes Verhalten oder durch Handlungen Dritter, für welche sie verantwortlich sind, eine Gefahr oder Störung verursachen.²⁴⁹ Typische Beispiele sind etwa randalierende Demonstranten oder Eltern, deren Kinder Schaden verursachen.²⁵⁰

Zum andern zählen dazu sogenannte **Zustandsstörer**, welche über die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über Sachen (wie auch Tiere) verfügen, von welchen eine Störung oder Gefahr ausgeht.²⁵¹ Zu dieser Kategorie gehört beispiels-

²⁴⁶ SUTTER, Staatshaftung, S. 38.

²⁴⁷ SUTTER, Staatshaftung, S. 39.

²⁴⁸ GUSY, Nr. 332; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3822; JOST, S. 70; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 711 und 715; REINHARD, S. 176; SCHWEGLER, Nr. 16; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 29 zu § 56.

²⁴⁹ BGE 122 II 65 ff. (70), E. 6a; 118 Ib 407 ff. (415), E. 4c; 114 Ib 44 ff. (51), E. 2c.bb je m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2490; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 716; REINHARD, S. 176 f. und 184; RÉMY, S. 32; SCHWEGLER, Nr. 16; SUTTER, Staatshaftung, S. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 31 zu § 56.

²⁵⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2491; RÉMY, S. 32; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 31 zu § 56.

²⁵¹ BGE 122 II 65 ff. (70), E. 6a; 118 Ib 407 ff. (415), E. 4c; 114 Ib 44 ff. (50), E. 2c.aa je m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2492; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 717; REINHARD, S. 176 f. und 185 ff.; RÉMY, S. 32; SCHWEGLER,

weise der Eigentümer eines Grundstücks, auf welchem sich giftige Abfälle befinden oder der Halter eines bissigen und damit Passanten gefährdenden Hundes.²⁵²

Schliesslich fallen gemäss Teilen der Lehre auch Personen unter den Störerbegriff, welche als **Zweckveranlasser** bewusst in Kauf nehmen, dass durch ihr Handeln oder Unterlassen ein Dritter die öffentliche Sicherheit gefährdet oder stört.²⁵³ Als Beispiel hierfür wird etwa der Wirt angebracht, welcher seinen Betrieb auf solche Art und Weise führt, dass die Anwohner regelmässig durch betrunkene Gäste in ihrer Nachtruhe gestört werden.²⁵⁴ Den Zweckveranlasser als Störer zu betrachten wird teilweise kritisch beurteilt, ist es doch gerade nicht er selbst, welcher die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährdet.²⁵⁵ Zudem gehört das «bewusst in Kauf nehmen» zu den subjektiven Merkmalen, welche zur Bestimmung des Störers nicht entscheidend sein sollen.²⁵⁶

Entsprechend diesen Überlegungen zum Begriff des Störers bestimmen viele **Polizeigesetze** unter dem Titel «Störerprinzip», dass sich «das polizeiliche Handeln [...] gegen a) Personen oder Tiere, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch ihr Verhalten stören oder unmittelbar gefährden, [oder] b) Personen, welche die tatsächliche Gewalt über das Tier oder über die Sache haben, durch welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört oder unmittelbar gefährdet wird» zu richten hat.²⁵⁷ Mit der Voraussetzung, dass «die öffentliche Sicherheit und Ordnung [...] unmittelbar gefährdet wird», wird zum einen betont, dass für sicherheitspolizeiliches Handeln tatsächlich eine Gefahr vorhanden sein muss.²⁵⁸ Zum andern soll sie gewährleisten, dass die Sicherheitsbehörden

Nr. 16; SUTTER, Staatshaftung, S. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 32 zu § 56.

²⁵² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2494 ff.; RÉMY, S. 32; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 32 zu § 56.

²⁵³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2497; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 718; SUTTER, Staatshaftung, S. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 33 zu § 56.

²⁵⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2498 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 33 zu § 56.

²⁵⁵ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2502; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 718; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 34 zu § 56; zur Verursachung als Zurechnungsprinzip vgl. ausführlich MOHLER, Polizeirecht, Nr. 720 ff. und REINHARD, S. 178 ff.

²⁵⁶ Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2502; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 719.

²⁵⁷ § 26 Abs. 1 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 8 PolG AR; § 10 PolG BS; Art. 30c PolG FR; Art. 19 PolG SH; § 18 PolG ZH.

²⁵⁸ Entscheidung des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 25. November 2003, E. 6 (ZBI 2004, S. 536 ff.); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2488 m.w.H.

gegen die Person, welche eine Gefahr verursacht und nicht gegen jene, welche davon betroffen ist, vorgehen.²⁵⁹

Wenn die Sicherheitsbehörden nicht einem, sondern **mehreren Störern** gegenüberstehen, haben sie grds. jeden von ihnen in die Pflicht zu nehmen.²⁶⁰ Da dies regelmässig aus praktischen Gründen, wie beschränkten personellen oder materiellen Ressourcen, nicht möglich ist, müssen sie eine Auswahl treffen, wobei ihnen ein gewisser Ermessensspielraum zusteht.²⁶¹ Dieser ist aber in zweierlei Hinsicht beschränkt: Zum einen muss etwa für die Polizei ihre primäre Aufgabe im Vordergrund stehen, die öffentliche Sicherheit möglichst schnell und effektiv wieder herzustellen.²⁶² In erster Linie ist also diejenige Person in die Pflicht zu nehmen, welche den rechtmässigen Zustand mit dem geringsten Aufwand und dem kleinsten Schaden, mitunter am schnellsten, wiederherstellen kann.²⁶³ Zum andern setzt auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip wieder gewisse Grenzen: Unter anderem ist in erster Linie gegen die Person, welche der Gefahr am nächsten steht, «am ehesten verantwortlich ist», vorzugehen, folglich meistens vor dem Zustands- zuerst der Verhaltensstörer ins Recht zu fassen.²⁶⁴

B) Ausnahmen vom Störerprinzip

Beim Störerprinzip handelt es sich nicht um einen sturen, dogmatischen Grundsatz, sondern um eine Richtlinie, von welcher unter bestimmten Umständen abgewichen werden darf.²⁶⁵ So sehen die meisten Polizeigesetze zum einen vor, dass sich «das polizeiliche Handeln [...] gegen **andere Personen** richten [kann], wenn das **Gesetz** es vorsieht».²⁶⁶ Im Bereich der Strafverfolgung kann die Polizei etwa gemäss Art. 215 Abs. 3 StPO Privatpersonen dazu auffordern, sie bei der Anhaltung einer verdächtigen Person zu unterstützen.²⁶⁷ Und «soweit es zur

²⁵⁹ Entscheid des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 25. November 2003, E. 6 (ZBl 2004, S. 536 ff.); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2488.

²⁶⁰ Vgl. RÉMY, S. 33.

²⁶¹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 723; REINHARD, S. 189; RÉMY, S. 33; SUTTER, Staatshaftung, S. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 35 zu § 56.

²⁶² REINHARD, S. 189.

²⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2503; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 724; REINHARD, S. 191; RÉMY, S. 33; SUTTER, Staatshaftung, S. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 35 zu § 56.

²⁶⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2503; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 724; RÉMY, S. 33; SUTTER, Staatshaftung, S. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 35 zu § 56.

²⁶⁵ REINHARD, S. 175.

²⁶⁶ Art. 20 PolG SH; vgl. auch etwa § 26 Abs. 2 PolG AG; Art. 9 PolG AR; § 11 PolG BS; Art. 30d PolG FR; § 19 PolG ZH.

²⁶⁷ Vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 17.

Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr notwendig ist» können gemäss kantonalen Polizeigesetzen auch «private Grundstücke und Liegenschaften [...] betreten und durchsucht werden».²⁶⁸

Zum andern darf die Polizei in Ausnahmefällen gegen unbeteiligte Dritte vorgehen, wenn «eine schwere Störung oder eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren ist, Massnahmen gegen die [Störer] nicht oder nicht rechtzeitig möglich oder nicht erfolgversprechend sind und die betroffenen Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können».²⁶⁹ Dies entspricht der Figur des **Polizeinotstandes**, wie er zuvor im Kapitel zur Durchbrechung des Legalitätsprinzips bereits umrissen wurde.²⁷⁰ In den Normierungen wird dabei wiederum betont, dass auch bzw. insbesondere bei Abweichen vom Störerprinzip der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden, die Massnahme dem Nichtstörer insbesondere zumutbar sein muss sowie keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen dürfen.²⁷¹ Anwendungsbeispiele für den Polizeinotstand sind etwa die Situation, dass zur Rettung einer Person das Auto eines Dritten entwendet wird, im Umkreis eines Unruheherds Wegweisungen gegenüber sämtlichen anwesenden Personen ausgesprochen werden, oder im Rahmen einer Razzia in einem Nachtclub sowohl Besitzer und Künstler, als auch sämtliche Gäste kurzfristig festgehalten und einer Identitätskontrolle unterzogen werden.²⁷²

C) Das Störerprinzip in Abgrenzung zum Verursacherprinzip

Zusammenfassend soll noch einmal betont werden, dass das Störerprinzip einzig zum Zweck hat, die Personen zu eruieren, gegen welche sich eine sicherheitspolizeiliche Massnahme zu richten hat, oder welche selbst zur Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit tätig werden müssen.²⁷³ Grundlage dafür ist die Pflicht jedes Bürgers, sich so zu verhalten, dass die poli-

²⁶⁸ § 39 Abs. 2 PolG AG; vgl. auch etwa Art. 19 PolG GR; Art. 27 Abs. 1 PolG UR; § 20 PolG ZH.

²⁶⁹ Art. 20 PolG SH; vgl. auch etwa § 26 Abs. 2 PolG AG; Art. 9 PolG AR; § 11 PolG BS; Art. 30d PolG FR; § 19 PolG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3822).

²⁷⁰ Vgl. Kap. 2/2/I/4/D; vgl. auch etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2502a; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3822; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 725 ff.; RÉMY, S. 33; SCHWEGLER, Nr. 17.

²⁷¹ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 729; RÉMY, S. 33; SUTTER, Staatshaftung, S. 39 f.

²⁷² Vgl. RÉMY, S. 34; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 56.

²⁷³ REINHARD, S. 175; RÉMY, S. 32; SCHWEGLER, Nr. 16; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 29 zu § 56.

zeilichen Schutzgüter nicht gefährdet werden.²⁷⁴ Dabei sollte auf objektive Gesichtspunkte abgestellt werden, während die subjektiven, insbesondere auch ein allfälliges Verschulden, grds. ohne Belang sind.²⁷⁵ Entsprechend geht es auch nur darum, die Verantwortung im Sinne einer «**Mitwirkungsverantwortung**» zu eruieren, nicht aber, die finanzielle Verantwortung zu verteilen.²⁷⁶

Letzteres, die Tragung der Kosten sicherheitspolizeilicher Massnahmen, regelt das **Verursacherprinzip**, welches vom Störerprinzip klar unterschieden werden muss.²⁷⁷ Demnach sollen die Kosten primär von derjenigen Person übernommen werden, welche sie verursacht hat.²⁷⁸ «Der Ersatz der Kosten (für den Einsatz der Kantonspolizei) kann» allerdings nur «verlangt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht».²⁷⁹ So bestimmen die Polizeigesetze etwa, dass für die Aufwendungen «bei Grossveranstaltungen, wie Messen, Kongressen, Openair-Konzerten und Sportveranstaltungen, welche einen aufwendigen Ordnungsdienst, Verkehrsmassnahmen oder Polizeischutz erfordern» oder für «ausserordentliche Aufwendungen, die bei einem Polizeieinsatz entstehen, namentlich wenn sie vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht werden oder wenn sie in überwiegend privatem Interesse liegen», sowie bei Fehlalarm bzw. missbräuchlicher Alarmierung, Kostenersatz verlangt werden kann.²⁸⁰

3. Opportunitätsprinzip

A) Inhalt und Zweck des Opportunitätsprinzips

In älterer Polizeirechtswissenschaft ist noch zu lesen, dass im Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr «nach übereinstimmender Lehre» das Opportunitätsprinzip gelte.²⁸¹ Dies bedeute, dass bei Vorliegen einer Gefahr bzw. Störung den zuständigen Sicherheitsbehörden in zweierlei Hinsicht ein Ermessen zustehe: Zum einen seien sie nicht zur Intervention verpflichtet, sondern hätten bezüglich des «Ob» ein (**Entschiessungs-**)**Ermessensspielraum**, zum andern stehe ihnen auch

²⁷⁴ BGE 122 II 65 ff. (70), E. 6a; 118 Ib 407 ff. (415), E. 4c; 114 Ib 44 ff. (50 ff.), E. 2c ff. je m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2488 ff.; REINHARD, S. 175; SCHWEGLER, Nr. 16; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 31 ff. zu § 56.

²⁷⁵ REINHARD, S. 175; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 28 zu § 56.

²⁷⁶ REINHARD, S. 175.

²⁷⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 40 zu § 56.

²⁷⁸ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 66; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 36 zu § 56.

²⁷⁹ § 71 Abs. 1 PolG BS; vgl. auch Art. 61 PolG BE; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 66; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 37 zu § 56.

²⁸⁰ § 71 Abs. 2 und 3 PolG BS; vgl. auch § 55 Abs. 1 PolG AG; Art. 54 Abs. 2 PolG UR; § 58 Abs. 1 PolG ZH.

²⁸¹ REINHARD, S. 170 m.w.H.; vgl. auch JOST, S. 61; PFANDER, S. 100.

hinsichtlich der Art und Weise der Intervention, also des «Wie», ein (**Auswahl-)****Ermessen** zu.²⁸²

Das Opportunitätsprinzip diene dazu, dass die Sicherheitsbehörden ihre Aufgaben möglichst zweckmässig erfüllen können.²⁸³ Auf der einen Seite soll ihnen ermöglicht werden, bei Bedarf **Prioritäten** zu setzen und etwa bei zeitlichem Zusammenfallen von Gefahrerfordernissen die knappen personellen und sachlichen Ressourcen für das Wichtigste einzusetzen, weniger Wichtiges hingegen zurück zu stellen.²⁸⁴ Bei der Interessenabwägung, in welchen Situationen prioritär eingegriffen werden muss, sei etwa zu berücksichtigen, welche Rechtsgüter bedroht sind, ob etwa Leib und Leben oder andere fundamentale Grundrechte Schutz bedürfen, wie gross die Gefahr bzw. der zu erwartende Schaden ist, wie wahrscheinlich der Schadenseintritt erscheint und in welcher Zeitspanne eine Massnahme ergriffen werden müsste.²⁸⁵

Auf der anderen Seite erlaube das Opportunitätsprinzip den Behörden in Situationen, in denen ein sicherheitspolizeiliches Handeln **unangebracht** wäre, auf ein solches zu verzichten.²⁸⁶ Teilweise könne ein unmittelbarer Eingriff der Polizei eine Gefahrensituation nämlich auch verschärfen oder gar neue Gefahren schaffen.²⁸⁷ Dies sei vor einem Einsatz zu bedenken und solch negative Konsequenzen gegen diejenigen einer Nicht-Intervention abzuwägen.²⁸⁸

B) Schranken des Opportunitätsprinzips

Das Opportunitätsprinzip wird bereits in der älteren Lehre, erst recht in jüngeren Beiträgen, konkretisiert und teilweise eingeschränkt. Die Vorbehalte betreffen in erster Linie das **Entscheidungsermessen**. Entsprechend sind diesem bereits durch das positive Recht gewisse Schranken vorgegeben.²⁸⁹ So kann die Kantonspolizei Uri gemäss Normierung im Polizeigesetz nur dann «von einem poli-

²⁸² ANDEREGG, Nr. 472; KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 28; RAUBER, S. 84 f.; REINHARD, S. 170; RÉMY, S. 29; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 21 zu § 56; vgl. zu Begriff und Arten des Ermessens HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 429 ff.

²⁸³ REINHARD, S. 171.

²⁸⁴ REINHARD, S. 171 f.; RÉMY, S. 29; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 21 zu § 56.

²⁸⁵ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 28; RAUBER, S. 85; REINHARD, S. 173; RÉMY, S. 29; SUTTER, Staatshaftung, S. 41; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 56.

²⁸⁶ RÉMY, S. 30.

²⁸⁷ RÉMY, S. 30.

²⁸⁸ RÉMY, S. 30.

²⁸⁹ REINHARD, S. 172 f.; SCHWEGLER, Nr. 14.

zeilichen Einsatz absehen», «sofern keine wichtigen öffentlichen oder privaten Interessen betroffen sind und der übergeordnete Auftrag der Kantonspolizei ein Eingreifen nicht zulässt».²⁹⁰

Schranken des Opportunitätsprinzips, insbesondere des Entschliessungsermessens, ergeben sich auch aus dem übergeordneten Recht, bzw. allgemeinen Grundsätzen. Zum einen setzen das **Willkürverbot** sowie der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben dem Opportunitätsprinzip gewisse Grenzen.²⁹¹ Es wäre beispielsweise unzulässig, wenn die Verkehrspolizei zwar kontrolliert, ob auf einem öffentlichen Parkplatz die Parkgebühren korrekt bezahlt wurden, sie aber nur für jedes zweite Auto, das über keinen ausreichenden Parkbeleg verfügt, eine Busse ausstellt.²⁹²

Zum andern wird das Opportunitätsprinzip im Polizeirecht durch die Tatsache eingeschränkt, dass es sich bei der Aufgabe der Polizei, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, um einen **verbindlichen Auftrag** handelt.²⁹³ Das Opportunitätsprinzip darf den Sicherheitsbehörden folglich nicht als Grundlage dienen, sich dieser Verpflichtung zu entziehen.²⁹⁴ Eine Prioritätensetzung und damit ein Nicht- bzw. erst verspätetes Eingreifen der Polizei ist einzig bei Vorliegen objektiver, gewichtiger Gründe zulässig, wenn also «der übergeordnete Auftrag der Kantonspolizei ein Eingreifen nicht zulässt»²⁹⁵ – sei es, dass tatsächlich auf keine weiteren Ressourcen, auch etwa andere Polizeikorps, zurückgegriffen werden kann – sei es, dass die negativen Konsequenzen eines Einsatzes überwiegen.²⁹⁶ Ohne solch genügende Gründe nicht einzuschreiten, mit anderen Worten das Entschliessungsermessen fehlerhaft auszuüben, ist widerrechtlich und kann unter Umständen eine Staatshaftung begründen.²⁹⁷ Besonders problematisch ist die Situation, wenn die Mittel der Sicherheitsbehörden generell zu knapp sind, also systemisch nicht ausreichen.²⁹⁸ Diesfalls ist eine Berufung auf

²⁹⁰ Art. 11 PolG UR.

²⁹¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 28.

²⁹² SCHWEGLER, Nr. 14.

²⁹³ SCHWEGLER, Nr. 14; vgl. auch SOBOTICH, S. 113.

²⁹⁴ RAUBER, S. 86; REINHARD, S. 171; vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 18 und 20.

²⁹⁵ Art. 11 PolG UR.

²⁹⁶ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 69 f.; SUTTER, Staatshaftung, S. 41; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 14.

²⁹⁷ RAUBER, S. 86; REINHARD, S. 171; RÉMY, S. 30; vgl. Kap. 3, insbes. Kap. 3/3/IV/3 zur Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen.

²⁹⁸ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 71; zu den ungenügenden Polizeibeständen vgl. MOHLER, Polizeibestände, S. 62 ff.

das Opportunitätsprinzip nicht zulässig – vielmehr liegt es an der Politik, neue Ressourcen zu schaffen.²⁹⁹

Schliesslich kann insbesondere das Entschliessungsermessen auch dadurch beschränkt werden, dass sich aus dem polizeilichen Schutzauftrag oder den Grundrechten gewisse **Schutzansprüche** und damit Pflichten zum sicherheitspolizeilichen Einschreiten ergeben, also «wichtige [...] öffentliche oder private Interessen betroffen sind»³⁰⁰.³⁰¹ Über den Umfang dieser Pflichten bzw. die Konstellationen, welche eine solche begründen, besteht in der Lehre keinerlei Sicherheit.³⁰² Des Weiteren gibt es Stimmen in der Lehre, welche selbst bei Vorliegen von staatlichen Schutzpflichten eine Berufung auf das Opportunitätsprinzip zulassen. Denn «wo keine hinreichenden Mittel vorhanden sind», könne «von einer polizeilichen Behörde ein Tätigwerden nicht verlangt werden».³⁰³ Dies würde die Garantienpflicht der Polizei bis zu einem gewissen Grad aushöhlen, bzw. ihr gegenüberstehen.³⁰⁴ Bei Vorliegen sicherheitspolizeilicher Schutzpflichten haben die Sicherheitsbehörden alles Zumutbare zu unternehmen, um ihrer Pflicht zur Intervention nachzukommen.³⁰⁵ Ansonsten erscheint ihre Unterlassung unter Umständen widerrechtlich und kann den Staat haftbar machen.³⁰⁶ Dies bedeutet zu Ende gedacht, dass bei Bestehen einer Schutzpflicht das Unterlassen einer sicherheitspolizeilichen Handlung zu Schadenersatzansprüchen führen kann, hingegen ein Handeln, das lediglich seinen Zweck verfehlt, in Bezug auf die Haftung möglicherweise folgenlos bleibt.³⁰⁷ Dies ist zu begrüssen, würde es doch bedeuten, dass die Polizei im Zweifel über das Bestehen einer Schutzpflicht handeln muss und nicht untätig bleiben darf.³⁰⁸

Nach der hier vertretenen Meinung kann gemäss Legalitätsprinzip nicht mehr von einem Entschliessungsermessen gesprochen werden, wenn entweder eine

²⁹⁹ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 71.

³⁰⁰ Art. 11 PolG UR.

³⁰¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. 28; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 123; REINHARD, S. 172 f.

³⁰² Vgl. insbes. Kap. 2/3/I zu grundrechtlichen Schutzpflichten.

³⁰³ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 72.

³⁰⁴ Vgl. LIENHARD/HÄSLER, Nr. 72, wonach «das Opportunitätsprinzip der grundsätzlichen polizeilichen Pflicht zum Eingreifen gegenüber» steht; SUTTER, Staatshaftung, S. 41, wonach eine Prioritätensetzung weiterhin erlaubt ist und dabei «die Garantienstellung der Polizei bis zu einem gewissen Grad durch das Opportunitätsprinzip ausgehöhlt» wird.

³⁰⁵ Vgl. auch Kap. 3/3/IV/3 zur Widerrechtlichkeit durch Unterlassen sicherheitspolizeilicher Realakte und Kap. 3/3/IV/4/C zum entsprechenden Normverstoss.

³⁰⁶ Vgl. Kap. 3, insbes. Kap. 3/3/IV/3 zur Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen.

³⁰⁷ REINHARD, S. 171; RÉMY, S. 30.

³⁰⁸ Vgl. auch RÉMY, S. 30.

gesetzliche Grundlage ein Eingreifen der Sicherheitsbehörden vorsieht, also «ein konkreter Rechtssatz verletzt ist»,³⁰⁹ oder aber die polizeiliche Generalklausel ein solches erfordert. Insbesondere Letzteres wird auf polizeigüterrechtliche bzw. grundrechtliche Schutzpflichten zurückzuführen sein, im Rahmen welcher der Polizei kein freies Entschliessungsermessen mehr zusteht.³¹⁰ Vor allem, wenn die bedeutsamsten polizeilichen Schutzgüter wie Leben, Gesundheit und Freiheit gefährdet sind, bleibt für das Opportunitätsprinzip also kaum Raum.³¹¹ Wird die Polizei beispielsweise darüber informiert, dass Personen oder deren Eigentum ernsthaft gefährdet sind, muss sie in jedem Fall sofort einschreiten und Hilfe leisten. Für einen Ermessensentscheid, der eine Abwägung sämtlicher Interessen bedingen würde, sind in solchen Situationen weder die nötigen Kenntnisse, noch genügend Zeit vorhanden.³¹²

Was allenfalls trotz Fehlen eines Entschliessungsermessens verbleibt, ist ein Ermessen in Bezug auf die Art und Weise der zu treffenden Massnahmen, also ein **Auswahl-** bzw. **Rechtsfolgeermessen**.³¹³ Aber auch diesbezüglich ist es möglich, dass in der konkreten Situation aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips nur eine bestimmte Massnahme in Frage kommt, der Ermessensspielraum also auf ein Minimum schrumpft.³¹⁴

4. Fazit

Da viele (Zwangs-)Massnahmen der Polizei ungenügend normiert sind, richtet sich die Beurteilung ihrer Rechtmässigkeit in den meisten Fällen nach der Frage, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt wurde.³¹⁵ Insofern soll das Verhältnismässigkeitsprinzip unter anderem dazu dienen, die Nachteile der nach wie vor oft **ungenügend bestimmten** sicherheitspolizeilichen **Normen auszuglei-**

³⁰⁹ REINHARD, S. 170; gemäss ihm gibt es bloss dort sicherheitspolizeiliche Ermessensspielräume, wo aufgrund der «allgemeinen Sicherheitspolizeiklausel» gehandelt wird. Damit nimmt er aber auf die «kleine Generalklausel» Bezug (vgl. Kap. 2/2/I/4/C).

³¹⁰ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 299 ff. und 652; vgl. auch TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 25 f. zu § 56 mit Verweis auf den Fall Rote Zora, wo-
nach kein Entschliessungsermessen mehr besteht, soweit es um die Sicherheit
von Personen geht; a.M. wohl LIENHARD/HÄSLER, Nr. 72; SUTTER, Staatshaftung,
S. 41; vgl. hierzu auch Kap. 3/3/IV/4/C.

³¹¹ SCHWEGLER, Nr. 14.

³¹² Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 17. Juni 1987 (ZBl 1987, S. 545 ff.).

³¹³ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 299 ff. und 652; RAUBER, S. 86; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 26 zu § 56.

³¹⁴ REINHARD, S. 173.

³¹⁵ MANFRINI, S. 218.

chen.³¹⁶ Da die Polizeigesetze beispielsweise nicht abschliessend normieren (können), in welchen Situationen und für welche Dauer eine Person auf den Polizeiposten gebracht, wann sie durchsucht oder in welchen Fällen genau Schusswaffen eingesetzt werden dürfen, hat jeweils der Richter mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips zu entscheiden, ob die entsprechende Massnahme verhältnismässig und damit rechtmässig war.³¹⁷

So hatte das Bundesgericht etwa zu befinden, ob es zulässig war, einen Journalisten für eine Befragung rund acht Stunden in Gewahrsam zu nehmen,³¹⁸ in welchen Fällen die Polizei eine Person auf den Posten verbringen, sie fotografieren oder ihr Fingerabdrücke abnehmen darf,³¹⁹ oder ob es gerechtfertigt war, den anlässlich einer Identitätskontrolle flüchtigen Lenker aufgrund des Verdachts auf Autodiebstahl durch Schusswaffengebrauch der Gefahr schwerer Körperverletzung auszusetzen.³²⁰

Entsprechend kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur im Polizeirecht an sich eine ganz **besondere Bedeutung** zu, sondern es spielt auch bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit, welche möglicherweise eine **Haftung des Staates** für sicherheitspolizeiliches Handeln zu begründen vermag, eine zentrale Rolle.³²¹

Diese Beurteilung ist für die Richter vor allem insofern eine Herausforderung, als sie **erst im Nachhinein**, erst mehrere Monate, ja gar Jahre nach der umstrittenen sicherheitspolizeilichen Handlung erfolgt.³²² Gleichzeitig muss sie sich nach gängiger Praxis aber auf den Sachverhalt stützen, wie er sich für den handelnden Beamten zur Zeit der Handlung präsentierte (**ex ante**) und nicht auf die Faktenlage, die sich erst nachträglich ergibt (**ex post**).³²³

Die Frage nach der Verhältnismässigkeit kann nie allgemein beantwortet werden, sondern muss sich immer an der konkreten Situation orientieren, etwa Art der Massnahme, Schwere des damit verbundenen Eingriffs, zur Verfügung ste-

³¹⁶ MANFRINI, S. 218; RÉMY, S. 25; SCHWEIZER/MÜLLER, S. 393; vgl. auch BGE 136 I 87 ff. (90 f.), E. 3.1; vgl. etwa Kap. 1/2/V und 1/3/VII.

³¹⁷ MANFRINI, S. 219.

³¹⁸ Urteil des BGer 1P.584/2002 vom 2. Juli 2003, E. 4, was in E. 4.7 verneint wurde.

³¹⁹ BGE 109 Ia 146 ff. (152 f. und 156 f.), E. 5a und 6a.

³²⁰ Was grundsätzlich verneint wird; BGE 136 I 87 (98 ff.), E. 4.4; 115 IV 162 ff. (166), E. 2d, 111 IV 113 ff. (116), E. 5; vgl. auch BGE 94 IV 5 ff. (8 ff.), E. 2.

³²¹ MANFRINI, S. 218.

³²² MANFRINI, S. 219.

³²³ BGE 120 Ib 411 ff. (415), E. 4c.aa; 115 Ib 175 ff. (184 f.), E. 3b; 94 IV 5 ff. (9), E. 2a; JAAG, Revision, S. 62 f.; RYTER, Nr. 29.101; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 399 f.; kritisch MANFRINI, S. 220 ff.; vgl. zur Kritik auch Kap. 3/3/IV/7/A.

hende Mittel und Zeit mit einbeziehen.³²⁴ Die Richter auferlegen sich dabei eine grosse **Zurückhaltung**, wollen dem Ermessensspielraum der Sicherheitsbehörden Rechnung tragen und verneinen gar, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip von der Polizei in jedem Fall streng beachtet werden muss.³²⁵ Dies scheint Ausdruck der Gewaltenteilung zu sein: die Judikative will sich nicht anmassen, an Stelle der Exekutive zu entscheiden. Dies ist in zweierlei Hinsicht stossend:

Zum einen ist etwa der EGMR bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit sicherheitspolizeilichen Handelns stark zurückhaltend, zeigt hingegen keine Hemmung, die Hierarchie und Organisation der Polizeibehörden zu kritisieren und auf diesem Weg eine Staatshaftung zu bejahen.³²⁶ Diese paradoxe Rechtsprechung macht stark den Anschein, die tatsächliche Problematik umgehen zu wollen und, anstatt sie transparent zu machen, scheinbar einfacher feststellbare Defizite vorzuschieben, um zum erwünschten Resultat zu gelangen.

Zum andern täuscht diese Rechtsprechung darüber hinweg, dass die mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip verbundenen **Wertungen** eigentlich weder durch die Exekutive noch durch die Judikative, sondern vielmehr – sofern möglich und sinnvoll – direkt durch die **Legislative** vorgenommen werden sollten. Denn auch wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip durchaus wichtig erscheint, um dem Ermessensspielraum und damit der Macht der Sicherheitsbehörden Grenzen zu setzen,³²⁷ ist nicht zu vergessen, dass es sich um einen allgemeinen Grundsatz handelt, der je nach Situation einer Präzisierung bedarf. Um die daraus resultierende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, sollte möglichst der Gesetzgeber entscheiden, wann eine Massnahme erforderlich ist und wem diese, in welcher Situation, auf welche Art zugemutet werden kann.³²⁸ Entsprechend limitieren beispielsweise gewisse Polizeigesetze Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen auf die Dauer von 24 Stunden³²⁹ oder verlangen, erkennungsdienstlich erhobene Daten zu vernichten, sobald der Zweck der Massnahme erreicht bzw. der Grund für die Datenerhebung weggefallen ist³³⁰.

³²⁴ BGE 94 IV 5 ff. (8), E. 2a; vgl. auch BGE 100 Ib 13 ff. (18), E. 5; Urteil des BGer 1C_226/2009 vom 16. Dezember 2009, E. 6, insbes. E. 6.3.

³²⁵ BGE 100 Ib 13 ff. (18) E. 5; vgl. hierzu auch FAVRE, enjeux, S. 18.

³²⁶ MANFRINI, S. 223 f.

³²⁷ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 394.

³²⁸ SCHWEIZER/MÜLLER, S. 394.

³²⁹ Vgl. etwa Art. 18 PolG OW; § 33 PolG ZH; vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, S. 394.

³³⁰ Vgl. etwa Art. 18 PolG UR; § 22 Abs. 2 ZH.

3. Kapitel: Grundrechte als Grenze für das sicherheitspolizeiliche Handeln

I. Grundrechtliche Abwehr- und Schutzansprüche

1. Bedeutung der Grundrechte für das sicherheitspolizeiliche Handeln

Wie bei der Darstellung der polizeilichen (Zwangs-)Massnahmen festgestellt wurde, sind diese regelmässig **grundrechtsrelevant**.¹ Durch den Einsatz polizeilichen Zwangs kann die körperliche Integrität, ja gar das Recht auf Leben betroffen sein (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV). Bei Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen wird die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), bei Wegweisungs- oder Fernhaltemassnahmen die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), aber auch etwa die Meinungsäusserungs- (Art. 16 BV) und Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) beeinträchtigt. Jegliche Form der Datenerhebung gerät in Konflikt mit der Privatsphäre der Bürger (Art. 13 BV) und durch eine Sicherstellung wird die Eigentumsgarantie tangiert (Art. 26 BV).

Bei Einschränkungen dieser Freiheitsrechte sind der Staat und damit auch die Sicherheitsbehörden an die **Voraussetzungen von Art. 36 BV** gebunden, wonach die Massnahmen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein müssen.² Auf diese Kriterien wurde im letzten Kapitel bereits eingegangen.³ Des Weiteren darf der Kerngehalt der Grundrechte nicht berührt werden.⁴ Was hierzu gehört, ist allerdings nicht immer eindeutig und für jedes Grundrecht einzeln zu bestimmen.⁵

Den Grundrechten kommt folglich u.a. die Funktion zu, der Macht des Staates, etwa in Form der Sicherheitsbehörden, Grenzen zu setzen.⁶ Sie schützen die

¹ Vgl. auch EGLI, 2015, S. 59; EGLI, 2012, S. 194; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 76; REINHARD, S. 202 und Fn. 2; ROSSAT-FAVRE, S. 416 f.; SCHWEIZER, SGK, N 2 zu Art. 36 BV.

² Vgl. BIAGGINI, BV, N 9 ff. zu Art. 36 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 286 ff.

³ Kap. 2/2.

⁴ Vgl. hierzu auch EGLI, 2012, S. 196 f.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 77; MOECKLI/KELLER, S. 241 ff.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 103; REINHARD, S. 202; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 23.

⁵ BIAGGINI, BV, N 24 f. zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK, N 62 ff. zu Art. 36 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 295; SCHWEIZER, SGK, N 44 zu Art. 36 BV.

⁶ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 42 f.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 8 f.; ROSSAT-

Bürger in ganz konkreten Situationen vor (missbräuchlicher) staatlicher Gewalt, geben ihnen also **Abwehrrechte** zur Hand.⁷ Der Staat soll die Individuen in ihrer Freiheitsausübung gewähren lassen und sich Beschränkungen soweit möglich enthalten.⁸

Nach heutigem Verständnis schützen Grundrechte aber nicht nur vor staatlichen Eingriffen, sie begründen auch **Schutzrechte** der Bürger gegenüber dem Staat.⁹ Denn die Grundrechte sind eine Leitlinie, ein fundamentales Prinzip der gesamten Rechtsordnung:¹⁰ Sie «müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen», und es ist «verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen», «wer staatliche Aufgaben wahrnimmt».¹¹ Aus Sicht des Staates existieren folglich **positive Schutzpflichten**, mit anderen Worten ist er verpflichtet, Massnahmen zum Schutz der Grundrechte der Bürger vor Gefahren zu ergreifen – egal, ob letztere von Dritten oder von der Natur ausgehen.¹² Dies folgt nicht nur aus Art. 35 BV, sondern kann teilweise auch spezifischen Grundrechten entnommen

FAVRE, S. 416 f.; ZUMSTEG, S. 11.

⁷ BOTSCHAFT BV, S. 192; BESSON, S. 64; BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 35 BV; GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1429; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 43; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 274 und 282 ff.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 8 f.; SCHEFER, S. 1134; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 10; SOBOTICH, S. 17 ff. m.w.H.

⁸ EGLI, 2012, S. 196; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 257 ff.; KÄLIN/KIENER, S. 34 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 282 ff.

⁹ Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 2 BV; BESSON, S. 49 ff. und 70; BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 35 BV; EGLI, 2012, S. 196; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 256 ff.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432; HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 30; KELLER/BÜRGLI, S. 1149 m.w.H.; KOLLER/SCHINDLER, S. 279; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 127 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 82 m.w.H.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 30; MÜLLER/SCHEFER, etwa S. 74 ff.; REINHARD, S. 202; SCHÄRMELI, S. 52; SCHEFER, S. 1134; SCHWEGLER, Nr. 10; SCHWEIZER, SGK, N 13 zu Art. 35 BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6 m.w.H.; SOBOTICH, S. 17 ff. m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 ff. zu § 7; BGE 126 II 300 ff. (314), E. 5a; vgl. zu den staatlichen Schutzpflichten ausführlich PÉTERMANN, zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen insbes. S. 31 ff.

¹⁰ BOTSCHAFT BV, S. 192 f.; BESSON, S. 49 ff.; EGLI, 2012, S. 196; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 255 ff.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 2 ff.

¹¹ Art. 35 Abs. 1 und 2 BV; vgl. hierzu auch etwa MOHLER, Polizeirecht, Nr. 301.

¹² BESSON, S. 62 f.; vgl. auch BOTSCHAFT BV, S. 192 f.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 72 zu § 7; zur Definition der Schutzpflichten vgl. PÉTERMANN, S. 41 ff.; für Beispiele zu Schutzpflichten gestützt auf die EMRK vgl. etwa HÄNNI, Schutzpflichten, S. 433 ff.

werden.¹³ Bleibt der Staat trotz Bestehen einer Schutzpflicht untätig, so ist in erster Linie er es, der die Grundrechte der bedrohten Person verletzt, nicht etwa der private Störer.¹⁴

Die grundrechtlichen Schutzpflichten richten sich zwar in erster Linie an den Gesetzgeber.¹⁵ Vor allem, wenn fundamentale Rechtsgüter unmittelbar und schwer bedroht sind, kann aber auch die Exekutive Adressatin werden.¹⁶ Insbesondere die **Polizeibehörden** haben die Aufgabe, durch Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen die ungestörte Ausübung der Freiheitsrechte zu ermöglichen und unterliegen entsprechenden Schutzpflichten.¹⁷ Dies ist keine neue Einsicht: 1987 rief eine Frau telefonisch die Polizei um Hilfe, da sie in einem Restaurant bedroht wurde. Eine polizeiliche Intervention unterblieb – die Frau wurde entführt und schwer misshandelt. Das Kassationsgericht Zürich verurteilte das Verhalten der Behörde und stellte fest, dass die Polizei bei der Gefährdung einer Person nach Aufforderung in jedem Fall zu intervenieren habe.¹⁸ Auch der EGMR bejaht regelmässig positive Schutzpflichten der Staaten, welche direkt aus den Grund- und Menschenrechten folgen.¹⁹

¹³ BESSON, S. 70 ff. insbes. S. 74 f.; BIAGGINI, BV, N 7 zu Art. 35 BV; KELLER/BÜRLI, S. 1149 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 zu § 7; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 290 je m.w.H.; vgl. hierzu auch KAUFMANN/WALTI, S. 78 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1173; SCHEFER, S. 1133 f.

¹⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, N 72 zu § 7.

¹⁵ BGE 137 I 305 ff. (315), E. 2.4; 126 II 300 ff. (315), E. 5b; BESSON, S. 82; BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 35 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 266; KÄLIN/KIENER, S. 38; PÉTERMANN, S. 117 f.; SCHWEIZER, SGK, N 14 zu Art. 35 BV; vgl. auch Urteil des EGMR 74448/12 vom 18. September 2014 i.d.S. Bljakaj u.a. gegen Kroatien, Nr. 104.

¹⁶ BESSON, S. 82; BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 35 BV; EGLI, 2012, S. 196; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 267; KÄLIN/KIENER, S. 39; PÉTERMANN, S. 118 f.; SCHWEIZER, SGK, N 15 zu Art. 35 BV.

¹⁷ EGLI, 2012, S. 196; KÄLIN/KIENER, S. 38; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 61; REINHARD, S. 202; SOBOTICH, S. 113 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 72 zu § 7; Urteil des EGMR 74448/12 vom 18. September 2014 i.d.S. Bljakaj u.a. gegen Kroatien, Nr. 104; vgl. auch etwa BGE 97 I 221 ff. (230), E. 4d zur Glaubensfreiheit.

¹⁸ Urteil des Zürcher Kassationsgerichts vom 17. Juni 1987, E. 2 (ZBl 1987, S. 545 ff.).

¹⁹ EGLI, 2012, S. 196 m.w.H.; vgl. hierzu auch die nächsten Kapitel, insbes. Kap. 2/3/IV/2 zum Recht auf Leben.

2. Eingrenzung grundrechtlicher Schutzpflichten

Aus einer anderen Perspektive betrachtet folgt den Ausführungen des letzten Kapitels, dass auch sicherheitspolizeiliche Interessen öffentliche Interessen sind, welche unter Umständen ihrerseits eine Einschränkung von Grundrechten Dritter, von Störern und ausnahmsweise auch anderen Personen, rechtfertigen können.²⁰ Gerade aus diesem Grund ist die Annahme von grundrechtlichen Schutzpflichten aber nicht unproblematisch und widerspiegelt die Spannungslage zwischen Sicherheit und Freiheit des Einzelnen, wie sie zuvor erläutert wurde.²¹ Mit der Gefährdung der Freiheitsrechte der einen würde ein Eingriff in die Freiheitsrechte der anderen gerechtfertigt – und dies möglicherweise ohne gesetzliche Grundlage.²² Denn wie bereits festgestellt wurde, gehen das Bundesgericht und Teile der Lehre bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten von einem weiten Anwendungsbereich der Polizeilichen Generalklausel aus.²³ Positive Schutzpflichten ersetzen also immer wie häufiger die eigentlich notwendige gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.²⁴

Letzteres bedingt, dass die grundrechtlichen Schutzpflichten beschränkt und hierzu an **klare Voraussetzungen** gebunden werden. Denn der staatliche Grundrechtsschutz ist nicht absolut, mit anderen Worten besteht kein eigentliches Grundrecht auf Sicherheit.²⁵ MOHLER entnimmt der Rechtsprechung des EGMR vier Kriterien, welche auch aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip sowie den Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel abgeleitet werden könnten.²⁶ Zum Ersten muss eine konkrete und unmittelbare Gefahr bestehen, von der die zuständigen sicherheitspolizeilichen Behörden auch tatsächlich wissen bzw. hätten wissen müssen.²⁷ Zum Zweiten muss ein sicherheitspolizeilicher

²⁰ Vgl. SCHÄRMELI, S. 52; zum Störerprinzip vgl. Kap. 2/2/III/2.

²¹ Vgl. Kap. 1/2/II/3; vgl. auch MANFRINI, S. 206; vgl. ausführlich DENNINGER, Prävention, S. 222 ff.

²² LIENHARD, innere Sicherheit, S. 128 f.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 83 m.w.H.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 ff. zu § 7; vgl. auch HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432.

²³ Vgl. Kap. 2/2/I/4/B; vgl. auch HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432.

²⁴ HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432 m.w.H.

²⁵ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 81; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 172 ff.; vgl. zu den Grenzen staatlicher Schutzpflichten auch PÉTERMANN, S. 153 ff.

²⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 306 f.; vgl. zu den Voraussetzungen für die Entstehung von Schutzansprüchen auch KÄLIN/KIENER, S. 40; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III, zur polizeilichen Generalklausel Kap. 2/2/I/4/B.

²⁷ Urteil des EGMR 25965/04 vom 7. Januar 2010 i.d.S. Rantsev gegen Zypern und Russland, Nr. 219; 25385/04 vom 15. Januar 2009 im Fall Medova gegen Russland, Nr. 96; 46477/99 vom 14. März 2002 i.d.S. Paul und Audrey Edwards gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 55; 23452/94 vom 28. Oktober 1998 i.d.S.

Eingriff in der Tat geeignet sein, die Gefahr abwehren oder immerhin vermindern zu können.²⁸ Zum Dritten müssen die Schutzmassnahmen den sicherheitspolizeilichen Akteuren zumutbar sein, sie müssen also über ausreichende Kapazitäten und Ressourcen verfügen.²⁹ Denn der Staat muss nicht immer und überall Schutz bieten, sondern nur, wenn dies in örtlicher und zeitlicher Hinsicht mit Blick auf die bestehenden Gefahren vernünftigerweise erwartet werden kann.³⁰ Dieses Kriterium darf allerdings nicht dazu führen, dass sich der Staat mit Verweis auf sein (beschränktes) Budget seinen Pflichten entzieht.³¹ Besonders problematisch ist die Situation, wenn die Mittel der Sicherheitsbehörden generell zu knapp sind, also systemisch nicht ausreichen.³² Diesfalls liegt es an der Politik, neue Ressourcen zu schaffen.³³ Zum Vierten ist, und dies entspricht dem oben Gesagten, eine Abwägung zwischen den Interessen des Gefährdeten an einem Grundrechtsschutz durch den Staat (Schutzfunktion) sowie den Interessen des durch diese Intervention Betroffenen (Abwehrfunktion) vorzunehmen.³⁴

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt insbesondere aus MOHLER's vierter Voraussetzung, dass nur dann von einer Schutzpflicht ausgegangen werden kann, wenn eine schwere Verletzung fundamentaler Rechtsgüter droht, die vergleichbar oder gar höher zu gewichten sind als diejenigen, welche durch die Schutzmassnahmen verletzt würden.³⁵ Mit anderen Worten müssen Massnahmen, welche sich auf grundrechtliche Schutzpflichten stützen, ihrerseits grundrechtskornform sein, müssen also die Rechte Dritter respektieren.³⁶ Entsprechend dürften Schutzpflichten am ehesten bejaht werden, sofern es um den Schutz des Lebens sowie der physischen und psychischen Integrität der be-

Osman gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 116; BESSON, S. 85 f.; KÄLIN/KIENER, S. 40.

²⁸ Urteil des EGMR 25965/04 vom 7. Januar 2010 i.d.S. Rantsev gegen Zypern und Russland, Nr. 219; 25385/04 vom 15. Januar 2009 im Fall Medova gegen Russland, Nr. 96; 46477/99 vom 14. März 2002 i.d.S. Paul und Audrey Edwards gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 55.

²⁹ Vgl. die eben zitierten Urteile und BGE 126 II 300 ff. (315), E. 5b; vgl. auch BESSON, S. 84 ff.; KÄLIN/KIENER, S. 40.

³⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 308.

³¹ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 308.

³² LIENHARD/HÄSLER, Nr. 71; zu den ungenügenden Polizeibeständen vgl. MOHLER, Polizeibestände, S. 62 ff.

³³ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 71.

³⁴ Urteil des EGMR 25965/04 vom 7. Januar 2010 i.d.S. Rantsev gegen Zypern und Russland, Nr. 286 f.; 23452/94 vom 28. Oktober 1998 i.d.S. Osman gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 118 ff.; BGE 126 II 300 ff. (315), E. 5b.

³⁵ KELLER/BÜRЛИ, S. 1150; vgl. auch BGE 119 Ia 28 ff. (31), E. 2; BESSON, S. 76.

³⁶ KÄLIN/KIENER, S. 40.

troffenen Personen geht.³⁷ Unter bestimmten Umständen können aber sämtliche Grundrechte, insbesondere das Recht auf Privatsphäre und Familienleben, die persönliche Freiheit, die Eigentumsgarantie, die Versammlungsfreiheit sowie die Meinungsäusserungsfreiheit Schutzansprüche vermitteln.³⁸ Bei einer entsprechenden (Weiter-)Entwicklung positiver Schutzpflichten sollten sich Lehre und Rechtsprechung aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, wäre es doch Aufgabe des Gesetzgebers, den Rahmen der staatlichen, insbesondere sicherheitspolizeilichen Tätigkeit festzulegen und insbesondere die Grenze zwischen den zu akzeptierenden und tragbaren Unsicherheiten (Akzeptanzprinzip) sowie den Gefahren, die ein Eingreifen erfordern (Schutzprinzip) zu ziehen.³⁹ Es darf nicht sein, dass gestützt auf die Grundrechte zentrale Erfordernisse unserer rechtsstaatlichen Ordnung ausser Acht gelassen werden.⁴⁰

3. Grundrechte und Staatshaftung

Der Abschnitt über die Grundrechte in der BV regelt zwar die Anforderungen an die Einschränkung von Freiheitsrechten, sagt allerdings nicht, was die Konsequenzen sind, wenn sich etwa ein Polizeibeamter nicht an die Voraussetzungen von Art. 36 BV hält und somit ein Grundrecht verletzt.⁴¹ Für den dritten Teil dieser Arbeit stellt sich deshalb zum einen die Frage, inwiefern aktive Grundrechtsverletzungen durch Sicherheitsbehörden eine Widerrechtlichkeit und damit eine Haftung des Staates bewirken können.⁴² Da positive Schutzpflichten auch ohne gesetzliche Grundlage sicherheitspolizeiliche Tätigkeit erfordern können, wird zum andern zu untersuchen sein, wie Untätigkeit der Sicherheitsbehörden zu bewerten ist, insbesondere, ob sie Widerrechtlichkeit zu begründen vermag.⁴³

³⁷ BESSON, S. 74 m.w.H.; BIAGGINI, BV, N 7 zu Art. 35 BV; KELLER/BÜRLI, S. 1150; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1177 und 1253; SUTTER, Naturgefahren, S. 178.

³⁸ BESSON, S. 74 ff. m.w.H.

³⁹ BGE 126 II 300 ff. (315), E. 5b; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 59 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 179; vgl. zum Stufenmodell Kap. 1/2/III/1.

⁴⁰ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 83.

⁴¹ HARDY, S. 380; LANDOLT, S. 380; vgl. ausführlich RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, insbes. S. 373; zu den Folgen einer Grundrechtsverletzung auch SCHWEIZER, SGK, N 32 f. zu Art. 35 BV.

⁴² Vgl. HARDY, S. 380.

⁴³ Vgl. Kap. 3/3/IV/3 zur Widerrechtlichkeit durch Unterlassen sicherheitspolizeilicher Realakte und Kap. 3/3/IV/4/C zum entsprechenden Normverstoss; vgl. auch HÄNNI, Schutzpflichten, insbes. S. 432; SOBOTICH, S. 114.

In diesem Kapitel werden zuerst – vorerst unabhängig allfälliger Haftungsfragen – einige ausgewählte Grundrechte mit Blick auf ihre Bedeutung im sicherheitspolizeilichen Bereich näher betrachtet.

II. Menschenwürde

1. Inhalt der Menschenwürde

Dass «die Würde des Menschen [...] zu achten und zu schützen» ist,⁴⁴ gehört zu den grundlegenden Anliegen des Völkerrechts und hat auch in der Schweizer Rechtsordnung eine fundamentale Bedeutung als Leitgrundsatz für jede staatliche Tätigkeit, als «materielle Grundnorm» unseres Staates.⁴⁵ Sie ist ein wichtiges Mittel, um der Macht des Staates gewisse Grenzen aufzuzeigen, ihm insbesondere ein diskriminierendes, grausames, schikanöses oder erniedrigendes Verhalten zu verbieten.⁴⁶ In der EMRK wurde sie einzig in Art. 3 normiert, welcher Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung verbietet.⁴⁷

Was genau den **Inhalt** der Menschenwürde ausmacht, kann indes nicht abschliessend festgelegt werden, betrifft sie doch «das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen».⁴⁸ Von besonderer Bedeutung ist «die Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit», was beinhaltet, dass er niemals bloss als Objekt, sondern immer auch als Subjekt betrachtet wird.⁴⁹

Als **Leitprinzip** ist die Menschenwürde im sicherheitspolizeilichen Bereich bei sämtlichen Tätigkeiten zu beachten: Jeder Polizist, jeder sicherheitspolizeiliche Beamte muss stets bedacht sein, seine besondere Stellung und damit verbundene Macht nicht unrechtmässig oder schädigend auszuüben, Andersartigkeit zu anerkennen, sowie sein Gegenüber zu respektieren und zu achten.⁵⁰

⁴⁴ Art. 7 BV.

⁴⁵ BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 7 BV; KIENER/KÄLIN, S. 129; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 323; BGE 127 I 6 ff. (14), E. 5b; vgl. zur Rechtsnatur der Menschenwürde als Grundrecht oder Grundsatz etwa MASTRONARDI, SGK, N 13 ff. zu Art. 7 BV.

⁴⁶ EGLI, 2012, S. 200; MÜLLER/SCHEFER, S. 1 und 4.

⁴⁷ Vgl. auch etwa EGLI, 2012, S. 200; MASTRONARDI, SGK, N 5 f. zu Art. 7 BV; vgl. hierzu Kap. 2/3/V/4.

⁴⁸ BGE 132 I 49 ff. (55), E. 5.1; BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 7 BV; EGLI, 2012, S. 200; MASTRONARDI, SGK, N 31 ff. zu Art. 7 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 323; MÜLLER/SCHEFER, S. 3 f.

⁴⁹ BGE 132 I 49 ff. (55), E. 5.1; BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 7 BV; KIENER/KÄLIN, S. 130; MASTRONARDI, SGK, N 44 f. zu Art. 7 BV.

⁵⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 323 ff.; zu den verschiedenen Gehalten der Men-

Als **gerichtlich einklagbares Grundrecht** ist die Menschenwürde vor allem im Zusammenhang mit anderen, besonderen Grundrechten von Bedeutung.⁵¹ Sie kann herangezogen werden, um den Schutzbereich oder den Kerngehalt anderer Grundrechte zu bestimmen, sowie die Schwere des Eingriffs, insbesondere die Verhältnismässigkeit oder auch eine allfällige Rechtfertigung, zu beurteilen.⁵² Unter besonderen Umständen kann ihr allerdings auch als Auffanggrundrecht eigenständige justiziable Relevanz zukommen.⁵³

2. Menschenwürde in der sicherheitspolizeilichen Praxis

Im sicherheitspolizeilichen Bereich kann die Menschenwürde bereits verletzt werden, wenn eine Person schlecht behandelt wird – sofern dies angesichts der **konkreten Umstände** als ausreichend schwer, als erniedrigend erscheint.⁵⁴ Als Umstände sind etwa die Dauer der Behandlung, deren physische und psychische Auswirkungen sowie allenfalls auch etwa das Geschlecht, das Alter und der Gesundheitszustand der Person zu berücksichtigen.⁵⁵

Eine erwachsene Person zu duzen oder absichtlich nicht zu beachten, gerechtfertigte Fragen nicht, sehr unfreundlich oder erst sehr verspätet zu beantworten, Massnahmen nicht zu begründen oder ausländerfeindliche Bemerkungen zu machen, könnte beispielsweise als Erniedrigung empfunden werden.⁵⁶ Darüber hinaus kann eine **Verletzung** der Menschenwürde **bejaht** werden, wenn eine Massnahme klar unverhältnismässig ist, über das eigentlich Erforderliche hinausgeht.⁵⁷ Zu denken ist etwa an das in Handschellen legen einer Person, die weder aggressiv ist noch Fluchtabsichten hegt, oder an eine fehlende oder erst späte medizinische Betreuung eines in Gewahrsam genommenen Menschen, der krank ist.⁵⁸ Menschenunwürdig kann es aber auch sein, ohne genügenden Grund phy-

schenwürde vgl. auch MASTRONARDI, SGK, N 540 ff. zu Art. 7 BV.

⁵¹ BIAGGINI, BV, N 7 und 9 zu Art. 7 BV; KIENER/KÄLIN, S. 131; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 331.

⁵² BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 7 BV.

⁵³ BIAGGINI, BV, N 7 f. zu Art. 7 BV; KIENER/KÄLIN, S. 130.

⁵⁴ Urteil des EGMR 38411/02 vom 7. Juni 2007 i.d.S. Garabayev gegen Russland, Nr. 75; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 326.

⁵⁵ Vgl. etwa Urteil des EGMR 9258/04 vom 12. Mai 2009 i.d.S. Mrozowski gegen Polen, Nr. 25.

⁵⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 326.

⁵⁷ Urteil des EGMR 47709/99 vom 28. Juli 2009 i.d.S. Rachwalski und Ferenc gegen Polen, Nr. 59 ff.; vgl. hierzu auch EGLI, 2012, S. 201 m.w.H.; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

⁵⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 327; vgl. auch EGLI, 2012, S. 201 m.w.H.

sische Gewalt einzusetzen, sicherheitspolizeiliche Massnahmen zu publizieren oder unnötigerweise in der Öffentlichkeit durchzuführen, oder ein vollständiges Ausziehen der Kleider zu erzwingen.⁵⁹ Wird eine Person in einer Weise durch sicherheitspolizeiliche Akteure behandelt, sodass ihre Menschenwürde nach Art. 7 BV bzw. Art. 3 EMRK tangiert wird, obliegt dem Staat die Pflicht, dies effektiv zu untersuchen.⁶⁰

Eine **Verletzung** der Menschenwürde wurde hingegen **verneint**, als ein Mann, der aus dem Gefängnis geflüchtet war und einen bewaffneten Diebstahl begangen hatte, während seiner Verhaftung, des anschliessenden Transports und des Verhörs für ungefähr zwei Stunden eine Kapuze tragen musste.⁶¹ Gemäss EGMR war dies gerechtfertigt, weil der Verhaftete als sehr gefährlich erschien.⁶² Des Weiteren sei die Massnahme auf verhältnismässig kurze Zeit beschränkt gewesen und es sei durch Sicherheitsmassnahmen auf die Gesundheit des Mannes geachtet worden.⁶³ Auch sei es in keiner Weise das Ziel der Polizisten gewesen, ihn durch das Tragen der Kapuze zu erniedrigen.⁶⁴

Ebenfalls nicht als menschenunwürdig erschien es den Richtern, dass ein Polizist im Rahmen eines Einsatzes nach einem Verkehrsunfall einen Mann für wenige Sekunden am Kragen gefasst hatte.⁶⁵ Der Griff habe nur sehr kurz gedauert, der Mann sei 27 Jahre alt gewesen und habe nicht behauptet, dem Polizeibeamten körperlich unterlegen zu sein. Da mindestens drei Bekannte von ihm zugegen waren, erschien die Situation nicht ernsthaft bedrohlich und er konnte kaum das Gefühl bekommen, er sei dem Polizisten hilflos ausgeliefert. Ziel der Mass-

⁵⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 327; vgl. zu letzterem auch Urteil des EGMR 2293/03 vom 22. Februar 2007 i.d.S. Wieser gegen Österreich, Nr. 40; EGLI, 2012, S. 201 m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 55.

⁶⁰ Vgl. etwa Urteil des EGMR 9258/04 vom 12. Mai 2009 i.d.S. Mrozowski gegen Polen, Nr. 34 ff.; 50222/99 vom 30. September 2004 i.d.S. Krastanov gegen Bulgarien, Nr. 55 ff.; 24760/94 vom 28. Oktober 1998 i.d.S. Assenov u.a. gegen Bulgarien.

⁶¹ Urteil des EGMR 38455/06 vom 11. Oktober 2011 i.d.S. Portmann gegen die Schweiz, Nr. 7 ff.

⁶² Urteil des EGMR 38455/06 vom 11. Oktober 2011 i.d.S. Portmann gegen die Schweiz, Nr. 52.

⁶³ Urteil des EGMR 38455/06 vom 11. Oktober 2011 i.d.S. Portmann gegen die Schweiz, Nr. 51 und 54.

⁶⁴ Urteil des EGMR 38455/06 vom 11. Oktober 2011 i.d.S. Portmann gegen die Schweiz, Nr. 48 ff.

⁶⁵ Urteil des BGer 1B_70/2011 vom 11. Mai 2011, Sachverhalt und E. 2.2.4 und 2.2.5.5.

nahme war denn auch nicht, den Mann zu erniedrigen, sondern ihn zu Vernunft zu bringen.⁶⁶

III. Gleiche und gerechte Behandlung

1. Gleichbehandlungsgebot

Wie die Menschenwürde, hat auch das Gleichbehandlungsgebot umfassende Wirkung, ist also für jede Staatstätigkeit von Bedeutung.⁶⁷ Für den sicherheitspolizeilichen Bereich ist vor allem das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, sowie das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV bedeutsam.⁶⁸

Denn diese Grundsätze kommen speziell zum Tragen, wenn den Behörden etwa aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe Ermessensspielräume zustehen.⁶⁹ Das Gleichbehandlungsgebot ist mithin eine wichtige Schranke der polizeilichen Entscheidungsspannweite, insbesondere des Opportunitätsprinzips.⁷⁰

Das **allgemeine Rechtsgleichheitsgebot** verlangt, dass die zuständige Rechtsanwendungsbehörde die gesetzlichen Vorgaben in gleichen Situationen auch tatsächlich gleich umsetzt – ausser, es bestehen ernsthafte und sachliche Gründe für eine Abweichung.⁷¹ Gleiches muss «nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches [...] nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt» werden.⁷²

Einen Anspruch auf **Gleichbehandlung im Unrecht** könnte folglich nur eine Person haben, die sich in der gleichen Situation befindet wie eine andere, von der Behörde begünstigte Person.⁷³ Und selbst dann kann er nur ganz ausnahms-

⁶⁶ Urteil des BGer 1B_70/2011 vom 11. Mai 2011, E. 2.2.5.5.

⁶⁷ BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 8 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 747; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 332; SCHWEIZER, SGK, N 9 zu Art. 8 BV.

⁶⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 332.

⁶⁹ BIAGGINI, BV, N 12 zu Art. 8 BV; vgl. auch WALDMANN, BSK, N 40 f. zu Art. 8 BV.

⁷⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 338; vgl. zum Opportunitätsprinzip Kap. 2/2/III/3.

⁷¹ BGE 129 I 113 ff. (125), E. 5.1; 125 I 161 ff. (163), E. 3a; 117 Ia 257 ff. (259), E. 3b; vgl. auch BIAGGINI, BV, N 16 f. zu Art. 8 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 765; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1823 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 19, 21 und 42 zu Art. 8 BV; TSCHUMI, S. 77; WALDMANN, BSK, N 26 zu Art. 8 BV.

⁷² Urteil des BGer 1P.129/1991 vom 11. November 1991, E. 3c (ZBl 1992, S. 232 ff.) mit Verweis auf BGE 116 Ia 81 ff. (83), E. 6b.

⁷³ Urteil des BGer 1P.129/1991 vom 11. November 1991, insbes. E. 3d (ZBl 1992, S. 232 ff.); vgl. auch etwa WALDMANN, BSK, N 22 und 42 zu Art. 8 BV.

weise bejaht werden, wenn «die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke».⁷⁴

Nicht gegen das Gleichbehandlungsverbot verstösst es beispielsweise, wenn die Polizei bei einer Verkehrskontrolle aufgrund der Vielzahl der Geschwindigkeitsüberschreitungen nicht in der Lage ist, sämtliche fehlbaren Autolenker zu registrieren und deshalb nur diejenigen erfasst und bestraft, welche die Höchstgeschwindigkeit um mehr als 15 km/h überschreiten.⁷⁵ Zum einen ist es in einem solchen Fall sachlich begründet und sinnvoll, nur den schwereren Fällen nachzugehen, zum andern ist die Grenze von 15 km/h eine generell-abstrakte Regel, welche ihrerseits die Rechtsgleichheit wieder gewährleistet.⁷⁶

Das zweite, das **Diskriminierungsverbot**, schützt Personen davor, einzig wegen «ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird», rechtsungleich behandelt zu werden.⁷⁷ Es handelt sich hierbei um eine qualifizierte Form der Ungleichbehandlung, bei welcher ein **Unterscheidungskriterium** herangezogen wird, das ein fundamentales und nicht oder nur schwer aufgebbares Element der Identität des betroffenen Menschen darstellt.⁷⁸ Es kann sich hierbei etwa um die Herkunft, die Rasse, das Geschlecht, das Alter, die Sprache, die soziale Stellung, die Lebensform, die religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung oder um eine körperliche, geistige oder psychische Behinderung handeln.⁷⁹

Wird direkt an diesen verpönten Kriterien angeknüpft, spricht man von **direkter Diskriminierung**.⁸⁰ Verboten ist grds. auch die **indirekte Diskriminierung**,

⁷⁴ BGE 127 I 1 ff. (3), E. 3a mit Verweis auf BGE 122 II 446 ff. (451), E. 4a; vgl. hierzu auch BIAGGINI, BV, N 14 zu Art. 8 BV m.w.H.; KIENER/KÄLIN, S. 423 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 342 m.w.H.; SCHWEIZER, SGK, N 45 zu Art. 8 BV.

⁷⁵ Urteil des BGer 1P.129/1991 vom 11. November 1991, insbes. E. 3d (ZBl 1992, S. 232 ff.).

⁷⁶ Urteil des BGer 1P.129/1991 vom 11. November 1991, insbes. E. 3d (ZBl 1992, S. 232 ff.).

⁷⁷ BGE 134 I 49 ff. (53), E. 3.1; vgl. auch BGE 132 I 49 ff. (65 f.), E. 8.1; 129 I 217 ff. (223), E. 2.1; 126 II 377 ff. (392 f.), E. 6a; zu den unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich der Schutzrichtung vgl. etwa WALDMANN, BSK, N 50 zu Art. 8 BV.

⁷⁸ BGE 134 I 49 ff. (53), E. 3.1; 132 I 49 ff. (65 f.), E. 8.1; 129 I 217 ff. (223), E. 2.1; 126 II 377 ff. (392 f.), E. 6a; vgl. auch WALDMANN, BSK, N 58 zu Art. 8 BV.

⁷⁹ Vgl. anstelle vieler BGE 132 I 49 ff. (65 f.), E. 8.1; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1913 ff.; WALDMANN, BSK, N 65 ff. zu Art. 8 BV.

⁸⁰ KIENER/KÄLIN, S. 435; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 345; SCHWEIZER, SGK, N 50 zu Art. 8 BV; TSCHUMI, S. 75; WALDMANN, BSK, N 62 zu Art. 8 BV.

wenn also die Anknüpfung an solche Kriterien fehlt, ein Erlass, Rechts- oder Realakt sich faktisch aber derart auswirkt, dass Personen einer vor Diskriminierung geschützten Gruppe ohne genügenden Grund speziell benachteiligt werden.⁸¹ Eine Benachteiligung solcher Personen ist indes nicht absolut verboten, sondern ausnahmsweise zulässig, wenn hierfür ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse spricht und sich die Benachteiligung gesamthaft als verhältnismässig erweist.⁸²

Bestimmten Personen zu verbieten, sich am Bahnhof Bern bei andern Personen aufzuhalten, die Alkohol konsumieren, wurde beispielsweise nicht als Diskriminierung qualifiziert, da sich das Verbot nicht spezifisch gegen bestimmte Gruppen richtete oder wegen bestimmter Merkmale bzw. der Lebensweise der Personen ausgesprochen wurde. Darüber hinaus knüpfte die Massnahme an ein legitimes und gewichtiges öffentliches Interesse an, nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, und war verhältnismässig, da etwa die Züge und andere Bahnhofseinrichtungen weiterhin zugänglich blieben.⁸³

Ebenso erscheint es weder als direkte noch als indirekte Diskriminierung, wenn Angehörigen bestimmter Staaten, in denen Konflikte gewalttätig ausgetragen werden, im Grundsatz der Erwerb von Feuerwaffen verboten wird.⁸⁴ Denn die Staatsangehörigkeit an sich ist kein verpöntes Merkmal, auch betreffen die Waffenverbote nicht nur Personen einer einheitlichen ethnischen, kulturellen oder religiösen Gruppe.⁸⁵ Zudem wird an dem legitimen und gewichtigen öffentlichen Interesse angeknüpft, die öffentliche Sicherheit der Schweiz zu schützen sowie Waffengewalt in ausländischen Konflikten zu verhindern. Schliesslich ist das Verbot insbesondere aufgrund möglicher Ausnahmegewilligungen verhältnismässig.⁸⁶

2. Gebot der gerechten Behandlung

Während Art. 8 BV die Gleichheit der Bürger garantieren soll, zielt **Art. 9 BV** auf deren **gerechte Behandlung**.⁸⁷ Jede Person hat das Recht auf ein Mindest-

⁸¹ BGE 135 I 49 ff. (54), E. 4.1; 134 I 49 ff. (53), E. 3; 132 I 49 ff. (65), E. 8.1; 129 I 392 ff. (397), E. 3.2.2; 129 I 217 ff. (223), E. 2.1; 129 I 167 ff. (169), E. 3; 126 II 377 ff. (392), E. 6; 126 V 70 ff. (73), E. 4c.bb je m.w.H.

⁸² BGE 135 I 49 ff. (59), E. 6.1 m.w.H.; vgl. hierzu auch etwa SCHWEIZER, SGK, N 54 zu Art. 8 BV; WALDMANN, BSK, N 63 zu Art. 8 BV.

⁸³ BGE 132 I 49 ff. (66 f. und 55 f.), E. 6.2 und 5.2.

⁸⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 349; TSCHUMI, S. 74 ff.

⁸⁵ TSCHUMI, S. 75 f.

⁸⁶ TSCHUMI, S. 79 f.; zum öffentlichen Interesse vgl. Kap. 2/2/II, zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

⁸⁷ Vgl. etwa BIAGGINI, BV, N 3 zu Art. 9 BV; KIENER/KÄLIN, S. 398 f.; MOHLER,

mass an Gerechtigkeit, also einen «Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden».⁸⁸

Beim **Willkürverbot** geht es darum, die Bürger vor qualifiziertem Unrecht zu schützen.⁸⁹ Willkürlich ist ein Akt beispielsweise, wenn er «offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen Rechtssatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft».⁹⁰ Nur weil im konkreten Fall eine andere Lösung ebenfalls möglich oder gar zu präferieren gewesen wäre, erscheint ein Entscheid noch nicht als willkürlich.⁹¹ Des Weiteren muss immer das Endergebnis, nicht nur dessen Begründung, als willkürlich erscheinen.⁹² Das Willkürverbot gilt absolut, kann also auch nicht unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.⁹³ Allerdings sind die einzelnen Kriterien, an welchen Willkür festgemacht wird, auslegungsbedürftig und noch nicht klar herausgearbeitet.⁹⁴ Im sicherheitspolizeilichen Bereich könnte es etwa als willkürlich beurteilt werden, wenn die Meldung einer Gefahrenlage oder eine Strafanzeige nicht entgegengenommen wird, nur weil die Person aus kognitiven oder sprachlichen Gründen Mühe hat, die Situation zu beschreiben.⁹⁵

Im sicherheitspolizeilichen Kontext kann auch der zweite Gehalt des Art. 9 BV, nämlich das Prinzip des Handelns nach **Treu und Glauben** und der daraus abgeleitete Vertrauensschutz, bedeutsam sein. Letzteres soll das Verhalten der staatlichen Akteure voraussehbar und verlässlich machen, mit anderen Worten

Polizeirecht, Nr. 352; ROHNER, SGK, N 5 f. zu Art. 9 BV.

⁸⁸ Art. 9 BV.

⁸⁹ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 352; MÜLLER/SCHEFER, S. 5 f.; RHI-NOW/SCHEFER, Nr. 1972 ff.; ROHNER, SGK, N 5 zu Art. 9 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 7 zu Art. 9 BV.

⁹⁰ Urteil des BGer 1C_66/2009 vom 3. Juni 2009, E. 1; vgl. auch BGE 131 I 467 ff. (473 f.), E. 3.1; 127 I 54 ff. (56), E. 2b; 126 I 168 ff. (179), E. 3a; 125 I 166 ff. (168), E. 2a; 125 II 10 ff. (15), E. 3a je m.w.H.

⁹¹ BGE 135 V 2 ff. (4 f.), E. 1.3; 133 I 149 ff. (153), E. 3.1; 132 I 13 ff. (17 f.), E. 5.1; 131 I 467 (473 f.), E. 3.1; Urteil des BGer 6B_937/2009 vom 16. Februar 2010, E. 2.4 je m.w.H.

⁹² BGE 132 III 209 ff. (211), E. 2.1; 131 I 467 ff. (473 f.), E. 3.1; 127 I 54 ff. (56), E. 2b; 126 I 168 ff. (179), E. 3a; 117 Ia 135 ff. (139), E. 2; Urteil des BGer 1C_66/2009 vom 3. Juni 2009, E. 1; 5A_707/2007 vom 8. Februar 2008, E. 3.2.3 je m.w.H.; vgl. zum Ganzen auch BIAGGINI, BV, N 6 und 8 zu Art. 9 BV; KIENER/KÄLIN, S. 402; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 351 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 14; ROHNER, SGK, N 7 zu Art. 9 BV.

⁹³ BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 9 BV; KIENER/KÄLIN, S. 403.

⁹⁴ BIAGGINI, BV, N 8 zu Art. 9 BV.

⁹⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 353.

das Vertrauen der Bürger in den Staat und insbesondere in seine Zusicherungen schützen.⁹⁶ Davon erfasst sind auch etwa sicherheitspolizeiliche Auskünfte, Schutzmassnahmen und Informationspflichten.⁹⁷

Wenn mit einer sicherheitspolizeilichen Behörde vereinbart wird, dass sie Schutzmassnahmen vornimmt, darf auch darauf vertraut werden, dass dies tatsächlich und in hinreichender Weise stattfindet.⁹⁸ Ebenso soll eine Person, die der Polizei eine Gefahrensituation anzeigt, darauf vertrauen dürfen, dass letztere so schnell als möglich adäquat reagiert.⁹⁹ Schliesslich kann das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben beispielsweise verletzt werden, wenn es die Schweizer Vertretung eines anderen Landes trotz Weisung unterlässt, eine in der Schweiz wohnhafte Person, die im besagten Land Opfer einer Straftat wurde, über ihre Entschädigungsansprüche nach dem Opferhilfegesetz zu informieren.¹⁰⁰

IV. Recht auf Leben

1. Abwehransprüche aus dem Recht auf Leben

Polizeiliche Zwangsmittel, insbesondere der Gebrauch von Schusswaffen, die direkt gegen Personen eingesetzt werden, können im gravierendsten Fall zum Tod eines Menschen führen oder zumindest dessen Leben gefährden.¹⁰¹ Das **Recht auf Leben** ist deshalb als Schranke sicherheitspolizeilichen Handelns von ganz besonderer Bedeutung – es ist das primäre Grundrecht, das allen andern zwingend vorgeht.¹⁰² Es umfasst alle physischen und psychischen Funktionen des Menschen, die für ihn lebensnotwendig sind.¹⁰³ Geschützt sind ohne Unter-

⁹⁶ BIAGGINI, BV, N 13 zu Art. 9 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 818; KIENER/KÄLIN, S. 405; MÜLLER/SCHEFER, S. 25; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1990; ROHNER, SGK, N 36 und 39 ff. zu Art. 9 BV.

⁹⁷ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 360; vgl. auch etwa TSCHENTSCHER, BSK, N 16 ff. zu Art. 9 BV.

⁹⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 365.

⁹⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 365.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil des BGer 1C_510/2010 vom 24. März 2011, E. 5.

¹⁰¹ BGE 136 I 87 ff. (96), E. 4.2; vgl. auch HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 30; TSCHENTSCHER, BSK, N 10 zu Art. 10 BV; vgl. des Weiteren BAUMGARTNER, NZZ, zu zwei Schusswaffeneinsätzen in der Stadt Zürich im Jahr 2015, welche zu Verletzten führten; zum Schusswaffeneinsatz vgl. auch Kap. 1/3/IV/2/C.

¹⁰² Vgl. KIENER/KÄLIN, S. 134; MÜLLER/SCHEFER, S. 45; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1263; SCHWEIZER, SGK, N 12 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 1 ff. zu Art. 10 BV.

¹⁰³ BGE 98 Ia 508 ff. (515), E. 4b; EGLI, 2015, S. 64; TSCHENTSCHER, BSK, N 10 zu

schied sämtliche natürliche Personen, lebensunwertes Leben gibt es nicht.¹⁰⁴ In gewissem Umfang zeitigt das Recht auf Leben auch für den Nasciturus Schutzwirkung.¹⁰⁵ Beispielsweise dürfen gegen schwangere Frauen eingesetzte Zwangsmittel auch das ungeborene Kind nicht gefährden, weshalb etwa bei Polizeigewahrsam eine angemessene medizinische Betreuung der werdenden Mutter sowie des Kindes sicherzustellen ist.¹⁰⁶

Primär begründet das Recht auf Leben **Abwehrrechte** gegen den Staat.¹⁰⁷ Letzterem ist es grds. untersagt, gezielt oder in absehbarer Weise den Tod eines Menschen zu bewirken.¹⁰⁸ Für den sicherheitspolizeilichen Bereich heisst dies, dass beim Einsatz von Zwangsmitteln das Leben zu schützen ist und deren Zweck lediglich darin bestehen darf, den Widerstand einer Person zu brechen oder ihre Flucht zu verhindern.¹⁰⁹ Es ist aber keineswegs so, dass keine Situationen existieren, in welchen ein Eingriff in das Recht auf Leben nicht gerechtfertigt werden könnte – es gilt also nicht absolut.¹¹⁰ Dies zeigt auch ein Blick auf die entsprechende Bestimmung in Art. 2 EMRK, welche abschliessend jene Fälle nennt, in welchen eine sicherheitspolizeiliche Gewaltanwendung mit Todesfolge ausnahmsweise keine Verletzung des Rechts auf Leben darstellt.¹¹¹ Dieser Artikel erlaubt nicht das absichtliche Töten, sondern legitimiert primär in Ausnahmesituationen den Einsatz von Zwangsmitteln, welche möglicherweise zum Tod eines Menschen führen können.¹¹² Folglich sind drei Situationen zu unterscheiden:

Art. 10 BV.

¹⁰⁴ BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 10 BV; KIENER/KÄLIN, S. 134; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 366; TSCHENTSCHER, BSK, N 6 zu Art. 10 BV; BGE 98 Ia 508 ff. (515), E. 4b.

¹⁰⁵ BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 10 BV; KIENER/KÄLIN, S. 135 und 58 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 366.; MÜLLER/SCHEFER, S. 47 f. (zurückhaltend); RHINOW/SCHEFER, Nr. 1268; SCHWEIZER, SGK, N 13 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 11 zu Art. 10 BV.

¹⁰⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 366.

¹⁰⁷ BIAGGINI, BV, N 6 zu Art. 10 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 367; TSCHENTSCHER, BSK, N 13 zu Art. 10 BV.

¹⁰⁸ BGE 136 I 87 ff. (96 f.), E. 4.2; FROWEIN/PEUKERT, N 1 und 5 zu Art. 2 EMRK; HAEFELIGER/SCHÜRMAN, S. 9 f.; HUG, S. 16 f.; KIENER/KÄLIN, S. 135; MÜLLER/SCHEFER, S. 49 f.; RHINOW, S. 107; SCHWEGLER, Nr. 142; ZUMSTEG, S. 16 f. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 369.

¹⁰⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 369.

¹¹⁰ BIAGGINI, BV, N 11 zu Art. 10 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 370; SCHWEIZER, SGK, N 18 zu Art. 10 BV; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 28. Februar 2002, E. 4a (SJZ 2002, S. 365 ff.).

¹¹¹ BIAGGINI, BV, N 11 zu Art. 10 BV.

¹¹² Urteil des EGMR 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen

Zum Ersten kann der Einsatz von **Zwangsmitteln**, die grds. **nicht tödlich** sind – zu denken ist etwa an einfache Gewaltanwendung oder Tränengas – in Einzelfällen dennoch den Tod eines Menschen bewirken.¹¹³ Das Recht auf Leben wird dadurch nicht verletzt, sofern die Massnahmen zur Erreichung eines legitimen Ziels verhältnismässig, insbesondere unbedingt erforderlich waren.¹¹⁴

Über diese Voraussetzungen hinaus ist zum Zweiten der Einsatz von **potentiell tödlichen Zwangsmitteln** wie Schusswaffen nur legitim, um «jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen, jemanden rechtmässig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmässig entzogen ist, an der Flucht zu hindern oder einen Aufruhr oder Aufstand rechtmässig niederzuschlagen».¹¹⁵ Im Rahmen der Unterdrückung eines Aufstandes kann eine Tötung aber nur bei schwersten Bedrohungen für den Staat gerechtfertigt werden.¹¹⁶ Auch bei einer Fluchthinderung gelten strenge Anforderungen. So muss nämlich der Flüchtige eine unmittelbare und ernste Gefahr für das Leben eines anderen Menschen darstellen, also im Sinne von Art. 10 BV etwa eines (geplanten) Verbrechens gegen das Leben, die körperliche oder die sexuelle Integrität oder die Freiheit verdächtigt werden.¹¹⁷

Im Vordergrund steht hier also die Notwehr(hilfe). Diese ist gar der einzige Grund, welcher zum Dritten den **gezielten Einsatz von tödlichen Zwangsmitteln** in Extremsituationen zu rechtfertigen vermag.¹¹⁸ Also nur dann, wenn eine

¹¹³ die Schweiz, Nr. 50; vgl. auch HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 30 m.w.H. Vgl. Urteil des EGMR 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz; KIENER/KÄLIN, S. 138; vgl. zu den polizeilichen Zwangsmitteln etwa Kap. 1/3/IV/2/C.

¹¹⁴ KIENER/KÄLIN, S. 138; SCHWEIZER, SGK, N 18 zu Art. 10 BV; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

¹¹⁵ Art. 2 Ziff. 2 EMRK; vgl. auch BGE 136 I 87 ff. (96 f.), E. 4.2; EGLI, 2012, S. 203 m.w.H.; FROWEIN/PEUKERT, N 1 und 5 zu Art. 2 EMRK; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 10 f.; KIENER/KÄLIN, S. 138; SCHWEGLER, Nr. 142; TSCHENTSCHER, BSK, N 15 zu Art. 10 BV; ZUMSTEG, S. 16 ff.; vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung Urteil des EGMR 23458/02 vom 24. März 2011 i.d.S. Giuliani und Gaggio gegen Italien, Nr. 174 ff.

¹¹⁶ FROWEIN/PEUKERT, N 1 und 15 zu Art. 2 EMRK; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 11; SCHWEGLER, Nr. 142.

¹¹⁷ Urteil des EGMR 43577/98 und 43579/98 vom 6. Juli 2005 i.d.S. Nachova gegen Bulgarien, Nr. 95; BGE 136 I 87 ff. (99), E. 4.4; EGLI, 2012, S. 203 m.w.H.; FROWEIN/PEUKERT, N 1 und 13 f. zu Art. 2 EMRK; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 10 f.; KIENER/KÄLIN, S. 137; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 371; vgl. auch HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 36 f. zur diesbezüglichen Praxis des Bundesgerichts.

¹¹⁸ FROWEIN/PEUKERT, N 12 zu Art. 2 EMRK; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 10 f.;

absichtliche Tötung das letzte und einzige Mittel ist, um das Leben eines Menschen zu retten, bewirkt sie keine Verletzung des Rechts auf Leben.¹¹⁹ Wenn immer möglich müssen die sicherheitspolizeilichen Akteure aber darum bemüht sein, lebensbedrohliche Situationen überhaupt nicht entstehen zu lassen.¹²⁰

2. Schutzansprüche aus dem Recht auf Leben

Wie bereits angesprochen wurde,¹²¹ vermittelt insbesondere das Recht auf Leben nicht nur Abwehr-, sondern auch **Schutzansprüche** gegenüber dem Staat: Er, und damit die sicherheitspolizeilichen Behörden, müssen zum Schutz vor ernsten und unmittelbaren Gefährdungen des Lebens der Bürger individuelle Massnahmen ergreifen.¹²²

Diese Pflichten sind aber an die bereits erwähnten **Voraussetzungen** gebunden: So muss unter anderem eine konkrete und unmittelbare Gefahr bestehen, von der die zuständigen Behörden tatsächlich wissen (bzw. hätten wissen müssen),¹²³ und die dagegen gerichtete Massnahme sowohl geeignet erscheinen, die Gefahr

KIENER/KÄLIN, S. 138; MÜLLER/SCHEFER, S. 51 f.; SCHWEIZER, SGK, N 18 zu Art. 10 BV; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 28. Februar 2002, E. 4a (SJZ 2002, S. 365 ff.).

¹¹⁹ BIAGGINI, BV, N 11 zu Art. 10 BV; EGLI, 2012, S. 203 m.w.H.; HENSLE, Schusswaffengebrauch, S. 30; HUG, S. 18; KIENER/KÄLIN, S. 138; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 370 und 372; MÜLLER/SCHEFER, S. 51 f.; SCHWEIZER, SGK, N 18 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 14 zu Art. 10 BV; vgl. ausführlich die Beurteilung der Strafbarkeit des Graubündner Kantonspolizeikommandanten, der die Tötung eines Amokschützen anordnete, im Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 28. Februar 2002, E. 3 ff. (SJZ 2002, S. 365 ff.).

¹²⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 370.

¹²¹ Kap. 2/3/I zu den grundrechtlichen (Abwehr- und) Schutzansprüchen.

¹²² Vgl. etwa BESSON, S. 74 m.w.H.; BIAGGINI, BV, N 7 zu Art. 35 BV; EGLI, 2015, S. 64; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 345a; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 12; KELLER/BÜR, S. 1150; MÜLLER/SCHEFER, S. 53 m.w.H.; PÉTERMANN, S. 214 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1175 und 1177; SCHWEIZER, SGK, N 51 zu Art. 10 BV; SUTTER, Naturgefahren, S. 178; TSCHENTSCHER, BSK, N 19 zu Art. 10 BV; ZUMSTEG, S. 21 m.w.H.; Urteil des EGMR 74448/12 vom 18. September 2014 i.d.S. Bljakaj u.a. gegen Kroatien, Nr. 104; 37703/97 vom 24. Oktober 2002 i.d.S. Mastromatteo gegen Italien, Nr. 67; BGE 126 II 300 ff. (314 f.), E. 5; 119 Ia 28 ff. (31), E. 2.

¹²³ Urteil des EGMR 25965/04 vom 7. Januar 2010 i.d.S. Rantsev gegen Zypern und Russland, Nr. 219; 25385/04 vom 15. Januar 2009 im Fall Medova gegen Russland, Nr. 96; 46477/99 vom 14. März 2002 i.d.S. Paul und Audrey Edwards gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 55; 23452/94 vom 28. Oktober 1998 i.d.S. Osman gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 116; BESSON, S. 85 f.; KÄLIN/KIENER, S. 40.

abwehren zu können,¹²⁴ als auch mit Blick auf die Kapazitäten und Ressourcen den Sicherheitsbehörden zumutbar sein.¹²⁵

Die sicherheitspolizeilichen Akteure haben insbesondere zu intervenieren, wenn sie von einer Person in einer entsprechenden Gefahrensituation **um Hilfe gerufen** werden.¹²⁶ Speziell zu erwähnen ist die Pflicht, im Falle häuslicher Gewalt einzugreifen.¹²⁷

Schutzpflichten können aber nicht nur zur Anwendung gelangen, wenn eine oder mehrere individuell bestimmbare Personen das mögliche Ziel einer lebensgefährlichen Handlung sind, sondern können auch einen **generellen Schutz der Gesellschaft** erfordern, wenn eine Person beispielsweise geistig verwirrt und gefährlich erscheint.¹²⁸

Erst recht obliegen den Sicherheitsbehörden Schutzpflichten, wenn sie selbst für die **lebensbedrohliche Situation mitverantwortlich** sind.¹²⁹ So muss die Polizei beispielsweise eine medizinische Untersuchung und Betreuung in die Wege leiten, wenn sie eine kranke Person festnimmt oder eine Person bei der Festnahme verletzt.¹³⁰

¹²⁴ Urteil des EGMR 25965/04 vom 7. Januar 2010 i.d.S. Rantsev gegen Zypern und Russland, Nr. 219; 25385/04 vom 15. Januar 2009 im Fall Medova gegen Russland, Nr. 96; 46477/99 vom 14. März 2002 i.d.S. Paul und Audrey Edwards gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 55.

¹²⁵ Vgl. die eben zitierten Urteile und BGE 126 II 300 ff. (315), E. 5b; Urteil des EGMR 74448/12 vom 18. September 2014 i.d.S. Bljakaj u.a. gegen Kroatien, Nr. 105 f.; vgl. auch BESSON, S. 84 ff.; EGLI, 2015, S. 64 m.w.H.; KÄLIN/KIENER, S. 40; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 306 f.; TSCHENTSCHER, BSK, N 19 zu Art. 10 BV.

¹²⁶ Vgl. Urteil des Zürcher Kassationsgerichts vom 17. Juni 1987, E. 2 (ZBl 1987, S. 545 ff.).

¹²⁷ Vgl. PÉTERMANN, S. 219 ff. m.w.H.

¹²⁸ Urteil des EGMR 74448/12 vom 18. September 2014 i.d.S. Bljakaj u.a. gegen Kroatien, Nr. 108 und 121 ff.

¹²⁹ TSCHENTSCHER, BSK, N 19 zu Art. 10 BV.

¹³⁰ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 417; MÜLLER/SCHEFER, S. 53; Urteil des EGMR 28300/06 vom 20. Januar 2009 i.d.S. Slawomir Musial gegen Polen, Nr. 86 f.; 9375/02 vom 9. Oktober 2007 i.d.S. Saoud gegen Frankreich, Nr. 98 ff.

3. Das Recht auf Leben in der sicherheitspolizeilichen Praxis

Das Recht auf Leben hat indes nicht nur Auswirkungen auf den sicherheitspolizeilichen Eingriff im engeren Sinn, sondern hat **Folgen für sämtliche Stadien eines Polizeieinsatzes**.¹³¹

Für den sicherheitspolizeilichen Bereich ist zum einen die Pflicht des Staates zu betonen, sich in jeder Sicherheitsbehörde um eine genügende **Ausbildung, Kontrolle, Planung und Struktur** zu kümmern.¹³² Er muss die Polizisten so ausbilden, dass sie die Voraussetzungen und Modalitäten einer Gewaltanwendung kennen.¹³³ Er muss Massnahmen ergreifen, um willkürliche oder sogar missbräuchliche Gewalt sowie Unfälle zu verhindern.¹³⁴ Er muss seine Angestellten genügend ausrüsten und instruieren, sodass sie für konkrete Einsätze gewappnet sind und er muss durch eine geeignete Struktur für klare Abläufe und Verantwortlichkeiten sorgen.¹³⁵ Dazu gehört auch die Pflicht des Gesetzgebers, sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten zu regeln, die das Leben gefährden können, wobei in erster Linie an eine genügende Normierung des Schusswaffeneinsatzes, aber auch etwa eine Regulierung des Einsatzes von Tränengas zu denken ist.¹³⁶

Entsprechend kann eine Verletzung des Rechts auf Leben durch sicherheitspolizeiliche Behörden auch allein deshalb vorliegen, weil letztere ein Organisationsverschulden trifft, sie etwa nicht dafür gesorgt haben, dass das Leben einer Person durch sicherheitspolizeiliche Massnahmen nicht gefährdet wird.¹³⁷

¹³¹ ZUMSTEG, S. 16 ff.

¹³² Urteil des EGMR 50196/99 vom 17. März 2005 i.d.S. Bubbins gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 135 und 141 ff.; EGLI, 2012, S. 204 m.w.H.; ZUMSTEG, S. 18; zur diesbezüglichen Ausgestaltung im Schweizer Recht ZUMSTEG, S. 22 ff.

¹³³ Ausführlich und m.w.H. PÉTERMANN, S. 225 f.

¹³⁴ ZUMSTEG, S. 18 mit Verweis auf das Urteil des EGMR 50385/99 vom 20. Dezember 2014 i.d.S. Makaratzis gegen Griechenland, Nr. 58; 43577/98 und 43579/98 vom 6. Juli 2005 i.d.S. Nachova gegen Bulgarien, Nr. 97; 18984/91 27. September 1995 i.d.S. McCann gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 202 ff. ¹³⁵ ZUMSTEG, S. 18, u.a. mit Verweis auf das Urteil des EGMR 50385/99 vom 20. Dezember 2014 i.d.S. Makaratzis gegen Griechenland, Nr. 59 ff., 70 und 76 ff.; vgl. ausführlich und m.w.H. PÉTERMANN, S. 225 f.

¹³⁶ Urteil des EGMR 44827/08 vom 16. Juli 2013 i.d.S. Abdullah Yaşa u.a. gegen die Türkei, Nr. 43; 22746/03 vom 9. November 2009 i.d.S. Ölmez u.a. gegen die Türkei, Nr. 63 ff.; 50385/99 vom 20. Dezember 2004 i.d.S. Makaratzis gegen Griechenland, Nr. 58 ff.; vgl. auch etwa BGE 136 I 87 ff. (94 ff.), E. 4; EGLI, 2015, S. 64; EGLI, 2012, S. 203; ausführlich und m.w.H. PÉTERMANN, S. 222 ff.

¹³⁷ TSCHENTSCHER, BSK, N 6 zu Art. 10 BV.

Zum andern ist für den sicherheitspolizeilichen Bereich wichtig, dass aus dem Recht auf Leben auch die Pflicht des Staates fließt, nach einem Einsatz mit Schadensfolge – wenn also individuelle präventive Schutzmassnahmen nicht mehr möglich sind – unabhängige, unparteiische und sorgfältige **Untersuchungen** aufzunehmen und zu überprüfen, ob die Gewaltanwendung legitim war und wer hierfür die Verantwortung getragen hat.¹³⁸ Diese Untersuchungspflicht wurde zwar am Recht auf Leben entwickelt, ist aber auch auf weitere Grundrechte wie den Schutz auf Privatsphäre nach Art. 13 Abs. 1 BV anwendbar.¹³⁹

V. Persönliche Freiheit

1. Ansprüche aus dem Recht auf persönliche Freiheit

«Jeder Mensch hat das Recht auf **persönliche Freiheit**», was in einem **weiteren Sinne** sämtliche grundlegenden Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung schützt, insbesondere das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Kap. 2/3/V/3) sowie einen Anspruch auf Bewegungsfreiheit (Kap. 2/3/V/2) beinhaltet.¹⁴⁰ Im Sinne eines unantastbaren Kerngehalts des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit sind Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung verboten (Kap. 2/3/V/4).¹⁴¹

¹³⁸ Vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 11; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 313 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 55 f.; PÉTERMANN, S. 242 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 20 zu Art. 10 und N 24 zu Art. 35 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 22 zu Art. 10 BV; ZUMSTEG, S. 20; Urteil des EGMR 23458/02 vom 24. März 2011 i.d.S. Giuliani und Gaggio gegen Italien, Nr. 208 ff., 244 ff. und 298 ff.; 27065/05 vom 2. Dezember 2010 i.d.S. Abuyeva u.a. gegen Russland, Nr. 204 ff.; 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz, Nr. 74 ff.; 36088/97 und 38417/97 vom 24. Mai 2005 i.d.S. Acar u.a. gegen die Türkei, Nr. 72 ff.; 50196/99 vom 17. März 2005 i.d.S. Bubbins gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 137; 8939/99 vom 30. November 2004 i.d.S. Öneriyildiz gegen die Türkei, Nr. 95; 24746/94 vom 4. Mai 2001 i.d.S. Hugh Jordan gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 105 ff.; 18984/91 vom 27. September 1995 i.d.S. McCann gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 161 und 163; zur diesbezüglichen Ausgestaltung im Schweizer Recht ZUMSTEG, S. 23.

¹³⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 313.

¹⁴⁰ Art. 10 Abs. 2 BV; BGE 127 I 6 ff. (12), E. 5a; 123 I 112 ff. (118), E. 4a; 118 Ia 427 ff. (434), E. 4b; BIAGGINI, BV, N 16 zu Art. 10 BV; EGLI, 2012, S. 205 ff. m.w.H.; KIENER/KÄLIN, S. 144 ff., 149 ff. und 154; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 373 ff. und 379 ff.

¹⁴¹ BIAGGINI, BV, N 25 zu Art. 10 BV; EGLI, 2015, S. 60; EGLI, 2012, S. 200; HAEF-

Der Schutzbereich der **persönlichen Freiheit i.e.S.** umfasst diejenigen Tätigkeiten, die zu einem selbstbestimmten Leben in Würde und Freiheit zwingend dazugehören, vermittelt hingegen keine generelle Handlungsfreiheit und schützt auch nicht vor physischem oder psychischem Unbehagen – kleine Beschränkungen von reinen Alltagsbedürfnissen müssen deshalb grds. hingenommen werden.¹⁴²

2. Bewegungsfreiheit

Von vorrangiger Bedeutung im sicherheitspolizeilichen Bereich ist der Schutz der **Bewegungsfreiheit**, welche das Recht verleiht, sich nach eigenem Willen und ohne staatliche Beschränkung fortzubewegen, aber ebenfalls keine generelle Handlungsfreiheit beinhaltet.¹⁴³ Sie wird sowohl durch einen Freiheitsentzug, als auch durch eine Freiheitsbeschränkung beeinträchtigt.¹⁴⁴

Der **Freiheitsentzug** – etwa in Form des Polizeigewahrsams – stellt einen schwereren Eingriff dar, weshalb die Verfahrensgarantien von Art. 31 BV sowie Art. 5 Ziff.1 EMRK zu beachten sind.¹⁴⁵ Bereits die Unterscheidung von Freiheitsentzug und -beschränkung ist nicht immer klar, und wird anhand der gesamten Umstände, etwa der Dauer, Art, Wirkung und Modalitäten der Massnahme vorgenommen.¹⁴⁶ Beispielsweise wurden eine mehrstündige Festnahme und das Abnehmen der persönlichen Gegenstände sowie die vierstündige Unterbringung in einer Zelle als Freiheitsentzug beurteilt.¹⁴⁷ Ebenso gab eine Einkes-

LIGER/SCHÜRMAN, S. 12 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 160; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 405 und 407; MÜLLER/SCHEFER, S. 57 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1290; SCHWEIZER, SGK, N 42 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 61 zu Art. 10 BV.

¹⁴² BIAGGINI, BV, N 22 zu Art. 10 BV; KIENER/KÄLIN, S. 146; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 393; SCHWEIZER, SGK, N 38 ff. zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 32 ff. zu Art. 10 BV; BGE 130 I 369 ff. (373), E. 2.

¹⁴³ BIAGGINI, BV, N 19 zu Art. 10 BV; KIENER/KÄLIN, S. 154 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 82 f. und 139 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 33 zu Art. 10 BV; vgl. auch BGE 90 I 29 ff. (34), E. 3.

¹⁴⁴ BIAGGINI, BV, N 19 zu Art. 10 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 352 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 84 f.; vgl. die Unterscheidung in Kap. 1/3/IV/1/F zum Gewahrsam.

¹⁴⁵ BIAGGINI, BV, N 19 zu Art. 10 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 352; KIENER/KÄLIN, S. 155 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 389; MÜLLER/SCHEFER, S. 85 und 88 ff.; Urteil des EGMR 15598/08 vom 7. März 2013 i.d.S. Ostendorf gegen Deutschland, Nr. 75 ff.; vgl. hierzu Kap. 1/3/IV/1/F.

¹⁴⁶ Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, E. 3.3; vgl. auch EGLI, 2015, S. 67 m.w.H.; TSCHENTSCHER, BSK, N 64 f. zu Art. 10 BV.

¹⁴⁷ Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, E. 3.3; Urteil des EGMR

selung und anschliessende Festnahme anlässlich einer unbewilligten 1. Mai-Demonstration, welche insgesamt rund sechs Stunden dauerten, Anspruch auf die Verfahrensgarantien von Art. 31 BV.¹⁴⁸

Wird eine Person hingegen lediglich auf den Polizeiposten verbracht, taxiert die Rechtsprechung dies grds. lediglich als **Freiheitsbeschränkung**.¹⁴⁹ Hierbei bereitet des Weiteren die Abgrenzung zwischen geringfügigen Beeinträchtigungen der Fortbewegungsmöglichkeit, welche keine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV darstellen, und tatsächlichen Eingriffen in die Bewegungsfreiheit, oft Schwierigkeiten.¹⁵⁰ Etwa Fahrverbote oder Absperrungen im Brandfall, bei Naturgefahren oder Unfällen, berühren die Bewegungsfreiheit grds. nicht.¹⁵¹ Kurzfristige Anhaltungen durch die Polizei zur Identitätskontrolle und erst recht Wegweisungs- oder Fernhaltungsmassnahmen fallen hingegen in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV.¹⁵² Unter Umständen kann gar eine Videoüberwachung die Bewegungsfreiheit tangieren, da bereits die Tatsache, dass die Behörden mittels Videoüberwachung Informationen sammeln könnten, ja die schlichte Präsenz von Kameras, die Betroffenen in ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen vermag.¹⁵³

Ob tatsächlich eine Verletzung vorliegt, ist anhand einer **Verhältnismässigkeitsprüfung** festzustellen.¹⁵⁴ So wurden etwa Wegweisungsverfügungen nicht

¹⁴⁸ 15598/08 vom 7. März 2013 i.d.S. Ostendorf gegen Deutschland, Nr. 75 ff. Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, insbes. E. 3.7; vgl. zu den Einkesselungen zur Massenkontrolle auch TSCHENTSCHER, BSK, N 66 zu Art. 10 BV.

¹⁴⁹ BGE 136 I 87 ff. (108), E. 6.5.3 m.w.H.

¹⁵⁰ BIAGGINI, BV, N 19 zu Art. 10 BV.

¹⁵¹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 394; BGE 128 I 327 ff. (344), E. 4.3.2; vgl. auch SCHWEIZER, SGK, N 37 zu Art. 10 BV mit weiteren Beispielen; TSCHENTSCHER, BSK, N 67 zu Art. 10 BV, weist darauf hin, dass Art. 10 Abs. 2 BV generell nicht beeinträchtigt wird, wenn es bloss um die Modalitäten der Bewegung geht.

¹⁵² HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 353; KIENER/KÄLIN, S. 155 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 386 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1297; SCHWEIZER, SGK, N 35 zu Art. 10 BV; vgl. auch Urteil des BGer 1C_370/2013 vom 14. Oktober 2013, E. 5 zu einer Ausreisebeschränkung zur Verhinderung der Gewaltausübung bei Sportanlässen im Ausland.

¹⁵³ Urteil des BGer 1C_315/2009 vom 13. Oktober 2010, E. 2.2; BGE 130 II 425 ff. (448), E. 6.6; 113 Ia 1 ff. (5 f.), E. 4b.bb; SCHWEIZER, SGK, N 35 zu Art. 10 BV; kritisch MÜLLER, Videoüberwachung, S. 94 f. m.w.H.; zum einen sei bei einer Datenbearbeitung Art. 13 Abs. 2 BV lex specialis zu Art. 10 Abs. 2 BV, zum andern sei insbesondere die Einschränkung der Bewegungsfreiheit zu wenig stark, um tatsächlich einen Eingriff bewirken zu können.

¹⁵⁴ Vgl. etwa MOHLER, Polizeirecht, Nr. 387; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

als Verletzung beurteilt, mit welchen den Betroffenen einzig verboten wurde, sich in einem bestimmten Bereich eines Bahnhofs aufzuhalten, die Züge und andere Bahnhöfeinrichtungen hingegen weiterhin zugänglich blieben.¹⁵⁵ Hingegen wurde ein Journalist «klarerweise» in seiner Bewegungsfreiheit beeinträchtigt, als ihm die Polizei seine Reise nach Davos ans WEF mittels eines öffentlichen Verkehrsmittels verweigerte.¹⁵⁶

3. Körperliche und geistige Unversehrtheit

Der Anspruch auf **körperliche Unversehrtheit** beinhaltet einen Schutz natürlicher Personen gegen sämtliche Eingriffe in ihre Physis – egal, ob diese beispielsweise mit Schmerzen verbunden oder nicht wahrnehmbar sind, sich tatsächlich schädigend auswirken oder aber ohne (sichtbare) Folgen bleiben, gravierend oder eher harmlos erscheinen.¹⁵⁷ So greift etwa die Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs zur DNA-Analyse,¹⁵⁸ eine Haarentnahme zwecks Drogentests,¹⁵⁹ eine Blutentnahme¹⁶⁰ und gar eine körperliche Durchsuchung¹⁶¹ in das Recht auf körperliche Unversehrtheit ein. Diese Massnahmen gelten aber grds. als leichter Eingriff.¹⁶²

Der Anspruch auf **geistige Unversehrtheit** schützt die unbeeinflusste Wahrnehmungs- und Entscheidungsfähigkeit der Menschen und verbietet dem Staat, deren Bewusstsein und die Willensbildung etwa durch Verabreichung von bewusstseinsverändernden Substanzen wie Alkohol, Medikamenten oder Drogen zu verfälschen oder sie psychisch unter Druck zu setzen.¹⁶³

¹⁵⁵ BGE 132 I 49 ff. (55 f.), E. 5.2; vgl. bereits Kap. 1/3/IV/1/E.

¹⁵⁶ BGE 130 I 369 ff. (373), E. 2.

¹⁵⁷ BIAGGINI, BV, N 20 zu Art. 10 BV; EGLI, 2012, S. 206; KIENER/KÄLIN, S. 149; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 373 ff. je m.w.H.; MÜLLER/SCHEFER, S. 71; SCHWEIZER, SGK, N 23 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 51 zu Art. 10 BV.

¹⁵⁸ BGE 128 II 259 ff. (268 ff.), E. 3.2 f.

¹⁵⁹ Urteil des BGer 1P.528/1995 vom 19. Dezember 1995, E. 2a.

¹⁶⁰ BGE 124 I 80 ff. (81), E. 2c; 112 Ia 248 ff. (249), E. 3.

¹⁶¹ TSCHENTSCHER, BSK, N 51 zu Art. 10 BV mit Verweis auf BGE 140 I 2 ff. (30), E. 10.3; vgl. hierzu auch etwa Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.3 ff.

¹⁶² SCHWEIZER, SGK, N 24 zu Art. 10 BV; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 348, allerdings zu vergleichbaren Massnahmen im medizinischen Bereich.

¹⁶³ BIAGGINI, BV, N 21 zu Art. 10 BV; EGLI, 2012, S. 206; KIENER/KÄLIN, S. 151; SCHWEIZER, SGK, N 25 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 53 f. zu Art. 10 BV.

Beide Ansprüche werden im Zusammenhang mit polizeilichen (Zwangs-)Massnahmen regelmässig tangiert.¹⁶⁴ Um rechtmässig zu sein, müssen letztere entsprechend **verhältnismässig** ausgeübt werden: Handschellen dürfen nicht zu eng und damit schmerzhaft angelegt, unbequeme Stellungen nicht zu lange verlangt und Schlagstöcke nur sachgemäss verwendet werden, um Schmerzen und Verletzungsfolgen zu minimieren.¹⁶⁵ Dies bedingt wiederum, dass die sicherheitspolizeilichen Akteure gut ausgebildet, ausgerüstet, geführt und ihre Einsätze den Umständen entsprechend geplant werden.¹⁶⁶

4. Verbot der Folter und jeder Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung

Im Sinne eines unantastbaren **Kerngehalts** des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit sieht Art. 10 Abs. 3 BV analog zu Art. 3 EMRK vor, dass «Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung» verboten sind.¹⁶⁷ Was unter diesen offenen Begriffen zu verstehen ist, sagen weder die BV noch die dazugehörigen Materialien, deren Tragweite kann allerdings aus der reichen Rechtsprechung des EGMR abgeleitet werden.¹⁶⁸

Demnach bezeichnet **Folter** eine absichtliche unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, die schwerste physische oder psychische Schmerzen oder Leiden bewirkt.¹⁶⁹ Während die Folter zweckgerichtet ist, etwa dazu dienen soll, den Widerstand einer Person zu brechen und von ihr ein Geständnis zu erlangen, ist für die Annahme einer grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung keine besondere Absicht, kein spezielles Ziel vorausgesetzt.¹⁷⁰ **Grau-**

¹⁶⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 376.

¹⁶⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 376; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

¹⁶⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 377 m.w.H.

¹⁶⁷ BIAGGINI, BV, N 25 zu Art. 10 BV; EGLI, 2015, S. 60; EGLI, 2012, S. 200; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 12 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 160; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 405 und 407; MÜLLER/SCHEFER, S. 57 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1290; SCHWEIZER, SGK, N 42 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 61 zu Art. 10 BV.

¹⁶⁸ BIAGGINI, BV, N 26 zu Art. 10 BV; EGLI, 2015, S. 60; EGLI, 2012, S. 200; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 410; MÜLLER/SCHEFER, S. 57.

¹⁶⁹ BIAGGINI, BV, N 26 zu Art. 10 BV; EGLI, 2012, S. 200 m.w.H.; HÄFFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 366; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 12; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 410; TSCHENTSCHER, BSK, N 60 zu Art. 10 BV.

¹⁷⁰ KIENER/KÄLIN, S. 161.

sam und unmenschlich bezieht sich dabei auf das Verursachen psychischer oder physischer Leiden, **erniedrigend** auf einen Angriff auf die Persönlichkeit des Betroffenen, auf eine Demütigung, eine Entwürdigung.¹⁷¹ Bei dieser Begriffsumschreibung wird der enge Zusammenhang zur Menschenwürde offensichtlich, weshalb auch auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.¹⁷²

Wann Art. 10 Abs. 3 BV durch sicherheitspolizeiliche Handlungen tatsächlich verletzt werden, muss jeweils mit Blick auf die **konkreten Umstände des Einzelfalls**, etwa anhand deren Dauer oder deren körperlichen und seelischen Folgen, allenfalls auch anhand des Geschlechts, Alters oder Gesundheitszustands der betroffenen Person beurteilt werden.¹⁷³ Bei **Polizeieinsätzen** kann generell gesagt werden, dass es gegen Art. 10 Abs. 3 BV verstösst, wenn Gewalt angewendet wird, die mit Blick auf das Verhalten des Betroffenen nicht erforderlich ist.¹⁷⁴

Im Einzelnen liegt beispielsweise Folter vor, wenn ein Polizist eine Person an den Haaren zieht, sie zwingt, auf einem Korridor hin und her zu rennen, ihr den Penis zeigt und auf sie uriniert.¹⁷⁵ Auch die Vergewaltigung einer Person in Polizeigewahrsam müsste als Folter qualifiziert werden, erscheint das Opfer in dieser Situation doch zum einen verletzlich sowie wehrlos und erleidet zum andern sowohl physisch als auch psychisch schwere Beeinträchtigungen.¹⁷⁶

Des Weiteren können je nach den Umständen des Einzelfalls erzwungene unangenehme oder gar extrem schmerzhafte Positionen wie etwa das «Palästinensische Hängen», bei welchem einer nackten Person die Arme hinter dem Rücken

¹⁷¹ BIAGGINI, BV, N 26 zu Art. 10 BV; EGLI, 2012, S. 200 m.w.H.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 366; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 13; MÜLLER/SCHEFER, S. 57 ff.

¹⁷² EGLI, 2012, S. 200; Kap. 2/3/II.

¹⁷³ EGLI, 2012, S. 200; FROWEIN/PEUKERT, N 3 zu Art. 3 EMRK; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 413; MÜLLER/SCHEFER, S. 61 ff.; Urteil des EGMR 23380/09 vom 21. November 2013 i.d.S. Bouyid gegen Belgien, insbes. Nr. 49 ff.; 46423/06 vom 25. Juni 2009 i.d.S. Beganović gegen Kroatien, Nr. 64.

¹⁷⁴ EGLI, 2015, S. 60 mit Verweis auf das Urteil des EGMR 74010/11 vom 24. September 2013 i.d.S. Dembele gegen die Schweiz, insbes. Nr. 45 ff.; Urteil des BGer 6B_391/2013 vom 27. Juni 2013, E. 1.2 und 1.4; eine Verletzung wurde dagegen etwa im Urteil des EGMR 66773/13 vom 20. November 2014 i.d.S. Perrillat-Bottonet gegen die Schweiz, insbes. Nr. 45 ff. verneint.

¹⁷⁵ Urteil des EGMR 25803/94 vom 28. Juli 1999 i.d.S. Selmouni gegen Frankreich, Nr. 103.

¹⁷⁶ Urteil des EGMR 839/02 vom 24. Januar 2008 i.d.S. Maslova und Nalbandov gegen Russland, Nr. 107.

zusammengebunden und hochgezogen werden,¹⁷⁷ sowie Verstümmelungen und andere sehr schmerzhaft oder schädigende körperliche Eingriffe gegen Art. 10 Abs. 3 BV verstossen. Das gleiche gilt für indirekte Eingriffe durch Beschallung, extreme Lichteinflüsse, sehr hohe oder tiefe Temperaturen.¹⁷⁸ Schliesslich erscheint es grausam, wenn eine Person in Polizeigewahrsam durch Schläge auf die Geschlechtsteile gequält wird,¹⁷⁹ oder erniedrigend, wenn sie während des Gewahrsams ihre mit Fäkalien beschmutzten Kleider tragen und sich in dieser Situation einer Befragung unterziehen muss^{180 181}.

VI. Schutz der Privatsphäre

1. Ansprüche aus dem Recht auf Privatsphäre

Gegenüber Art. 10 Abs. 2 BV, welcher primär die physische und psychische Integrität des Menschen im Blickfeld hat, geht es bei Art. 13 BV (bzw. Art. 8 EMRK) in erster Linie um den Schutz der Lebensgestaltung des Menschen als soziales Wesen.¹⁸² Seine Privatsphäre soll respektiert werden, sodass er seine Persönlichkeit frei entwickeln und entfalten kann, insbesondere ohne am Kontakt mit anderen Personen gehindert oder etwa ausgeforscht zu werden.¹⁸³ Gemäss Art. 13 Abs. 1 BV hat jede Person «Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs».

Der Anspruch auf **Achtung des Privatlebens** kann als Recht beschrieben werden, seinen Lebensstil frei zu wählen, seine Freizeit zu gestalten und mit anderen Personen Beziehungen zu pflegen.¹⁸⁴ Er beinhaltet insbesondere das Recht, dass der Geheim- und Intimbereich respektiert wird und speziell einen Anspruch

¹⁷⁷ Urteil des EGMR 21987/93 vom 18. Dezember 1996 i.d.S. Aksoy gegen die Türkei, Nr. 64.

¹⁷⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 411.

¹⁷⁹ Urteil des EGMR 59584/00 vom 1. April 2004 i.d.S. Rivas gegen Frankreich, Nr. 39.

¹⁸⁰ Urteil des EGMR 17549/90 vom 3. April 1992 i.d.S. Hurtado gegen die Schweiz, Nr. 59 ff.

¹⁸¹ Für weitere Beispiele vgl. etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 59 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 44 zu Art. 10 BV.

¹⁸² BREITENMOSER, SGK, N 4 zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, S. 166; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 431; MÜLLER/SCHEFER, S. 139; vgl. auch DIGGELMANN, BSK, N 6 f. zu Art. 13 BV; EGLI, 2015, S. 68.

¹⁸³ KIENER/KÄLIN, S. 167.

¹⁸⁴ BGE 103 Ia 293 ff. (295), E. 4a.

auf sexuelle Selbstbestimmung.¹⁸⁵ Zudem gehört der Name und seine Verwendung zum geschützten Privatleben, weshalb jede Person selbst entscheiden kann, ob sie jemandem ihren Namen bekanntgeben will und grds. niemand zum Tragen eines Identitätsausweises verpflichtet ist.¹⁸⁶

Im sicherheitspolizeilichen Bereich kann der Anspruch auf Achtung des Privatlebens folglich durch erkennungsdienstliche Massnahmen, technische und andere verdeckte Überwachungsmassnahmen oder auch etwa die Verpflichtung, ein Namensschild zu tragen, tangiert werden.¹⁸⁷

Der Anspruch auf **Achtung des Familienlebens** schützt das Zusammenleben und die Beziehungen von Familienmitgliedern, wobei der Begriff der «Familie» weit zu verstehen ist und sämtliche familiären Beziehungsformen umfasst, die tatsächlich gelebt werden und eine gewisse Intensität und Stabilität aufweisen.¹⁸⁸

Dieser Anspruch ist im sicherheitspolizeilichen Bereich v.a. von Bedeutung, wenn Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen zu beurteilen sind, insbesondere, wenn sie sich gegen Ausländer richten.¹⁸⁹

Der Anspruch auf **Achtung der Wohnung** schützt die Bürger vor staatlichen Beeinträchtigungen in Form von Eindringen, Durchsuchen, Aushorchen, Auspähen oder Zugangsbeschränkungen.¹⁹⁰ Als Wohnung gelten dabei sämtliche Räumlichkeiten, die angesichts der Art ihrer Benutzung dem Privatbereich zugeordnet werden, so etwa die Wohnung i.e.S., Balkone, Hotelzimmer, Ferienhäuser, Wohnwagen, Garagen, umzäunte Gärten und in beschränktem Umfang auch Geschäftsräume.¹⁹¹

¹⁸⁵ BGE 126 II 425 ff. (432 ff.), E. 4c; 120 Ia 147 ff. (149 f.), E. 2a; 119 II 264 ff. (284), E. 5; vgl. hierzu auch BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 13 BV; BREITENMOSER, SGK, N 8 ff. zu Art. 13 BV; DIGGELMANN, BSK, N 11 zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, S. 168; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 441; MÜLLER/SCHEFER, S. 139 ff.

¹⁸⁶ KIENER/KÄLIN, S. 168 mit Verweis auf BGE 109 Ia 146 ff. (150), E. 4b sowie Urteil des BGer 1P.645/1994 vom 31. Januar 1995.

¹⁸⁷ BIAGGINI, BV, N 5 zu Art. 13 BV mit Verweis auf BGE 129 V 323 ff. (325), E. 3.3.3; 124 I 85 ff. (87), E. 2b.

¹⁸⁸ BIAGGINI, BV, N 6 zu Art. 13 BV; DIGGELMANN, BSK, N 17 f. zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, S. 169 f.; vgl. auch BREITENMOSER, SGK, N 29 ff. zu Art. 13 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 234 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1358 ff.

¹⁸⁹ BREITENMOSER, SGK, N 44 ff. zu Art. 13 BV; DIGGELMANN, BSK, N 20 ff. zu Art. 13 BV; EGLI, 2012, S. 207; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 382; KIENER/KÄLIN, S. 170 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 241 ff.

¹⁹⁰ BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 13 BV; BREITENMOSER, SGK, N 62 zu Art. 13 BV m.w.H.; KIENER/KÄLIN, S. 174; MÜLLER/SCHEFER, S. 183 ff.

¹⁹¹ BIAGGINI, BV, N 9 zu Art. 13 BV; BREITENMOSER, SGK, N 61 zu Art. 13 BV; DIGGELMANN, BSK, N 25 zu Art. 13 BV; EGLI, 2012, S. 207; HÄFE-

Im sicherheitspolizeilichen Bereich ist dieser Teilgehalt des Schutzes der Privatsphäre v.a. im Rahmen von Hausdurchsuchungen und Überwachungsmaßnahmen zu berücksichtigen.¹⁹² Werden etwa zum Wohnungsbegriff gehörende Aussenräume wie Balkons oder umgrenzte Gärten von einer sicherheitspolizeilichen Videoüberwachung erfasst, tangiert dies den Anspruch auf Achtung der Wohnung.¹⁹³

Der Anspruch auf **Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs** schliesslich umfasst den Schutz von Kommunikationsmitteln wie Post, Telegraf, Telefon aber auch SMS, MMS, Pager, E-Mail oder Internet.¹⁹⁴ Eine sicherheitspolizeiliche Überwachung dieser Kommunikationsmittel, welche auch Informationen aus dem Privatbereich erfasst, greift schwer in das Fernmeldegeheimnis der betroffenen Personen ein, weshalb den Anforderungen von Art. 36 BV zu genügen ist.¹⁹⁵ Diesbezüglich kann auf die entsprechenden Ausführungen im ersten Teil dieser Arbeit verwiesen werden.¹⁹⁶

2. Informationelle Selbstbestimmung

Art. 13 Abs. 2 BV enthält eine Konkretisierung des Anspruchs auf Privatsphäre und gibt ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, also ein Recht darauf, selbst zu entscheiden, ob, wem und wann persönliche Sachverhalte, Gedanken oder Gefühle offengelegt werden.¹⁹⁷ Es umfasst grds. jede Bearbeitung von solchen Daten durch den Staat, also sowohl das Erheben, Sammeln und Aufbewahren, als auch das Verarbeiten und Weitergeben.¹⁹⁸ Betroffene Personen haben

LIN/HALLER/KELLER, Nr. 383; KIENER/KÄLIN, S. 174; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 438 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 187 ff.

¹⁹² DIGGELMANN, BSK, N 26 zu Art. 13 BV; EGLI, 2012, S. 207; KIENER/KÄLIN, S. 174 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 193 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1394.

¹⁹³ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 96 m.w.H.; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, S. 195 f.

¹⁹⁴ BGE 140 I 353 ff. (369), E. 8.3; BIAGGINI, BV, N 10 zu Art. 13 BV; BREITENMOSER, SGK, N 64 ff. zu Art. 13 BV; DIGGELMANN, BSK, N 29 zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, S. 175 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 203; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1402.

¹⁹⁵ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014, E. 8.5; BGE 125 I 96 ff. (103), E. 3e; 122 I 182 ff. (193), E. 5; Urteil des EGMR 23224/94 vom 25. März 1998 i.d.S. Kopp gegen die Schweiz, Nr. 72; vgl. auch DIGGELMANN, BSK, N 30 zu Art. 13 BV; STRASSER, S. 198 f.

¹⁹⁶ Vgl. Kap. 1/3/IV/1/I/e/aa.

¹⁹⁷ Vgl. BIAGGINI, BV, N 11 zu Art. 13 BV; DIGGELMANN, BSK, N 32 f. zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, S. 177; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 456 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 167; PÉTERMANN, S. 303 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1376; SCHWEIZER, SGK, N 72 zu Art. 13 BV.

¹⁹⁸ BIAGGINI, BV, N 11 zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, S. 178; MOHLER, Polizei-

insbesondere das Recht, Kenntnis und Einsicht in diese Daten zu erhalten, diese berichtigen oder gar vernichten zu lassen und gegen eine Datenbearbeitung zu widersprechen.¹⁹⁹

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde beispielsweise als verletzt qualifiziert, als eine Frau über dreizehn Jahre lang bei der Polizei als Prostituierte registriert war.²⁰⁰ Zwar bestanden hierfür eine gesetzliche Grundlage sowie ein öffentliches Interesse, nämlich insbesondere die Verhinderung von Straftaten.²⁰¹ Allerdings war die Speicherung dieser Angabe unverhältnismässig, da sie u.a. geeignet war, den Ruf der Frau zu schädigen, ihr Alltagsleben zu erschweren und zudem mit Blick auf die Geringfügigkeit des Delikts, das ihr zu Last gelegt wurde, nicht zumutbar war.²⁰²

Eine Verletzung wurde hingegen verneint, als ein Mann, u.a. der Beteiligung an Sprengstoffanschlägen verdächtigt, per GPS überwacht wurde.²⁰³ Die Überwachung griff zwar in gesteigertem Masse in dessen Privatleben ein, da sie mit zahlreichen zusätzlichen Observationsmassnahmen kombiniert wurde.²⁰⁴ Sie erschien dennoch als verhältnismässig, da sie zeitlich beschränkt erfolgte und sich auf sehr schwere Straftaten bezog.²⁰⁵

Ebenso versties die Speicherung der Daten eines Mannes, der nach einem bewaffneten Angriff auf ein Zürcher Restaurant festgenommen wurde, nicht gegen die informationelle Selbstbestimmung.²⁰⁶ Obwohl das Strafverfahren gegen ihn eingestellt wurde, bestand ein öffentliches Interesse an der Aufklärung der Straf-

recht, Nr. 457 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 167; SCHWEIZER, SGK, N 74 zu Art. 13 BV; vgl. als Beispiel Kap. 1/3/IV/1/I zu den Überwachungsmassnahmen der kantonalen Polizeikorps.

¹⁹⁹ BIAGGINI, BV, N 14 zu Art. 13 BV; EGLI, 2012, S. 208; KIENER/KÄLIN, S. 180; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 456 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 168 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1385 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 85 zu Art. 13 BV.

²⁰⁰ Urteil des EGMR 16188/07 vom 18. Oktober 2011 i.d.S. Khelili gegen die Schweiz, Nr. 7 ff.

²⁰¹ Urteil des EGMR 16188/07 vom 18. Oktober 2011 i.d.S. Khelili gegen die Schweiz, Nr. 58 f.

²⁰² Urteil des EGMR 16188/07 vom 18. Oktober 2011 i.d.S. Khelili gegen die Schweiz, Nr. 63 ff.; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

²⁰³ Urteil des EGMR 35623/05 vom 2. September 2010 i.d.S. Uzun gegen Deutschland, Nr. 5 ff.

²⁰⁴ Urteil des EGMR 35623/05 vom 2. September 2010 i.d.S. Uzun gegen Deutschland, Nr. 79 f.

²⁰⁵ Urteil des EGMR 35623/05 vom 2. September 2010 i.d.S. Uzun gegen Deutschland, Nr. 80.

²⁰⁶ BGE 138 I 256 ff.

tat, das den Eingriff zu rechtfertigen vermochte.²⁰⁷ Denn dieser erschien aufgrund der Vernichtung von erkennungsdienstlichen Daten sowie des Vermerks auf die Einstellung des Verfahrens als bloss geringfügig.²⁰⁸

VII. Kommunikationsgrundrechte

1. Ansprüche aus den Grundrechten auf freie Kommunikation

Unter die Kommunikationsgrundrechte fallen mehrere Garantien, die alle den Schutz der Bildung, Äusserung und Verbreitung von Meinungen sowie Informationen bezwecken.²⁰⁹ Im sicherheitspolizeilichen Bereich sind in erster Linie die Meinungs- (Kap. 2/3/VII/2) und Informationsfreiheit (Kap. 2/3/VII/3) nach Art. 16 BV, die Medienfreiheit nach Art. 17 BV (Kap. 2/3/VII/4) sowie die Versammlungsfreiheit nach Art. 22 BV (Kap. 2/3/VII/5) zu erwähnen.

Sämtliche Kommunikationsgrundrechte sind aus Sicht der Bürger primär **Abwehrrechte**.²¹⁰ Der Staat soll die Bürger an der ungehinderten Bildung und Äusserung ihrer Meinung, dem Empfang, der Beschaffung und der Verbreitung von Informationen und der Einberufung, Durchführung, Organisation, Gestaltung oder Teilnahme einer Versammlung nicht hindern.²¹¹ Observieren sicherheitspolizeiliche Beamte eine Person oder nehmen sie in Gewahrsam und hören dabei ein Gespräch ab, wird Art. 16 BV tangiert.²¹² Auch wenn sie Kommunikationsmittel wie Flugblätter prüfen oder gar einziehen,²¹³ oder wenn sie einen Platz videoüberwachen, auf welchem eine Kundgebung stattfinden soll,²¹⁴ kann die Meinungsfreiheit betroffen sein.

Daneben vermitteln die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie die Versammlungsfreiheit auch gewisse **Schutzansprüche** an den Staat.²¹⁵ Anerkannt

²⁰⁷ BGE 138 I 256 ff. (263 f.), E. 6.2 f.

²⁰⁸ BGE 138 I 256 ff. (263), E. 6.1.

²⁰⁹ KÄLIN/KIENER, S. 200 f.; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, S. 345 ff.; RHI-NOW/SCHEFER, Nr. 1539 ff.

²¹⁰ BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 16 BV; vgl. auch ERRASS, SGK, N 42 zu Art. 22 BV; HERTIG, BSK, N 16 zu Art. 16 BV und N 12 zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 207.

²¹¹ Vgl. BIAGGINI, BV, N 6 und 8 zu Art. 16 BV und N 7 zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 255.

²¹² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 467.

²¹³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 467.

²¹⁴ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 95 f. m.w.H.

²¹⁵ ERRASS, SGK, N 43 zu Art. 22 BV; HERTIG, BSK, N 16 zu Art. 16 BV und N 12

wird etwa ein bedingter Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes zur Meinungsäusserung, etwa im Rahmen von Demonstrationen.²¹⁶ Den sicherheitspolizeilichen Behörden, primär der Polizei, kommt dabei unter Umständen die Aufgabe zu, Meinungsäusserungen gegen Störer zu schützen.²¹⁷ Im Vordergrund steht die Pflicht, Störungen, so auch Gegendemonstrationen, und erst Recht Angriffe auf friedliche Kundgebungen in zumutbarer Weise abzuwehren.²¹⁸ Wie bereits angesprochen wurde,²¹⁹ sind diese Schutzpflichten aber nicht absolut.²²⁰ Das Bundesgericht verlangt einen «ausreichenden» Polizeischutz,²²¹ was insofern problematisch ist, als dies eine schwierige Prognose voraussetzt.²²²

2. Meinungsfreiheit

Nach Art. 16 BV hat jede Person das Recht, «ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten», sowie «Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten».²²³

Die Meinungsfreiheit soll ganz allgemein die freie Kommunikation gewährleisten, ist in dem Sinne also eine Art Auffanggrundrecht der Kommunikationsgrundrechte.²²⁴ Sie umfasst zum einen sämtliche Arten von Meinungen und Mitteilungen, also jegliche Gefühle, Ansichten, Äusserungen von Tatsachen und Beurteilungen jeder Art. Zum andern schützt sie sämtliche Formen der Kommu-

zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 207.

²¹⁶ BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 16 und N 7 zu Art. 22 BV; ERRASS, SGK, N 33 ff. zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 207 und 255; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 498; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1566 ff.; BGE 127 I 164 ff. (167 ff.), E. 3; 124 I 267 ff. (268 f.), E. 3a; Urteil des BGer 1C_225/2012 vom 10. Juli 2013, E. 3.3.

²¹⁷ BIAGGINI, BV, N 7 zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 207, 211 und 255; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 502 ff. m.w.H.; BGE 132 I 256 ff. (259), E. 3; 124 I 267 ff. (269), E. 3a; vgl. auch Urteil des EGMR 25196/04 vom 2. Februar 2010 i.d.S. Christlichdemokratische Volkspartei gegen Moldawien, Nr. 25.

²¹⁸ ERRASS, SGK, N 43 zu Art. 22 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 545 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 434 und 589; ausführlich und m.w.H. PÉTERMANN, S. 351 ff.; Urteil des BGer 1C_225/2012 vom 10. Juli 2013, E. 3.3.

²¹⁹ Kap. 2/3/I/2.

²²⁰ ERRASS, SGK, N 43 zu Art. 22 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 506.

²²¹ BGE 132 I 256 ff. (259), E. 3.

²²² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 506.

²²³ Art. 16 Abs. 2 und 3 BV.

²²⁴ BIAGGINI, BV, N 2 zu Art. 16 BV; HERTIG, BSK, N 3 ff. zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 224; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 3 zu Art. 16 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 437; RHINOW, S. 118; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1583; BGE 137 I 209 ff. (211 f.), E. 4.2; 127 I 145 ff. (151), E. 4b.

nikation, wie Wort, Schrift und Bild, Tanz, Pantomime oder symbolische Ausdrucksmittel, etwa Schweigemärsche.²²⁵

Die Meinungsfreiheit als Auffanggrundrecht zu verstehen bedeutet aber auch, dass sie nur solche Meinungen erfasst, die nicht in den Schutzbereich eines spezifischeren Grundrechts fallen – etwa der Glaubensfreiheit, Wirtschaftsfreiheit oder politischer Rechte.²²⁶ Entsprechend schützt sie nur ideelle Inhalte, wogegen Meinungen und Äusserungen kommerzieller Art der Wirtschaftsfreiheit zugeordnet werden.²²⁷

Die Meinungsfreiheit hat zwei Aspekte: Auf der einen Seite soll die freie Meinungsbildung gewährleistet werden, also die freie Wahl der Themen und Meinungen, mit welchen sich eine Person befassen will, sowie der Ergebnisse, die aus dieser Auseinandersetzung folgen.²²⁸ Diese Garantie gilt absolut.²²⁹ Auf der anderen Seite steht es den Bürgern zudem frei, ihre Meinung frei zu äussern und zu verbreiten, folglich an Dritte zu kommunizieren.²³⁰ Diesbezüglich sind Einschränkungen – unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV – grds. möglich.²³¹

3. Informationsfreiheit

Die Informationsfreiheit ist Teilgehalt der Meinungsfreiheit, gleichzeitig aber auch deren Voraussetzung: Meinungen werden eher gebildet, wenn Personen über Tatsachen und Meinungen von andern informiert sind. Zugleich ist die

²²⁵ BIAGGINI, BV, N 6 f. zu Art. 16 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 454 und 457; HERTIG, BSK, N 9 und 12 zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 204 f.; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 5 und 12 zu Art. 16 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. und 470 und 474 m.w.H.; MÜLLER/SCHEFER, S. 357 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1582.

²²⁶ Vgl. KLEY/TOPHINKE, SGK, N 3 zu Art. 16 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23.
²²⁷ HERTIG, BSK, N 10 zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 205; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 7 zu Art. 16 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. und 471; vgl. hingegen zu Recht BIAGGINI, BV, N 6 zu Art. 16 BV, wonach die Zuordnung praktisch unerheblich ist, solange die Voraussetzungen an eine Freiheitsbeschränkung schliesslich gleich sind; a.M. mit Blick auf die EMRK HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 455, wonach auch kommerzielle Äusserungen erfasst, allerdings weniger stark geschützt sind; vgl. zum Schutz kommerzieller Äusserungen auch MÜLLER/SCHEFER, S. 364 ff.

²²⁸ HERTIG, BSK, N 13 f. zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 224; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 10 zu Art. 16 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 361.

²²⁹ HERTIG, BSK, N 14 zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 225; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 11 zu Art. 16 BV.

²³⁰ KÄLIN/KIENER, S. 225 mit Verweis auf BGE 138 I 274 ff. (281), E. 2.2.1; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 12 zu Art. 16 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 363.

²³¹ KÄLIN/KIENER, S. 225; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 14 ff. zu Art. 16 BV.

Meinungsausserung einer Person nur noch eine Farce, wenn andere die Infos nicht zur Kenntnis nehmen können.²³² Entsprechend garantiert die Informationsfreiheit den Bürgern das Recht, Informationen empfangen, beschaffen und verbreiten zu können, wobei der Schutzbereich sowohl bezüglich des Inhalts dieser Informationen als auch hinsichtlich der Kommunikationsmittel wiederum sehr weit gefasst ist.²³³

Die Informationsfreiheit wird etwa bei einem sicherheitspolizeilicher Zugriff auf das recherchierte Material von Medienschaffenden tangiert, wenn Polizisten also beispielsweise den Notizblock oder die Kamera eines Journalisten überprüfen oder gar sicherstellen.²³⁴ Da die Informationsfreiheit subsidiär ist,²³⁵ greift sie in solchen Situationen nur, sofern die Medienfreiheit oder ein anderes Grundrecht keinen Schutz vermittelt.²³⁶

4. Medienfreiheit

Die Medienfreiheit nach Art. 17 BV schützt den ungehinderten Nachrichtenfluss und den freien Meinungs Austausch, will primär die Produktion von Medienerzeugnissen sowie deren Verbreitung gewährleisten.²³⁷ Von deren Schutzbereich ist also insbesondere die Recherchetätigkeit von Journalisten erfasst: Sie sollen frei recherchieren können und bei der Sammlung von Informationen nicht durch sicherheitspolizeiliche Zugriffe behindert werden.²³⁸ Sowohl wenn recherchiertes Material von Journalisten durchsucht oder sichergestellt wird, als auch wenn sie durch sicherheitspolizeiliche Beamte etwa von einer Demonstration wegge wiesen werden, tangiert dies die Medienfreiheit.²³⁹

Des Weiteren verbietet Art. 17 Abs. 2 BV die Zensur, also die systematische In haltskontrolle von Medienerzeugnissen.²⁴⁰ Als solche könnte etwa die Aufforde-

²³² BIAGGINI, BV, N 8 zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 226; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 33 zu Art. 16 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 517; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1592.

²³³ BIAGGINI, BV, N 8 ff. zu Art. 16 BV; HERTIG, BSK, N 19 ff. zu Art. 16 BV; KÄLIN/KIENER, S. 227; KLEY/TOPHINKE, SGK, N 34 ff. zu Art. 16 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 519 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1598.

²³⁴ KIENER/KÄLIN, S. 210; MÜLLER/SCHEFER, S. 522; SCHMOHL, S. 135 ff.

²³⁵ BIAGGINI, BV, N 3 und 8 zu Art. 16 BV.

²³⁶ SCHMOHL, S. 139.

²³⁷ KIENER/KÄLIN, S. 212 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 438; SCHMOHL, S. 140.

²³⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 443 und 454; SCHMOHL, S. 140.

²³⁹ BÄHLER, Nr. 15 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 210; MÜLLER/SCHEFER, S. 522; SCHMOHL, S. 135 ff.

²⁴⁰ BIAGGINI, BV, N 14 ff. zu Art. 17 BV; KIENER/KÄLIN, S. 218; MÜLLER/SCHEFER, S. 451.

nung von sicherheitspolizeilichen Beamten an einen Journalisten gelten, seine Notizen oder sein Bildmaterial vor einer Publikation zu vernichten.²⁴¹

5. Versammlungsfreiheit

Die Versammlungsfreiheit beinhaltet nach Art. 22 BV das Recht, «Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben».²⁴² Sie ist eng mit der Meinungsfreiheit verbunden, dient sie doch ebenfalls der Meinungsbildung und -äusserung in einer grösseren Gruppe.²⁴³

Unter dem Begriff der Versammlung versteht man die unterschiedlichsten Formen der Zusammenkunft von Menschen, die zumindest in den Grundzügen geplant ist und dem Zweck der Meinungsbildung oder -äusserung dienen soll.²⁴⁴ Deren Schutz ist grds. garantiert, egal ob sie in geschlossenen Räumen oder im Freien, im privaten oder im öffentlichen Raum abgehalten wird.²⁴⁵ Auch die Art der kommunizierten Inhalte ist wiederum sekundär, sofern sie nicht kommerzieller Natur sind: Geschützt sind folglich auch etwa gewisse Sport- oder Tanzveranstaltungen sowie Konzerte.²⁴⁶

Bei diesem Freiheitsrecht wird das Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, auf das bereits eingegangen wurde,²⁴⁷ in besonderer Weise sichtbar: Indem die einen von ihrem Recht Gebrauch machen, sich zu versammeln, können andere nämlich in ihren eigenen Freiheiten oder gar in ihrer Sicherheit beein-

²⁴¹ SCHMOHL, S. 141 mit Verweis auf den Fall eines Medienschaffenden der britischen Zeitung *The Guardian*, der anlässlich des WEF 2011 in Polizeigewahrsam genommen und dazu aufgefordert wurde, Fotos von Polizisten sowie Notizen zum Polizeieinsatz zu vernichten.

²⁴² Art. 22 Abs. 2 BV.

²⁴³ ERRASS, SGK, N 5 ff. zu Art. 22 BV; HERTIG, BSK, N 1 zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 250; MÜLLER/SCHEFER, S. 571.

²⁴⁴ BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 22 BV; EGLI, 2012, S. 211; ERRASS, SGK, N 9 ff. zu Art. 22 BV; HERTIG, BSK, N 3 f. zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 251; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 492; MÜLLER/SCHEFER, S. 578 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1690; BGE 137 I 31 ff. (44 f.), E. 6.1; 127 I 164 ff. (168), E. 3b; Urteil des BGer 1C_225/2012 vom 10. Juli 2013, E. 3.3.

²⁴⁵ BIAGGINI, BV, N 8 zu Art. 22 BV; EGLI, 2012, S. 211; KÄLIN/KIENER, S. 252; MÜLLER/SCHEFER, S. 578 f.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1690.

²⁴⁶ Sofern diese nicht rein kommerzieller Natur sind, sondern auch eine gewisse kommunikative Zielsetzung haben; ERRASS, SGK, N 11 zu Art. 22 BV; HERTIG, BSK, N 5 zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 251 f.; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 495 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 580.

²⁴⁷ Kap. 1/2/II/3.

trächtig werden.²⁴⁸ Entsprechend werden grds. nur friedliche Versammlungen geschützt: Bedeutet eine Zusammenkunft eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit, weil etwa rechtswidrige Handlungen wie Beschädigungen, Lahmlegung des Strassenverkehrs oder gar Verletzungen von Personen zu befürchten sind, entfällt deren grundrechtlicher Schutz.²⁴⁹

VIII. Eigentumsgarantie

Im Gegensatz zu den bereits besprochenen Grundrechten, hat Art. 26 BV nicht eine menschliche Eigenschaft oder Tätigkeit im Blickfeld, sondern schützt das Eigentum als eine Erfindung der Rechtsordnung.²⁵⁰ Die Eigentumsgarantie erfasst sowohl Eigentum im sachenrechtlichen Sinn, wie Grundstücke und Fahrnis, als auch andere vermögenswerte Rechte des Privatrechts und öffentlichen Rechts, wie Tiere, beschränkte dingliche Rechte, Besitz, obligatorische Rechte oder auch Immaterialgüterrechte.²⁵¹ Das Vermögen an sich wird hingegen grds. nicht geschützt, staatliche Massnahmen, die zwar zu Vermögensverminderung, nicht aber zu Eingriffen in Rechte führen, also von Art. 26 BV nicht erfasst.²⁵²

Auch die Eigentumsgarantie gibt den Bürgern in erster Linie **Abwehrrechte** gegenüber dem Staat zur Hand.²⁵³ Sie wird etwa tangiert, wenn die Polizei einen Gegenstand sicherstellt und damit dem Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache entzieht.²⁵⁴ Die Behörden müssen darauf bedacht sein, den Gegenstand

²⁴⁸ Vgl. HERTIG, BSK, N 30 zu Art. 22 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 490.

²⁴⁹ Zu Recht differenzierend BIAGGINI, BV, N 10 zu Art. 22 BV; ERRASS, SGK, N 18 ff. zu Art. 22 BV; HERTIG, BSK, N 8 zu Art. 22 BV; KÄLIN/KIENER, S. 253 f. je m.w.H.; vgl. auch EGLI, 2012, S. 211; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 491; MÜLLER/SCHEFER, S. 582 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1691; BGE 132 I 256 ff. (259), E. 3; 111 Ia 322 f. (322 f.), E. 6a.

²⁵⁰ BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 26 BV; KÄLIN/KIENER, S. 339; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 502 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1781; VALLENDER/HETTICH, SGK, N 13 zu Art. 26 BV; WALDMANN, BSK, N 8 zu Art. 26 BV; zum persönlichkeitsbezogenen Aspekt der Eigentumsgarantie vgl. aber etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 1008 f.

²⁵¹ BIAGGINI, BV, N 12 zu Art. 26 BV; KÄLIN/KIENER, S. 339; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 562; MÜLLER/SCHEFER, S. 1014; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1787 ff.; VALLENDER/HETTICH, SGK, N 15 ff. zu Art. 26 BV; WALDMANN, BSK, N 17 ff. zu Art. 26 BV.

²⁵² KÄLIN/KIENER, S. 339 mit Verweis auf BGE 132 I 201 ff. (205), E. 7.1; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, S. 1016.

²⁵³ BIAGGINI, BV, N 6 zu Art. 26 BV; WALDMANN, BSK, N 25 zu Art. 26 BV m.w.H.

²⁵⁴ KÄLIN/KIENER, S. 345 f.; REINHARD, S. 246; STRASSER, S. 179; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 100 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 f. zu

sorgfältig zu verwahren und jeden Wertverlust zu vermeiden.²⁵⁵ Insbesondere, wenn er anschliessend verwertet oder vernichtet wird,²⁵⁶ auf die Sicherstellung also eine Einziehung folgt, handelt es sich um einen erheblichen Grundrechtseingriff.²⁵⁷ Art. 26 BV kann des Weiteren in ganz anderem Zusammenhang durch sicherheitspolizeiliche Massnahmen, etwa durch eine Videoüberwachung, beeinträchtigt werden.²⁵⁸

Wie bei den anderen Grundrechten, können aus der Eigentumsgarantie – allerdings unter sehr strengen Voraussetzungen – auch gewisse staatliche **Schutzpflichten** abgeleitet werden.²⁵⁹ Ist es bekannt, dass an einem bestimmten Ort zu bestimmten Zeiten regelmässig oder voraussichtlich Diebstähle oder Sachbeschädigungen begangen werden, hat die Polizei entsprechende Massnahmen zu ergreifen.²⁶⁰ Auch wenn für ein bestimmtes Grundstück eine konkrete und unmittelbare Gefahr besteht, von welcher eine sicherheitspolizeiliche Behörde Kenntnis hat, muss letztere zur Gefahrenabwehr intervenieren.²⁶¹ Beides steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Intervention angesichts der verfügbaren Ressourcen zumutbar und aufgrund der Schwere der Delikte gerechtfertigt erscheint.

IX. Fazit

Die Grundrechte bilden somit für sämtliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit die «immer sichtbare **Leitlinie**».²⁶² Dies bedeutet aber, dass die handelnden Polizeibeamten über ein detailliertes Wissen hinsichtlich deren Bedeutung und über genügende Fähigkeiten zu deren Anwendung in der konkreten Situation verfü-

§ 55; BGE 135 I 209 ff. (217), E. 3.3.3; 128 I 129 ff. (133 f.), E. 3.1.3; 120 Ia 120 ff. (121 f.), E. 1b.

²⁵⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 565.

²⁵⁶ Vgl. etwa § 42 PolG AG; Art. 42 PolG BE; § 34^{quater} PolG ZH.

²⁵⁷ SCHWEGLER, Nr. 123; STRASSER, S. 179; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, Nr. 101; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 55; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 566; vgl. bereits Kap. 1/3/1/H.

²⁵⁸ MÜLLER, Videoüberwachung, S. 97.

²⁵⁹ BIAGGINI, BV, N 6 zu Art. 26 BV; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 570; VALLENDER/HETTICH, SGK, N 19 zu Art. 26 BV; WALDMANN, BSK, N 28 zu Art. 26 BV.

²⁶⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 570; zurückhaltend etwa BIAGGINI, BV, N 6 zu Art. 26 BV; BGE 119 Ia 28 ff. (31), E. 2.

²⁶¹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 571; vgl. hierzu auch TSCHANNEN, Staatsrecht, N 72 zu § 7; WALDMANN, BSK, N 28 zu Art. 26 BV; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

²⁶² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23; vgl. auch MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 2 ff.

gen müssen.²⁶³ Angesichts teilweise unvermittelt eintretender, unvorhergesehener und komplexer Bedrohungen und der Notwendigkeit, innerhalb von wenigen Augenblicken zu entscheiden, sind sie diesbezüglich regelmässig vor eine grosse Herausforderung gestellt.²⁶⁴ Können sie nicht auf eine gesetzliche Grundlage zurückgreifen, welche ihr Handeln im konkreten Fall hinreichend determiniert und ihre Entscheidung damit möglicherweise erleichtert, so müssen sie letztere auf die Grundrechte und damit verbunden auf die anderen rechtsstaatlichen Grundsätze des Polizeirechts, insbesondere auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, stützen.

²⁶³ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23.

²⁶⁴ MANFRINI, S. 206 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 23; vgl. auch BÄHLER, Nr. 11; GAMMA, S. 33.

4. Kapitel: Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte

I. Ausgangslage

Sicherheitspolizeiliche Massnahmen, insbesondere wenn sie mit polizeilichem Zwang verbunden sind, beinhalten ein erhebliches Potential, die Rechte der Betroffenen zu beschränken und ihnen gar Schaden zu verursachen. Dies kann bei ihnen ein legitimes Bedürfnis nach Rechtsschutz, also nach (korrekter) Durchsetzung des Rechts, begründen.¹

Bei den informationell intervenierenden Realakten sind die Rechtsmittel und Rechtswege, dazu gehören auch etwa das Informations- und Auskunftsrecht, detailliert in den formellen Datenschutzgesetzen auf Bundes- und kantonaler Ebene normiert.² Bei den direkt intervenierenden Realakten zeigt sich die Regelung des Rechtsschutzes etwas komplizierter.³ «Rechtsschutz» ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen:

Er beinhaltet zunächst **präventive Instrumente** wie die vorgängige Information der Betroffenen über Massnahmen der Polizei (vgl. Art. 31 Abs. 2 BV) oder eine vorgängige Bewilligung durch ein Zwangsmassnahmengericht (vgl. Art. 272 StPO).⁴ Sicherheitspolizeiliches Handeln hat aber insbesondere, wenn Rechtsgüter wie Leib und Leben betroffen sind, schnell und situationsangepasst zu erfolgen, was durch eine Bewilligungspflicht regelmässig verunmöglicht würde. Auch könnte eine vorgängige Information beispielsweise bei einer Observation den Zweck der Massnahme vereiteln.⁵ Diese präventiven Mittel, oder gar ein vorgängiges Verwaltungsverfahren, können im sicherheitspolizeilichen Bereich somit regelmässig nicht zum Tragen kommen.⁶

Der Rechtsschutz hat im sicherheitspolizeilichen Bereich also in erster Linie nach einer möglichen Unterlassung oder unkorrekten Handlung einsetzen. Dieser **nachträgliche Rechtsschutz** kann durch Beschwerde oder Klage bei verwaltungsinternen Organen oder unabhängigen Gerichten eingeleitet werden.⁷

¹ Vgl. RIVA, S. 338; SCHINDLER, S. 215; TIEFENTHAL/FISCHER, S. 123 f.

² MOHLER, Polizeirecht, Nr. 907.

³ Zur Unterscheidung vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 905 ff.

⁴ SCHINDLER, S. 215.

⁵ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 445.

⁶ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 445.

⁷ SCHINDLER, S. 215.

Der ordentliche Weg führt dabei aber grds. über die Verfügung.⁸ Die Anfechtung von Realakten, welche in den meisten Fällen sicherheitspolizeilichen Handelns vorliegen, war hingegen jahrelang nicht vorgesehen.⁹ Um den Bürger nicht gänzlich schutzlos zu lassen, entwickelte die Rechtsprechung Umwege über Verfügungsfiktionen, Anfechtungsobjekte sui generis und insbesondere Feststellungsverfügungen.¹⁰

Zum einen ist die vom Bundesgericht entwickelte Möglichkeit zu erwähnen, «über die Grundrechtskonformität der umstrittenen Realakte» eine **allgemeine Feststellungsverfügung** (auf Bundesebene nach Art. 25 VwVG) zu verlangen.¹¹ Danach kann etwa eine sicherheitspolizeiliche Behörde dazu aufgefordert werden, sich über die (Un-)Rechtmässigkeit einer ihrer regelmässig nicht verfüigten Massnahmen, beispielsweise einer Anhaltung oder Wegweisung, zu äussern und dem Betroffenen damit ein Anfechtungsobjekt bereit zu stellen.¹² In der Lehre wird kritisiert, dass auf diese Art das Einsatzgebiet der allgemeinen Feststellungsverfügung (unzulässig) erweitert und die dogmatischen Grundlagen missachtet würden.¹³ Sie diene nämlich eigentlich dazu, eine Rechtsverhältnisfrage zu beantworten, sich also über das (Nicht-)Vorliegen von individuellen Rechten und Pflichten zu äussern, und so unnötige Verfahren und Dispositionen zu verhindern.¹⁴ Nach herrschender Lehre begründen sicherheitspolizeiliche Realakte aber gerade kein Rechtsverhältnis, weshalb mit einer allgemeinen Feststellungsverfügung – für den Betroffenen wenig hilfreich – eigentlich lediglich diese Nichtexistenz festgestellt werden kann.¹⁵

⁸ Vgl. FELLER, S. 22 ff.; GYGI, Verwaltungsrecht, S. 124; MÜLLER, Schleichwege, S. 60 f.; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 333; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 52 ff.; WALDMANN, S. 506.

⁹ Anstelle vieler vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 425; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 1 zu Art. 25a VwVG.

¹⁰ MÜLLER, Schleichwege, S. 64 ff. und 61 f. m.w.H., insbes. auf MÜLLER, Rechtsschutz, S. 333 ff.; vgl. zu den bundesgerichtlichen Wegen zur Behebung der Rechtsschutzängel auch BGE 121 I 87 ff. (91 f.), E. 1b; RIVA, S. 338; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 64 ff.

¹¹ BGE 121 I 87 ff. (91), E. 1b; vgl. auch WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 27 zu Art. 25 VwVG und N 2 zu Art. 25a VwVG.

¹² MÜLLER, Schleichwege, S. 65 m.w.H.; vgl. als Beispiel Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. April 2007, publiziert in BVR 2007, S. 441 ff. (452 f.), E. 4.5 und 5.

¹³ MÜLLER, Schleichwege, S. 66 ff.; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 335 ff.

¹⁴ GENNER, Verfügungspflicht, S. 65 und 69 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 394 ff.; MÜLLER, Schleichwege, S. 66 f.; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 336; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 11 ff. und 15 zu Art. 25 VwVG.

¹⁵ MÜLLER, Schleichwege, S. 66 und 68.

Auch der andere, teilweise vom Gesetzgeber vorgesehene Umweg zum Erlangen von Rechtsschutz gegen Realakte, nämlich bezüglich solchen «den **Erlass einer Verfügung [zu] verlangen**»¹⁶, ist aus Sicht der Dogmatiker nicht korrekt.¹⁷ Der Staat könne nämlich nicht wählen, ob er verfügen wolle oder nicht, entscheidend für die rechtliche Qualifizierung seiner Handlung sei einzig deren Inhalt und Struktur: Ein echter Realakt bleibt Realakt und kann nicht auf Verlangen zur Verfügung werden.¹⁸

II. Anspruch auf Rechtsschutz gegen Realakte

Auf den 1. Januar 2007 trat alsdann **Art. 29a BV** in Kraft, welcher verlangt, dass «jede Person [...] bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde» hat. Diese Rechtsschutzgarantie gilt nicht nur in Bezug auf staatliche Verfügungen, sondern auch hinsichtlich Handelns mittels Realakten.¹⁹

Im **Bund** wurde letzteres in **Art. 25a VwVG** umgesetzt.²⁰ Dieser Artikel bezweckt die Umwandlung von realem Handeln in ein taugliches Anfechtungsobjekt, nämlich eine «Verfügung über Realakte», und begründet einen Anspruch der Betroffenen an den Staat, sich über die Recht- oder Unrechtmässigkeit eines spezifischen Realaktes zu äussern.²¹ Dies im Gegensatz zu Art. 25 VwVG, bei welchem es um die Feststellung von Rechten und Pflichten geht.²² Art. 25a VwVG ist allerdings lediglich bei Handlungen von Bundesverwaltungsbehörden anwendbar, nicht aber bei solchen kantonaler Behörden.²³ Er ist also im sicher-

¹⁶ Art. 51 Abs. 2 ATSG als Beispiel unter vielen.

¹⁷ GENNER, Verfügungspflicht, S. 78; GENNER, Abgrenzung, S. 1158; MÜLLER, Schleichwege, S. 65.

¹⁸ MÜLLER, Schleichwege, S. 73; vgl. auch GENNER, Verfügungspflicht, S. 1 ff., insbes. S. 5 f.; GENNER, Abgrenzung, S. 1158.

¹⁹ Vgl. MOHLER, Realakte, S. 461 ff., insbes. S. 468; MÜLLER, Schleichwege, S. 62; RIVA, S. 339; SCHINDLER, S. 216 ff., insbes. S. 218 und 220; WALDMANN, S. 507; vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 91; kritisch RHINOW/SCHEFER, Nr. 2839.

²⁰ Zur Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck von Art. 25a VwVG vgl. HÄNER, N 1 ff. zu Art. 25a VwVG; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 340 f.; RIVA, S. 339 f.; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 83 ff.; WALDMANN, S. 508 f.

²¹ MÜLLER, Schleichwege, S. 62; vgl. auch BGE 140 II 315 ff. (319 ff.), E. 2; 136 V 156 ff. (159 f.), E. 4; HÄNER, N 46 zu Art. 25a VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 423 ff., insbes. Nr. 426; MOOR/POLTIER, S. 42; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 344 f. und 358.

²² HÄNER, N 46 zu Art. 25a VwVG; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 358.

²³ Art. 1 Abs. 1 VwVG; vgl. auch KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 431; MOOR/POLTIER, S. 43 f.; RIVA, S. 340; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu

heitspolizeilichen Bereich v.a. für das Grenzwachtkorps, die Bahnpolizei und Teile des Bundesamtes für Polizei bedeutsam.²⁴ Führen Sicherheitsbehörden des Bundes und der Kantone, etwa das GWK und ein kantonaler Polizeikorps, eine gemeinsame Intervention durch, so müssen allenfalls betroffene Personen zwei unterschiedliche Beschwerden an unterschiedliche Behörden und auf unterschiedlichen Rechtswegen einreichen.²⁵

Den **Kantonen** blieb bis zum 1. Januar 2009 Zeit, Art. 29a BV ebenfalls umzusetzen (Art. 130 Abs. 3 BGG), was uneinheitlich und teilweise unbefriedigend erfolgt ist.²⁶ In vielen Kantonen fehlen nach wie vor ausdrückliche Regelungen auf Gesetzesstufe.²⁷ Andernfalls entstanden neben neuen Normierungen in allgemeinen Verfahrensordnungen vereinzelt auch abweichende Regeln in besonderen Polizeirechtserlassen.²⁸

Gewisse Kantone haben ein zu **Art. 25a VwVG analoges Verfahren** normiert.²⁹ Dies hat den Vorteil, dass im Nachhinein ein erstinstanzliches Verfahren erfolgt, welches den Betroffenen eine ordentlich anfechtbare, begründete Verfügung liefert.³⁰ Insbesondere bei zu kurzen Fristen ist es aber denkbar, dass letztere zu spät oder gar überhaupt nicht von der Möglichkeit, eine Verfügung zu verlangen, erfahren.³¹

Andere Kantone verpflichten die Behörden in gewissen Situationen, noch vor einer Handlung, welche sonst als verfügungsfreier Realakt zu qualifizieren wäre,³² eine **Verfügung zu erlassen**.³³ Etwa im Kanton Bern müssen Wegweisungen und Fernhaltungen von Anfang an als Verfügung ergehen, was für den Betroffenen zum einen den Vorteil der Gewährung des rechtlichen Gehörs, einer Begründung sowie Rechtsmittelbelehrung mit sich bringt.³⁴ Zum andern wird der Realakt damit rechtsaktbezogen, zu einer Vollstreckungshandlung, wodurch

§ 38; TSCHOPP-CHRISTEN, S. 89 ff.; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 16 ff. zu Art. 25a VwVG.

²⁴ MOHLER, Realakte, S. 469.

²⁵ MOHLER, Realakte, S. 469.

²⁶ Vgl. SCHINDLER, S. 215 f.; vgl. zu möglichen Gestaltungen des Rechtsweges auf kantonaler Eben auch MOHLER, Realakte, S. 469 f.

²⁷ Vgl. SCHINDLER, S. 220 Fn. 39.

²⁸ Vgl. SCHINDLER, S. 219.

²⁹ Anstelle vieler vgl. § 38a OG BS; § 44a VRPG LU; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3824; MÜLLER, Schleichwege, S. 63 m.w.H.; SCHINDLER, S. 220 m.w.H.; WALDMANN, S. 510.

³⁰ SCHINDLER, S. 220 f.

³¹ SCHINDLER, S. 220 f.

³² Vgl. hierzu MOHLER, Polizeirecht, Nr. 885 ff.

³³ SCHINDLER, S. 221.

³⁴ Art. 29 Abs. 2 PolG BE; SCHINDLER, S. 221.

allfällige Rechtsstreitigkeiten am Rechtsakt anschliessen und somit die ordentlichen Wege gehen können.³⁵ Dies erscheint so lange als ausgezeichnete Lösung, als die Polizeibehörde über genügend zeitliche und personelle Ressourcen verfügt.³⁶ Sobald aber zeitliche Dringlichkeit vorliegt oder beispielsweise bei grossen Sportanlässen und Massenkundgebungen eine Vielzahl von Personen involviert ist, kann die Behörde der Pflicht zum vorgängigen Erlass einer Verfügung nicht mehr befriedigend nachkommen: Viel mehr als das Erfassen der Personalien werden die Polizisten in solchen Situationen nicht erledigen können – standardisierte Verfügungen und damit Begründungen sind die Folge.³⁷ Für viele sicherheitspolizeiliche Realakte erscheint diese – auf den ersten Blick ideale – Rechtsschutzmöglichkeit somit doch eher als unbefriedigende Lösung.

Die übrigen Kantone versuchen sich mehrheitlich mit einer **Anlehnung an die frühere bundesgerichtliche Praxis** zu helfen.³⁸ Dies gilt insbesondere für jene, welche den Rechtsschutz gegen Realakte nach wie vor nicht ausdrücklich geregelt haben.³⁹ Teilweise hat die Rechtsprechung aber auch Einlass in Normierungen gefunden: So ist beispielsweise im Kanton St. Gallen vorgesehen, dass «bei einer mündlichen Wegweisung und Fernhaltung [...] innert fünf Tagen eine schriftliche Verfügung verlangt werden» kann.⁴⁰ Neben den bereits oben erwähnten, dogmatischen Unreinheiten, bringt eine solche Lösung erneut das Risiko mit sich, dass die Rechtssuchenden aufgrund der kurzen Frist nicht von ihren Rechten erfahren und Gebrauch machen können.⁴¹

Ebenfalls unbefriedigend ist die Lösung, welche in einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2004 angebahnt wurde: Letzterer wollte zwar polizeiliches Handeln, konkret die Hinderung eines Journalisten an der Weiterreise ans WEF in Davos, «nicht als eigentliche Verfügung» bezeichnen, betrachtete es aber doch «als Ausgangspunkt für eine wirksame Beschwerde eigener Natur».⁴² Dies führte beispielsweise den Gesetzgeber des Kantons Graubünden dazu, **Realakte selbst zum Anfechtungsobjekt** zu erklären und hinsichtlich des Rechtsschutzes den Verfügungen gleich zu stellen.⁴³ Im ersten Moment erscheint dieses einfa-

³⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 883; MOOR/POLTIER, S. 29; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 und 15 zu § 38.

³⁶ SCHINDLER, S. 221.

³⁷ SCHINDLER, S. 221.

³⁸ MÜLLER, Schleichwege, S. 63 m.w.H.; vgl. auch TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 38.

³⁹ SCHINDLER, S. 220 und Fn. 39; vgl. auch WALDMANN, S. 510 f.

⁴⁰ Art. 29^{ter} Abs. 1 PolG SG.

⁴¹ SCHINDLER, S. 220 f.

⁴² BGE 130 I 369 ff. (379), E. 6.1.

⁴³ Art. 28 Abs. 4 VRG GR; vgl. WALDMANN, S. 510; in eine ähnliche Richtung geht
MOHLER, Realakte, S. 469, mit seiner Forderung, den Eingriffsbegriff auf die di-

che Vorgehen als einleuchtend und überzeugend.⁴⁴ Ein zweiter Blick offenbart aber diverse Mängel, welche vor allem auf dem Umstand fussen, dass eine Tätigkeit nicht durch die ursprünglich handelnde Verwaltungs-, etwa Polizeibehörde, sondern gleich als erstes durch eine Rechtsmittelinstanz umfassend überprüft wird: Zum einen muss diese den Sachverhalt erstmalig feststellen.⁴⁵ Zum andern verfügt der Rechtssuchende weder über eine Rechtsmittelbelehrung, weshalb er mögliche Fristen allenfalls verpasst, noch über eine Begründung, auf welche er seine Rechtsmittelschrift stützen könnte.⁴⁶

Zur uneinheitlichen Umsetzung der Rechtsschutzgarantie in den einzelnen Kantonen kommt die Problematik hinzu, dass gegen unterschiedliche sicherheitspolizeiliche Massnahmen im gleichen Kanton teilweise **unterschiedliche Rechtswege** vorgesehen sind. Art. 31 Abs. 4 BV beispielsweise sieht bei Freiheitsentzug einen unmittelbaren, direkten Zugang zu einem Richter und damit einen verstärkten Rechtsschutz vor.⁴⁷ Etwa im Kanton Zürich führt dies dazu, dass gegen einen eigentlichen Freiheitsentzug und andere Massnahmen, welche die Bewegungsfreiheit der Betroffenen beschränken, wie etwa die Anhaltung oder das Verbringen auf die Dienststelle, unterschiedliche Rechtswege – im ersten Fall der Gang ans Zwangsmassnahmegericht, im zweiten ein verwaltungsverfahrensrechtlicher Instanzenzug – zur Anwendung gelangen.⁴⁸ Da die Abgrenzung der einzelnen Massnahmen regelmässig Schwierigkeiten bereitet, wäre es der Rechtssicherheit zuliebe sinnvoll, die Rechtsmittel zu vereinheitlichen.⁴⁹

Die Problematik der unterschiedlichen Rechtswege verschärft sich zusätzlich, wenn nicht nur eine kantonale Polizeibehörde, sondern beispielsweise im Rahmen eines Assistenzdiensteinsatzes gleichzeitig auch etwa das Kommando militärische Sicherheit zum Einsatz kommt: Grundsätzlich gelten in einem solchen Fall für die Handlungen der ersten das kantonale Polizeigesetz, für diejenigen des zweiten hingegen das Militärgesetz, wodurch sich der Rechtsschutz für denselben (Real-)Akt nach unterschiedlichen Rechtsgrundlagen richtet.⁵⁰

rekt intervenierenden Realakte auszudehnen.

⁴⁴ SCHINDLER, S. 220.

⁴⁵ SCHINDLER, S. 220; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 38; WALDMANN, S. 510 f.

⁴⁶ SCHINDLER, S. 220.

⁴⁷ Vgl. Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, E. 3.2.

⁴⁸ Vgl. Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014, E. 3.3 und den Kommentar von AUER, S. 384.

⁴⁹ Vgl. auch AUER, S. 384.

⁵⁰ TIEFENTHAL/FISCHER, S. 123; vgl. auch MOHLER, Realakte, S. 468; WIEGANDT, insbes. S. 122 ff.

III. Mangelhafter Rechtsschutz gegen Realakte und Bedeutung der Staatshaftung

Aufgrund der Neuerungen der letzten Jahre kann sicherlich nicht mehr gesagt werden, dass gegen Realakte kein Rechtsschutz besteht.⁵¹ Die **Rechtsschutzmöglichkeiten bleiben** aber in vielerlei Hinsicht **eingeschränkt**.⁵² Präventive Mittel, wie die Information der Betroffenen oder gar ein vorgängiges Verwaltungsverfahren, sind in vielen Fällen sicherheitspolizeilichen Handelns aufgrund der Notwendigkeit schnellen Handelns undenkbar. Aber auch nachträglich kann dem Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen mit den ordentlichen Rechtsbehelfen wohl regelmässig nicht mehr genügend nachgekommen werden:

Zum Ersten kommen häufig auch heute noch, teilweise gar auf Bundesebene, **dogmatisch heikle Umwege** zur Anwendung, mit welchen der Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte oft nur unbefriedigend gewährleistet wird.⁵³ Denn einerseits bestehen etwa hinsichtlich der neu geschaffenen Möglichkeit, eine Verfügung über Realakte zu verlangen, noch diverse Unsicherheiten, welche durch Lehre und (richterliche) Praxis geklärt werden müssen.⁵⁴ Entsprechend wird sie noch (zu) wenig genutzt.⁵⁵ Andererseits kennen viele Kantone (noch) keine solche zu Art. 25a VwVG analoge Lösung, haben den Rechtsschutz gegen Realakte vereinzelt gar überhaupt noch nicht normiert.

Zum Zweiten ist zu bemerken, dass der in Art. 29a BV normierte **Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz nicht grenzenlos** ist: So kann zwar von einem Gericht verlangt werden, über die Rechtmässigkeit sicherheitspolizeilichen Handelns zu befinden, nicht aber, einen Ermessensentscheid der Polizeibehörde umfassend zu prüfen.⁵⁶

Zum Dritten muss noch einmal daran erinnert werden, dass die Kooperation im Sicherheitsbereich sehr wichtig ist und in sicherheitspolizeilichen Einsätzen entsprechend immer öfters sowohl verschiedene kantonale als auch Akteure auf Bundesebene zusammenarbeiten.⁵⁷ Personen, welche durch solche Interventio-

⁵¹ Vgl. auch MÜLLER, Schleichwege, S. 63.

⁵² Vgl. auch MÜLLER, Rechtsschutz, S. 364.

⁵³ Vgl. MÜLLER, Schleichwege, S. 64 ff.; WALDMANN, S. 512.

⁵⁴ MÜLLER, Schleichwege, S. 63 mit Verweis auf BGE 140 II 315 ff. (324 ff.), E. 4 und 5, in welchem sich das Bundesgericht erstmals über die Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse zu äussern hatte; vgl. dazu auch MÜLLER, Urteilsbesprechung, S. 495 ff.; WALDMANN, S. 512.

⁵⁵ MÜLLER, Schleichwege, S. 63; MÜLLER, Urteilsbesprechung, S. 495.

⁵⁶ SCHINDLER, S. 217.

⁵⁷ Vgl. etwa MOHLER, Realakte, S. 470.

nen in ihren Rechten betroffen werden, müssen als Folge der verschiedenen Rechtsschutzsysteme **unterschiedliche Beschwerden** an unterschiedliche Behörden auf unterschiedlichen Rechtswegen einreichen.⁵⁸

Schliesslich sind die ordentlichen Rechtsbehelfe für die Betroffenen von Realakten regelmässig ungenügend, wenn die entsprechenden Handlungen nicht mehr rückgängig gemacht werden können und allenfalls bereits Personen-, Sach- oder ein Vermögensschaden eingetreten ist.⁵⁹ Dies wird im sicherheitspolizeilichen Bereich, insbesondere bei der Anwendung von unmittelbarem Zwang, aufgrund der Notwendigkeit schnellen und situationsgerechten Handelns häufig vorkommen.⁶⁰ In solchen Situationen könnte lediglich noch die Widerrechtlichkeit des Realaktes festgestellt werden.⁶¹ Den Betroffenen steht aber die Möglichkeit offen, mittels **Staatshaftung** zu effektivem Rechtsschutz zu gelangen.⁶² Zwar kann sie in den meisten Fällen weder die Folgen des Realaktes tatsächlich beseitigen, noch an dessen Rechtswirkungen etwas ändern, wohl aber seine Widerrechtlichkeit feststellen und finanzielle Wiedergutmachung ermöglichen.⁶³

Im Gegensatz zu den Rechtsakten, wo das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes gilt,⁶⁴ können die Betroffenen eines Realaktes nach Wahl entweder ein Gesuch nach Art. 25a VwVG (bzw. analogem kantonalem Recht) oder ein Staatshaftungsbegehren stellen, ja gar beide Verfahren mit- bzw. nacheinander einleiten.⁶⁵ Dieser Grundsatz der **Alternativität** muss allerdings relativiert werden:

⁵⁸ MOHLER, Realakte, S. 469; vgl. auch TIEFENTHAL/FISCHER, S. 123; WIEGANDT, insbes. S. 122 ff.

⁵⁹ Vgl. GYGI, Staatshaftung, S. 224; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 443; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331.

⁶⁰ HÄNER, N 12 zu Art. 25a VwVG.

⁶¹ Vgl. FELLER, S. 203; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 443; vgl. auch JAAG, Verfügungen, S. 355 und BGE 129 I 139 ff. (142 f.), E. 3.1 zur Situation, dass gegen eine Verfügung Rechtsschutz zwar vorgesehen ist, aus tatsächlichen Gründen aber nicht zur Verfügung steht.

⁶² GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1429 f.; GROSS, Staatshaftung, S. 346; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 425; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1590; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 331; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.2; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 128 f.; SCHAUB, S. 462.

⁶³ MÜLLER, Rechtsschutz, S. 333 f. und 360 f.; GROSS, Staatshaftung, S. 355.

⁶⁴ Vgl. Art. 12 VG und dazu die Dissertation von FELLER; vgl. auch ausführlich GYGI, Staatshaftung, S. 221 ff.; JAAG, Verfügungen, S. 353 ff.; POLTIER, S. 62 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 42 f. zu § 60; WICHTERMANN, Nr. 28 ff.

⁶⁵ FELLER, S. 208; HÄNER, N 53 ff. zu Art. 25a VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 436; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Nr. 375; MOOR/POLTIER, S. 47 f.; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 361 f.; kritisch RIVA, S. 344.

Zum einen verpflichtet wohl die Schadensminderungspflicht den Betroffenen, nach Art. 25a Abs. 1 lit. a und b VwVG die Unterlassung, Einstellung oder den Widerruf einer staatlichen Handlung bzw. die Beseitigung deren Folgen zu verlangen, wenn er damit auf zumutbare Weise Schaden verhindern kann.⁶⁶

Zum andern ist bei Einleitung beider Verfahren wohl zunächst jenes nach Art. 25a VwVG abzuschliessen, welches regelmässig weniger Aufwand bereitet.⁶⁷ Sowohl im Fall eines Nichteintretens bzw. einer Abweisung des Gesuchs als auch – sofern ein Schaden verbleibt – bei dessen Gutheissung, kann immer noch ein Staatshaftungsverfahren folgen.⁶⁸

Des Weiteren ist zu bedenken, dass ein schutzwürdiges Interesse darlegen muss, wer eine Verfügung über einen Realakt verlangen will, wofür die gleichen Voraussetzungen wie bei Art. 25 und 48 VwVG gelten.⁶⁹ Wird nach Art. 25a Abs. 1 lit. c VwVG die Feststellung der Widerrechtlichkeit verlangt und dies einzig zum Zweck, in einem späteren Haftungsverfahren finanzielle Ansprüche erheben zu können, wird das schutzwürdige Interesse und damit die Rechtsmittellegitimation wohl nicht zu bejahen sein.⁷⁰ Dies gilt hingegen nicht, wenn die Feststellung der (Un-)Rechtmässigkeit eines Realaktes (auch) als (moralische) Genugtuung dienen oder die Behörden dazu bewegen soll, in zukünftigen Fällen anders zu handeln.⁷¹

Der Staatshaftung kommt in Bezug auf sicherheitspolizeiliche Realakte also eine besondere Bedeutung zu, da sie oft das wirksamste, wenn nicht sogar einzige

⁶⁶ FELLER, S. 209; HÄNER, N 54 zu Art. 25a VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 436; vgl. auch ANDEREGG, Nr. 404 ff., insbes. Nr. 424, allerdings unklar in Nr. 493.

⁶⁷ FELLER, S. 208; HÄNER, N 55 zu Art. 25a VwVG; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 362.

⁶⁸ HÄNER, N 55 zu Art. 25a VwVG; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 362.

⁶⁹ HÄNER, N 34 zu Art. 25a VwVG; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Nr. 370; MOOR/POLTIER, S. 45; MÜLLER, Rechtsschutz, S. 347; RIVA, S. 345; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 27 ff. zu Art. 25a VwVG; vgl. auch BGE 140 II 315 ff. (324 f.), E. 4.2.

⁷⁰ WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 30 und Fn. 112 zu Art. 25a VwVG; vgl. (allerdings in Bezug auf ein allgemeines Feststellungsbegehren) Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006, E. 2.1.2; BGE 126 I 144 ff. (148), E. 2a; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. April 2007, publiziert in BVR 2007, S. 441 ff. (449), E. 4.1; vgl. zur Subsidiarität von Art. 25a Abs. 1 lit. c im Verhältnis zu lit. a und b HÄNER, N 45 zu Art. 25a VwVG.

⁷¹ Vgl. auch MÜLLER, Rechtsschutz, S. 359; WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, N 30 zu Art. 25a VwVG.

Rechtsschutzmittel gegen diese darstellt.⁷² Ihr wird denn auch der nachfolgende dritte und letzte Teil dieser Arbeit gewidmet.

⁷² Vgl. GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1429 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 425 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1590; MOOR/POLTIER, S. 39; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.2; RÉMY, S. 19; SCHINDLER, S. 215 ff., insbes. S. 221.

3. Teil: Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte

1. Kapitel: Einleitung

I. Schädigende sicherheitspolizeiliche Realakte

Wie im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde, ist es die primäre Aufgabe der Polizei im institutionellen Sinne sowie weiterer sicherheitspolizeilicher Akteure, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren sowie Störungen zu beseitigen. Es wurde in den letzten Kapiteln aber ebenfalls augenscheinlich, dass die dazu eingesetzten Mittel – paradoxerweise – ihrerseits oft zu teils schwerwiegenden Eingriffen in (Grund-)Rechte von Bürgern führen.¹ Wenn die Polizei, um vom gravierendsten Fall auszugehen, etwa bei einer Geiselnahme Schusswaffen einsetzt, kann dies infolge Verletzung oder Tötung von Personen neben den menschlichen Qualen auch zu wirtschaftlichen Nachteilen, sogenannten **Personenschäden** führen.²

Auch **Sachschäden** sind als Folge sicherheitspolizeilicher Realakte nicht selten: So wird etwa ein Polizeiauto beschädigt, weil sich der lenkende Polizeibeamte bei der Verfolgung eines Schwerverbrechers unsorgfältig verhält, die Polizei muss einen Hund töten, der mehrere Personen gebissen hat und sich nicht beruhigen lässt,³ oder es entstehen bei einer zollamtlichen Revision Schäden am entsprechenden Fahrzeug⁴.

Schliesslich kann die Gefahrenabwehr auch mit **reinen Vermögensschäden** einhergehen: Man denke etwa an das Abschleppen eines falsch parkierten Fahrzeuges, dessen Halter dadurch seinen Flug verpasst, oder an eine Person, welche aufgrund einer Polizeikontrolle zu spät zu einem Bewerbungsgespräch kommt und deshalb den gut bezahlten Job nicht erhält.⁵

Diese Beispiele erfassen aber erst Schädigungen durch **aktives Tun** der Polizei. Wie zuvor festgestellt wurde, können auch **Unterlassungen** als Realakte gel-

¹ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 289.

² Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 289; zum Begriff des Schadens im Haftpflichtrecht vgl. Kap. 3/3/III.

³ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290.

⁴ Urteil des BVerfG A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, Sachverhalt C.

⁵ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290.

ten.⁶ Der Staat und damit zumindest subsidiär die Polizei und andere Sicherheitsbehörden, nehmen tendenziell immer mehr Schutzaufträge auf sich: Sie verpflichten sich zum Schutz vor Fremdschädigung durch den Staat selbst, durch ausländische Staaten und andere Private, sowie zum Schutz vor Selbstschädigung und Naturgefahren.⁷ Erfüllen sie diese Aufgaben schlecht oder gar überhaupt nicht, kann den Bürgern ebenfalls Schaden entstehen.⁸

In all diesen Situationen stellt sich die Frage, ob jemand und wenn ja, wer, für diesen Schaden aufzukommen hat. Als **Haftungssubjekt** käme zum einen der im Einzelfall tatsächlich handelnde **Beamte** in Frage.⁹ Im sicherheitspolizeilichen Bereich ist – soweit ersichtlich – allerdings nirgends mehr eine Beamtenhaftung oder solidarische Haftung von Beamten und Staat vorgesehen.¹⁰ Der Beamte ist also möglicherweise zwar nicht dem geschädigten Dritten, allenfalls aber dem Staat persönlich haftbar, sofern letzterem direkt oder indirekt Schaden entstanden ist.¹¹ Der Staat kann indirekt geschädigt werden, weil zum andern er selbst, mit anderen Worten der **Bund**, die **Kantone** oder die **Gemeinden**, als Haftungssubjekt in Frage kommen und allenfalls für Schäden, die durch das Handeln ihrer Beamten verursacht wurden, eintreten müssen.¹²

Auf die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates im Rahmen der Erfüllung seiner Aufgabe, mittels tatsächlichem Handeln Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren,¹³ mit anderen Worten auf die **Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte**, soll in diesem dritten Teil der vorliegenden Arbeit näher eingegangen werden. Dabei ist zu betonen, dass der Staat unter den unterschiedlichsten Titeln Entschädigungen an Privatrechtssubjekte leistet: So erfolgen etwa Zahlungen im Rahmen einer Enteignung, bei Verletzung eines geschützten Vertrauens oder in Form von staatlicher Hilfeleistung bei Opferhilfetatbeständen.¹⁴ In dieser Arbeit soll allerdings nur die Staatshaftung im enge-

⁶ Vgl. Kap. 1/3/II/4.

⁷ Vgl. auch SUTTER, Naturgefahren, S. 179.

⁸ SUTTER, Naturgefahren, S. 179.

⁹ Zur Beamtenhaftung vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2224 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1616 ff.; SALZGEBER, S. 55 und 86 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 61; WICHTERMANN, Nr. 5 ff. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1618 f.

¹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 zu § 61.

¹¹ Zur Staatshaftung vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2224 ff.; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3101; SALZGEBER, S. 55 und 93 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 61; WERRO, Staatshaftung, S. 126; zum Verhältnis zwischen Staat, Beamten und Geschädigten vgl. auch JAAG, système général, S. 23.

¹³ Vgl. hierzu auch WICHTERMANN, Nr. 1.

¹⁴ Vgl. hierzu auch WICHTERMANN, Nr. 3.

ren Sinne behandelt werden, welche Schäden ausgleichen soll, die Dritten durch den Staat (in der Regel widerrechtlich) zugefügt wurden. Als erstes werden in diesem Kapitel die Zweckbestimmung der Staatshaftung, insbesondere in Abgrenzung zur privatrechtlichen Haftung (Kap. 3/1/II), die Staatshaftung als Organisationshaftung (Kap. 3/1/III), sowie der Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe (Kap. 3/1/IV) dargelegt. Anschliessend werden die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen (Kap. 3/2) sowie die Haftungsvoraussetzungen (Kap. 3/3) analysiert, bevor in einem abschliessenden Kapitel nach einer kurzen Zusammenfassung der gefassten Erkenntnisse der Versuch gewagt wird, einen allgemeinen Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte zu umschreiben (Kap. 3/4).

II. Zweckbestimmung der Staatshaftung und Abgrenzung zur privatrechtlichen Haftung

Vorweg ist bereits zu erwähnen, dass sich die verschiedenen Systeme der staatlichen Haftung im sicherheitspolizeilichen Bereich als relativ unübersichtlich und komplex präsentieren. Dennoch verfolgen sie gewisse einheitliche **Ziele**:¹⁵

Die Staatshaftung an sich hat nicht nur Ausgleichsfunktion,¹⁶ sondern auch eine gewisse **präventive Wirkung**. Der potentiell Entschädigungspflichtige wird nämlich präventive Massnahmen zur Vermeidung von Schäden ergreifen, sofern deren Kosten tiefer sind als die Kosten für eine Entschädigung.¹⁷ Darüber hinaus bewirkt schon die Aussicht auf ein Staatshaftungsverfahren, in welchem die Rechtmässigkeit einer staatlichen Tätigkeit überprüft würde, dass sich staatliche Angestellte auf ihre Bindung an das Recht besinnen.¹⁸

Nicht eine Beamten-, sondern eine Staatshaftung zu normieren, dient darüber hinaus ganz spezifischen Zweckbestimmungen: Erstens soll dies erlauben, dass die Geschädigten nicht einzelne Personen und deren Handlungs- oder gar Verschuldensanteile an einer schädigenden Handlung, sondern einzig die **verantwortliche Behörde** oder Organisation nennen müssen, um ein Schadenersatzbe-

¹⁵ Vgl. zum Ganzen MOHLER, *Entscheid*, S. 1412; vgl. auch WICHTERMANN, Nr. 2.

¹⁶ Wobei die Ausgleichsfunktion natürlich zentral ist; vgl. etwa MAYHALL, S. 206; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 1589.

¹⁷ GROSS, *Vergleich*, S. 58; SCHLÜCHTER, S. 5; vgl. auch – allerdings in Bezug auf die Gefährdungshaftungen – WIDMER, S. 428; vgl. hingegen MAYHALL, S. 206, wonach die Präventionsfunktion bei der Staatshaftung im Hintergrund steht, da letztere mehrheitlich als Kausal- und nicht als Verschuldenshaftung ausgestaltet ist.

¹⁸ GROSS, *Vergleich*, S. 59.

gehren stellen zu können.¹⁹ Zweitens sollen die durch staatliche Handlungen geschädigten Personen grds. nicht von der Finanzkraft des Schädigers abhängig sein, sondern das **Vermögen des Staates als Haftungssubstrat** beanspruchen können.²⁰ Und drittens, nach der hier vertretenen Ansicht von besonderer Bedeutung, sollen auch die handelnden **Beamten entlastet** und nicht aufgrund der Angst vor möglicherweise vernichtenden Schadenersatzforderungen in ihrer Aufgabenerfüllung gehemmt sein.²¹

Diese Zweckbestimmung unterscheidet die Staatshaftung von den meisten privatrechtlichen Haftungssystemen. Auch wenn privat- und öffentlich-rechtliche Haftung gewisse Gemeinsamkeiten und Verbindungen aufweisen, handelt es sich bei der Staatshaftung nämlich keineswegs nur um eine Art besondere Ausprägung des zivilen Haftpflichtrechts.²² Vielmehr folgt sie mit gutem Grund ihrem **eigenen System**.²³ Grundlage ist auch hier das **Gesetzmassigkeitsprinzip** und die Grundrechtsbindung.²⁴ Verletzt der Staat bzw. einer seiner Angestellten die Rechtsordnung, so verlangt dies unabhängig eines Verschuldens nach einer Wiedergutmachung. Andernfalls würde gegen das Prinzip der Gleichbehandlung verstossen, welches auch einen Ausgleich der finanziellen Risiken der Staatstätigkeit beinhaltet.²⁵

Die Staatshaftung ist also nicht eine reine Entschädigungspflicht, sondern eine **Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben**.²⁶ Zum einen will sie nicht dem Staat oder seinen Beamten einen persönlichen Vorwurf machen, ihr Tun oder Unterlassen ethisch missbilligen.²⁷ Viel-

¹⁹ BOPPART, S. 82; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 65 m.w.H.; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 61.

²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2225.

²¹ GROSS/PRIBNOW, Nr. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2225; in diesem Sinne
wohl auch BOPPART, S. 93.

²² Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 1; KAUFMANN, S. 285a.

²³ Vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 10 f.; KAUFMANN, S. 285a.

²⁴ Vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 15, wonach das Schweizer Staatshaftungsrecht auf
dem Gesetzmassigkeitsprinzip basiert; vgl. auch etwa SALZGEBER, S. 27 ff., ins-
bes. S. 33 zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht und deren Be-
deutung für die Haftpflicht.

²⁵ KAUFMANN, S. 285a und 320a; MAYHALL, S. 224; MOOR/POLTIER, S. 834.

²⁶ GROSS, Staatshaftung, S. 134; SUTTER, Naturgefahren, S. 179; in diesem Sinne
wohl auch PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.1; vgl. hingegen MAYHALL, S. 206, wonach
der Schadensausgleich primäre und wichtigste Funktion des Staatshaftungsrechts
sei.

²⁷ Auch im privatrechtlichen Haftpflichtrecht ist die Sanktionsfunktion der Haf-
tungsnormen nicht typisch. Etwa das Festhalten am Verschuldensprinzip sowie
die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bestimmung des Schadenersatzes

mehr wird der Staat heute als Garant für die öffentliche Sicherheit gesehen, woraus ihm gewisse polizeiliche Schutzpflichten entstehen, deren Verletzung ein Recht auf staatliche Entschädigung begründen.²⁸ Zum andern geht es nicht um die Schadensbegleichung zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten,²⁹ sondern um eine bestimmte Form von Rechtsschutz, welche insbesondere (schädigende) Eingriffe in Grundrechte durch finanzielle Wiedergutmachung ausgleichen will.³⁰

Mit anderen Worten hat die Staatshaftung eine **rechtsstaatlich-grundrechts-bezogene Funktion**, was insbesondere bei der Beurteilung einer allfälligen Widerrechtlichkeit zu beachten ist.³¹ Staatliche Entschädigung erscheint somit «als Spiegelbild der primären Abwehr der Grundrechtsverletzung».³² Gerade aus diesen Gründen ist es unerklärlich, ja gar stossend, dass die Staatshaftung im Vergleich zur privatrechtlichen Haftung oft zurückhaltender beurteilt wird.³³ Zwar haben staatliche Eingriffe im Namen der öffentlichen Sicherheit in den letzten Jahren erheblich zugenommen, was konsequenterweise auch das Haftungsrisiko des Staates ausweiten müsste.³⁴ In gewissen Bereichen, so etwa der Finanzmarktaufsicht, hat er dieses allerdings bereits gesetzlich erheblich reduziert.³⁵

In anderen Rechtsgebieten bewerten die Gerichte insbesondere die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit derart **restriktiv**, dass die meisten Begehren auf Schadenersatz chancenlos bleiben: Ist eine Handlung zu beurteilen, so auferlegen sich die Richter mit dem Argument eine grosse Zurückhaltung, den Behörden würde hinsichtlich der Art und Weise ihres Vorgehens erhebliches Ermessen zukommen.³⁶ Ist über eine Unterlassung zu befinden, so wird die Widerrechtlichkeit regelmässig wegen Fehlens einer Garantenstellung und somit mangels Pflicht zum staatlichen Eingreifen verneint.³⁷ Die Frage nach der Widerrechtlichkeit einer sicherheitspolizeilichen Handlung oder Unterlassung wird denn auch ein Schwerpunkt dieses dritten Teils der Arbeit ausmachen. Deren

und des Regresses zeigen aber, dass sie durchaus eine gewisse Rolle spielt (SCHLÜCHTER, S. 7; vgl. hierzu auch etwa WIDMER, S. 419 ff.).

²⁸ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 2.

²⁹ Der Schadenausgleich kann indes wohl als primäre Funktion des privatrechtlichen Haftpflichtrechts bezeichnet werden (SCHLÜCHTER, S. 8 f.).

³⁰ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 134; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 54; MOOR/POLTIER, S. 884.

³¹ GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1430 f.

³² GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1432.

³³ WERRO, Staatshaftung, S. 127 ff.

³⁴ SUTTER, Diskrepanz, S. 569.

³⁵ SUTTER, Diskrepanz, S. 569; vgl. Art. 19 Abs. 2 FINMAG.

³⁶ SUTTER, Diskrepanz, S. 570.

³⁷ SUTTER, Diskrepanz, S. 570.

Beurteilung macht im Staatshaftungsrecht insbesondere deshalb regelmässig Schwierigkeiten, weil die Aufträge des Staates, so auch die sicherheitspolizeilichen Aufgaben, einem Wandel unterliegen und teilweise sehr unbestimmt sind.³⁸

Von untergeordneter Bedeutung ist die Abgrenzung von privat- und öffentlich-rechtlicher Haftung, sofern es sich um **Gefährdungshaftungen** handelt: Diese interessiert nicht, ob es sich bei einer Tätigkeit um eine spezifisch staatliche handelt, sondern einzig, ob mit ihr bzw. einer Vorrichtung oder einem Zustand eine besondere Gefahr verbunden ist.³⁹ Sie basieren nicht mehr auf einem Vorwurf an den Haftpflichtigen, auf einer ethischen Missbilligung, sondern sind Ausdruck eines vermehrten Sicherheitsbedürfnisses.⁴⁰

Letzteres würde eigentlich gebieten, die gefährlichen Vorrichtungen, Zustände oder Tätigkeiten – so etwa das Lenken eines Autos oder den Gebrauch von Sprengstoff – zu untersagen. Deren Bedeutung für die Gesellschaft hat den Gesetzgeber allerdings dazu bewogen, sie grds. zu dulden, immerhin das finanzielle Risiko aber nicht dem (allenfalls zufällig) Geschädigten, sondern dem Urheber zu überbinden, welchem regelmässig der primäre Nutzen zukommt.⁴¹ Verbunden mit einer Versicherung kann dieses Risiko, die daraus resultierenden Schäden, auf eine grosse Zahl von Personen, ja gar auf die Allgemeinheit überwälzt werden.⁴²

III. Staatshaftung als Organisationshaftung

1. Inhalt und Zweck der Organisationshaftung

War früher in den Staatshaftungsgesetzen regelmässig vorgesehen, dass bei Schädigungen Dritter durch Handlungen eines öffentlichen Angestellten primär dieser öffentliche Angestellte haftet, hat sich heute das Prinzip der ausschliessli-

³⁸ FAVRE, enjeux, S. 11.

³⁹ Vgl. BERICHT GESAMTREVISION, S. 62 ff.; GROSS, Staatshaftung, S. 5 ff. und 136; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 111; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 29; KAUFMANN, S. 287a; MOHLER, Entscheid, S. 1410 f.; REY, Nr. 1243; SCHWENZER, Nr. 54.01.

⁴⁰ Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 1.

⁴¹ BERICHT GESAMTREVISION, S. 63 ff.; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 99 ff. m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 30; MÜLLER, Handkommentar, N 18 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, II/2, N 22 ff. zu § 24; REY, Nr. 1243; SCHWENZER, Nr. 54.01; WIDMER, S. 426.

⁴² Vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 134; GROSS, Staatshaftung, S. 342 f.; SCHWENZER, Nr. 54.01.

chen Staatshaftung durchgesetzt: Der geschädigte Dritte hat sich also in erster Linie an den Staat zu wenden, kann den schädigenden Beamten hingegen nicht belangen.⁴³ Das individuelle Fehlverhalten des Beamten wird nunmehr im Innenverhältnis gegenüber dem Staat beurteilt, während im Aussenverhältnis nur noch der Bund, der Kanton oder die Gemeinde als Haftungssubjekt beansprucht werden können.⁴⁴ Die Rechtfertigungsgründe ausgenommen, haben letztere keine Möglichkeit, sich von der Haftung zu befreien.⁴⁵ Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Bundes, der Kantone und der Gemeinden wird von Teilen der Lehre denn auch zu Recht als Organisationshaftung bezeichnet.⁴⁶

Diese Qualifikation der Staats- als Organisationshaftung ist für das Funktionieren unseres Staatssystems zentral: Einerseits müssen sich die Bürger darauf verlassen dürfen, dass die Organisationseinheit Gemeinwesen funktioniert und der Staat bei Defiziten für die finanziellen Folgen einsteht.⁴⁷ Denn der Bund, die Kantone und Gemeinden haben wie privatrechtliche Arbeitgeber die Pflicht, ihr Personal sorgfältig auszuwählen, zu instruieren sowie zu überwachen und tragen das Risiko einer Schädigung Dritter durch ihre Angestellten.⁴⁸

Andererseits ist es für die Geschädigten von staatlichen (Real-)Akten häufig kaum möglich, eine bestimmte Person zu bezeichnen, welche für die schädigende Handlung oder Unterlassung verantwortlich ist.⁴⁹ Der Staat und sein Versagen als Organisationseinheit müssen daher in den Vordergrund rücken, das Verschulden des handelnden Beamten hingegen wird sekundär.⁵⁰

⁴³ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 3; JAAG, système général, S. 26; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 44; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3102 ff. und 3137; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 61; VORLAGE HG BL, S. 26; WICHTERMANN, Nr. 2, 9 und 48 f.; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 VG; § 3 Abs. 3 HG BL; vgl. auch § 10 Abs. 1 HG AG; Art. 102 Abs. 1 PG BE; Art. 1 Abs. 2 HG GE; Art. 37 Abs. 2 GG JU; Art. 63 Abs. 2 PG JU; Art. 3 Abs. 4 HG NW.

⁴⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 4.

⁴⁵ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 45.

⁴⁶ Vgl. GROSS, amtliche Funktion, S. 236; GROSS, Staatshaftung, S. 4 f. und 256 ff.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 45 m.w.H.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5 f.; RYTER, Nr. 29.22 m.w.H.; WICHTERMANN, Nr. 2; WIDMER/WESSNER, S. 125 ff.; WÜRMLI, Finanzmarktaufsicht, S. 98 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 61 und N 24 zu § 62; vgl. auch Urteil des BGer 2C.1/2001 vom 3. Juli 2003, E. 6.1.3; Urteil des BVGE A-358/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 4.6.2; oft wird diese Bezeichnung ganz selbstverständlich verwendet, aber nicht weiter kommentiert, so etwa bei MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1611.

⁴⁷ GROSS, amtliche Funktion, S. 236.

⁴⁸ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 45; vgl. auch PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.46.

⁴⁹ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.6.

⁵⁰ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.46; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 61.

Es muss deshalb vermieden werden, dass durch den Rechtfertigungsgrund der Erfüllung einer Amtspflicht für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Staates das Augenmerk auf die Verletzung einer individuellen Amtspflicht gelegt wird, geht es doch primär darum, ob der Staat als Organisationssystem korrekt funktioniert hat.⁵¹

Wie im Kapitel zu den Haftungsvoraussetzungen aufzuzeigen sein wird, dürfen zudem an die Voraussetzung des funktionalen Zusammenhangs zwischen einer schädigenden Handlung eines Beamten und seiner dienstlichen Tätigkeit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.⁵² Erhielt ein sicherheitspolizeilicher Akteur durch seine dienstliche Tätigkeit die Möglichkeit, eine schädigende Handlung vorzunehmen, so fällt dies in den Risiko- und damit den Haftungsbe- reich des Staates.⁵³

2. Voraussetzungen und Anwendungsfälle der Organisationshaftung

Erfolgt also im Risikobereich des Staates ein schädigender Realakt, welcher etwa in Grundrechte der Bürger eingreift, so hat er im Sinne einer Organisationshaftung für die finanziellen Folgen einzustehen.⁵⁴ Analog zur privatrechtlichen Geschäftsherrenhaftung kann er sich höchstens noch von einer Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er tadellos organisiert und strukturiert ist, seine Beamten etwa sorgfältig ausgewählt, ausreichend ausgebildet, ausgerüstet und instruiert sowie genügend kontrolliert hat.⁵⁵

Neben dieser negativen Voraussetzung eines **fehlenden Entlastungsbeweises** können auch die anderen Voraussetzungen einer solchen staatlichen Organisati-

⁵¹ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5 f. und 3.46 ff.

⁵² SUTTER, Staatshaftung, S. 35 mit Verweis auf GROSS, Staatshaftung, S. 226; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 62.

⁵³ Vgl. Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2; vgl. auch BREHM, N 23 zu Art. 55 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 47 zu § 9; FELL-MANN/KOTTMANN, Nr. 765 m.w.H.; GROSS, amtliche Verrichtung, S. 314; GROSS, Staatshaftung, S. 114 und 260; HUNOLD, Nr. 26; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 86; KELLER/GABI/GABI, S. 170; OFTINGER/STARK, II/1, N 88 zu § 20; OFTINGER/STARK, II/3, N 221 zu § 32; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.48; REY, Nr. 914; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 62; WERRO, OR-Kommentar, N 14 zu Art. 55 OR; vgl. auch Kap. 3/3/II/2 zum funktionalen Zusammenhang.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 52; WERRO, Staatshaftung, S. 131, 139 f. und 142; vgl. hierzu auch etwa Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003, E. 5.1.3.

⁵⁵ Vgl. etwa PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.6.

onshaftung der privatrechtlichen Geschäftsherrenhaftung angelehnt werden: Erstens muss tatsächlich ein **Organisationsfehler** vorliegen, mit anderen Worten muss etwa ein sicherheitspolizeilicher Akteur vor dem Hintergrund seiner Aufgabenstellung sowie der berechtigten Erwartungen der Bürger versagt haben.⁵⁶ Zweitens müssen sich die Gefahren, welche zur Schädigung führten, innerhalb des **Risikobereichs** des staatlichen Aufgabenträgers realisiert haben.⁵⁷ Und drittens müssen diese Gefahren **vorhersehbar, beherrschbar und vermeidbar** gewesen sein.⁵⁸

GROSS nennt typische **Anwendungsfälle** der staatlichen Organisationshaftung, wovon insbesondere zwei Bereiche sicherheitspolizeilicher Tätigkeit zu erwähnen sind:⁵⁹

Zum einen handelt es sich um Situationen, in denen **unbeteiligte Personen** – das heisst solche, die nicht als Zustands- oder Verhaltensstörer erscheinen – oder auch Personen, welche die Polizei bei ihrem Einsatz unterstützen, geschädigt werden.⁶⁰ In vielen Fällen erhalten diese nur dann eine staatliche Entschädigung, wenn das anwendbare Gesetz eine Billigkeitshaftung bei Schädigungen durch rechtmässige Polizeieinsätze vorsieht.⁶¹ Eine Organisationshaftung würde diese Fälle insofern erfassen, als dass die Schäden entweder nur entstanden, weil die sicherheitspolizeilichen Behörden den Einsatz unzweckmässig geplant haben, oder aber, weil die Schäden im Aufgaben- und damit Risikobereich des Staates liegen.⁶² Auf eine Sorgfaltspflichtverletzung eines einzelnen Beamten kommt es hingegen nicht an.⁶³

Zum andern geht es um Fälle, in denen die Schädigung im Zusammenhang mit der **Missachtung des polizeilichen Schutzauftrages** entstand.⁶⁴ Haben die sicherheitspolizeilichen Behörden selbst eine gefährliche Situation erschaffen oder diese verschärft oder haben sie auf Schutzmassnahmen verzichtet, obwohl ihre Hilfe angefordert wurde, so liegt eine Verletzung einer staatlichen Garantstellung vor, welche den Staat schadenersatzpflichtig machen kann.⁶⁵ Der

⁵⁶ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.6.

⁵⁷ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.6.

⁵⁸ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.6.

⁵⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 271 ff.

⁶⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 271; zum Störerprinzip vgl. Kap. 2/2/III/2.

⁶¹ GROSS, Staatshaftung, S. 271; vgl. hierzu Kap. 3/2/IV/3/F zu den Rechtsgrundlagen in den Kantonen und Kap. 3/3/IV/6 allgemein zur Haftung für rechtmässige Schädigung.

⁶² GROSS, Staatshaftung, S. 272.

⁶³ GROSS, Staatshaftung, S. 272.

⁶⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 272.

⁶⁵ GROSS, Staatshaftung, S. 272 f.; zur Haftung durch Unterlassung

Staat hat hier möglicherweise aufgrund typischer Fehler in der Organisation versagt und die Gefahr falsch eingeschätzt: Zu denken ist etwa an zu wenige personelle Ressourcen der sicherheitspolizeilichen Behörden, an den Einsatz zu wenig ausgebildeter oder ausgerüsteter Beamter oder an das Versagen technischer Hilfsmittel wie des Polizeinotrufs.⁶⁶ Auch hier ist es also ein Vorwurf an die Polizei als Institution, welche eine Haftung begründet, und nicht ein individuelles Fehlverhalten eines einzelnen Polizisten.⁶⁷

IV. Zum Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe

1. Voraussetzungen einer Entschädigungslosigkeit

Lange Zeit galt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Grundsatz, wonach polizeiliche Eingriffe keine staatliche Entschädigungspflicht auslösen sollten.⁶⁸ Wird beispielsweise, wie einleitend ausgeführt, durch die Polizei ein Hund getötet, der mehrere Personen gebissen hat, ein Rennpferd erschossen, das auf der Autobahn umherirrt oder ein falsch parkiertes Fahrzeug abgeschleppt, dessen Halter dadurch seinen Flug verpasst, so macht es durchaus Sinn, dass der Staat dem Halter des Tiers oder des Autos keine Entschädigung bezahlt.⁶⁹

Im Gegenteil: Es ist wohl eher der Staat, welcher gegenüber dem Halter Ansprüche erheben und von ihm etwa eine Busse oder gar Ersatz für die Kosten des Polizeieinsatzes verlangen wird.⁷⁰ Denn grds. kommt niemandem das Recht zu, die öffentliche Sicherheit zu stören, weshalb jeder Störer mit einer staatlichen Reaktion rechnen muss, welche er ohne Entschädigung zu akzeptieren hat.⁷¹

Entsprechend werden folgende drei Elemente als Voraussetzungen für eine Entschädigungslosigkeit genannt:

vgl. Kap. 3/3/IV/3.

⁶⁶ GROSS, Staatshaftung, S. 273.

⁶⁷ GROSS, Staatshaftung, S. 273.

⁶⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 351; vgl. auch etwa FAJNOR, S. 102 zur Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe ins Eigentum.

⁶⁹ WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290.

⁷⁰ WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290 f.

⁷¹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 466 f.; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 291 m.w.H., insbes. auf BGE 108 Ib 492 ff. (496), E. 3; 101 Ib 166 ff. (169), E. 3c.

Zum Ersten muss eine unmittelbar drohende **konkrete Gefahr** oder bereits eine **Störung** für die öffentliche Sicherheit vorliegen.⁷² Abstrakten Gefahren soll ohnehin durch den Erlass von Gesetzen oder Verordnungen und nicht mittels realem Staatshandeln begegnet werden.⁷³

Zum Zweiten muss der Eingriff der Polizeibehörde **verhältnismässig** sein.⁷⁴ Eine Entschädigung kann im Schadensfall also grds. nicht verweigert werden, wenn das sicherheitspolizeiliche Handeln unverhältnismässig erscheint. Es ist etwa an einen Polizisten zu denken, der grundlos mit seiner Waffe auf lebenswichtige Organe eines Verbrechers zielt oder gegen eine demonstrierende Menschenmenge ohne den vorgeschriebenen Abstand Gummigeschosse einsetzt.⁷⁵

Zum Dritten muss sich die sicherheitspolizeiliche Massnahme, soll sie denn ohne Entschädigungsfolgen bleiben, gegen den **Störer** richten.⁷⁶ Benutzt die Polizei zur Verfolgung eines Verbrechers ein Privatauto und fährt dies schrottreif,⁷⁷ betritt sie zur Bekämpfung des Brandes in einem Haus das Grundstück eines Nachbarn und verursacht dadurch Schaden,⁷⁸ oder trifft sie gar bei einem Schusswechsel mit einem Verbrecher einen unbeteiligten Dritten und verletzt diesen,⁷⁹ so kann den Geschädigten eine Entschädigung nicht einfach verweigert werden. Nur der Störer selbst hat grds. keinen Anspruch auf Schadenersatz.⁸⁰

2. Kritik am Grundsatz der Entschädigungslosigkeit

Dass polizeiliche Eingriffe, die der Abwehr einer konkreten Gefahr dienen und verhältnismässig sind, zumindest dem Störer keine Entschädigungsansprüche einräumen sollen, ist im Grundsatz durchaus überzeugend. Die Lehre moniert aber seit längerem eine unverhältnismässige Härte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in gewissen Fällen und kritisiert diverse **Schwachstellen**, weist etwa auf die Vermischung und schwierige Abgrenzung von polizeilichen und anderen Staatsaufgaben, auf die Unbestimmtheit des Begriffs der Polizei, der

⁷² GROSS, Staatshaftung, S. 271; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 291.

⁷³ WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 292; vgl. bereits Kap. 1/3/III.

⁷⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 272; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 293; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

⁷⁵ WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 293 mit Verweis auf HUG, S. 70, 214 ff. und 256.

⁷⁶ GROSS, Staatshaftung, S. 272; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 293; zum Störerprinzip vgl. Kap. 2/2/III/2.

⁷⁷ BERICHT HG AG, S. 21.

⁷⁸ VORLAGE HG BL, S. 31.

⁷⁹ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 464 f.

⁸⁰ WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 294.

konkreten Gefahr, sowie der öffentlichen Sicherheit hin.⁸¹ Selbst das Bundesgericht machte sich auf die Suche nach einem sinnvollen **Ausnahmekatalog** und will auf den Grundsatz der Entschädigungslosigkeit insbesondere in gewissen Fällen extrem schwerer Eingriffe verzichten.⁸²

Aus dogmatischer Sicht erscheint es nicht befriedigend, im Grundsatz von der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe auszugehen und anschliessend mittels schwammigen Ausnahmekatalogen gewissen Härtefällen Rechnung zu tragen. Tatsächlich kann man das gewünschte Ergebnis auch dann erreichen, wenn man im Polizeirecht dogmatisch korrekt und **konsequent** die **allgemeinen Haftungsgrundsätze** anwendet: Wird beispielsweise durch einen polizeilichen Einsatz eine Person verletzt, so hat sie aufgrund des Eingriffs in ihre körperliche Integrität bzw. der Verletzung einer entsprechenden Schutznorm grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz.⁸³ Dieser kann entfallen, wenn die Person den Einsatz als Störer selbst bewirkt hat, ihr Selbstverschulden also den Kausalzusammenhang zu unterbrechen vermag.⁸⁴ Eine Unterbrechung bedingt allerdings, dass durch das Verhalten des Geschädigten der Handlungsanteil der Sicherheitsbehörden völlig in den Hintergrund rückt.⁸⁵ Dies ist zu verneinen, wenn die Voraussetzungen eines polizeilichen Eingriffs – insbesondere eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit – gar nicht gegeben waren oder der Einsatz unverhältnismässig ausgeübt wurde. Unverhältnismässige oder unbegründete Polizeieinsätze erscheinen denn auch als widerrechtlich, weshalb sie nach den Haftungsgesetzen von Bund und Kantonen grds. zur Staatshaftung führen.⁸⁶

Darauf zu verzichten, per se von einem Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe auszugehen, soll nicht bedeuten, dass die Haftung des Staates für sicherheitspolizeiliche Realakte sehr breit gefasst, ja gar ausgeweitet werden soll. Vielmehr soll es dazu führen, im Schadensfall die allgemeinen Grundsätze der Staatshaftung korrekt und genau durchzuprüfen, um die Bejahung oder Verneinung einer Entschädigungspflicht transparent begründen und im Recht abstützen zu können. Die Rechtsgrundlagen, auf welche sich eine

⁸¹ GROSS, Staatshaftung, S. 352; GYGI, Staatshaftung, S. 229 f.; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 297; vgl. auch MANFRINI, S. 225, wonach die Ansicht nicht mehr akzeptabel sei, die individuellen Interessen hätten vor den übergeordneten staatlichen Interessen zurückzustehen, wenn die Polizei unschuldige Opfer verletzt.

⁸² WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 298 und 301.

⁸³ Vgl. Kap. 3/3/IV/2 und 4.

⁸⁴ Vgl. Kap. 3/3/V/B/b.

⁸⁵ Vgl. Kap. 3/3/V/B/a.

⁸⁶ WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 295; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte abstützen lässt, werden im nächsten Kapitel dargestellt.

2. Kapitel: Rechtsgrundlagen der Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte

I. Entschädigungspositivismus im Staatshaftungsrecht

1. Restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das **Legalitätsprinzip**, wie es zuvor für das Polizeirecht dargestellt wurde, gilt auch im Staatshaftungsrecht grds. **uneingeschränkt**: Sofern nicht eine Norm eine Haftung des Staates vorsieht, trifft ihn keine Entschädigungspflicht.¹ Ohne eine solche Einschränkung der finanziellen Verantwortung des Staates müsste er eine allgemeine staatliche Risikoversicherung bereitstellen, was finanziell untragbar wäre und die Verwaltung lähmen würde.² Wird eine Haftung des Staates wegen fehlender gesetzlicher Grundlage verneint, kann der Geschädigte allenfalls immer noch den handelnden Beamten gestützt auf Zivilrecht ins Recht fassen.³

Auch wenn man dieses Prinzip, den Entschädigungspositivismus, anerkennt, bleibt die Frage offen, welche Qualität eine Norm aufweisen muss, um Staatshaftungsansprüche begründen zu können:⁴ Braucht es ein Gesetz im formellen Sinn? Oder können allenfalls auch **direkt aus der Verfassung** gewisse staatliche Entschädigungspflichten abgeleitet werden? Schon lange Zeit wird insbesondere kontrovers diskutiert, ob Grundrechte direkt – ohne gesetzliche Konkretisierung – eine finanzielle Verantwortung des Staates begründen können.⁵

¹ BREHM, N 7 zu Art. 61 OR; FAJNOR, S. 61 ff., insbes. S. 71 ff.; FAVRE, enjeux, S. 15; GROSS, Vergleich, S. 56 f.; GROSS, Staatshaftung, S. 19 f. und 345 f.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2216; HÄNNI/MAHAIN, S. 146; LANDOLT, S. 386 f. m.w.H.; MAYHALL, S. 207; MOOR/POLTIER, S. 881 und 884; OFTINGER/STARK, II/1, N 39 zu § 20; RYTER, Nr. 29.3 mit Verweis auf BGE 118 Ib 241 ff. (250), E. 5d; SCHAUB, S. 460; SOBOTICH, S. 55 m.w.H.; SUTTER, Staatshaftung, S. 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 60; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 393; WICHTERMANN, Nr. 10; vgl. auch BGE 126 II 145 ff. (167 f.), E. 5a; zum Legalitätsprinzip vgl. Kap. 2/2/I.

² MOOR/POLTIER, S. 884; TANQUEREL, S. 92.

³ SUTTER, Staatshaftung, S. 33.

⁴ TANQUEREL, S. 92.

⁵ GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431; GROSS, Staatshaftung, S. 19 f.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 18 und 138 f.; JAAG, Revision, S. 21 f.; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 370 f. m.w.H.; WEBER-DÜRLER, Entschädigungs-

Bejaht hat dies das Bundesgericht zum einen für die Eigentumsgarantie: Jahrelang sprach es bei materiellen Enteignungen Entschädigungen zu, obwohl dafür lange Zeit keine ausdrückliche Grundlage bestand.⁶ Zum andern lässt es teilweise zu, dass gestützt auf den Vertrauensschutz eine Staatshaftung anerkannt wird.⁷ In ganz gravierenden Fällen wird gar erwogen, Schadenersatzansprüche direkt aus Art. 8 BV oder den konkreten Grundrechten selbst abzuleiten, sofern der Eingriff zu einem Sonderopfer führt.⁸

In der grossen Mehrheit der Fälle hat das **Bundesgericht** aber die Geltung des Entschädigungspositivismus betont und es **abgelehnt**, staatliche Entschädigungspflichten direkt auf die Verfassung zu stützen.⁹ Entsprechend bejaht es beispielsweise bei ungerechtfertigtem Freiheitsentzug eine Staatshaftung nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.¹⁰

2. Kritik durch die Lehre

In der Lehre wurde diese restriktive Haltung des Bundesgerichts teils stark kritisiert und Methoden entwickelt, wie auch unmittelbar gestützt auf die Verfassung Staatshaftungsansprüche bejaht werden könnten.¹¹ In Bezug auf das polizeiliche Handeln ist etwa der Ansatz von GROSS interessant:

pfligt, insbes. S. 342 f.

⁶ GROSS, Staatshaftung, S. 19; LANDOLT, S. 392; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.33; SCHAUB, S. 460 m.w.H.; TANQUEREL, S. 94; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 60; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, insbes. S. 342.

⁷ FAJNOR, S. 173 ff., insbes. S. 191 f.; SCHAUB, S. 460 m.w.H.; TANQUEREL, S. 94; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 60; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 19 und 132; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 393 f.; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, insbes. S. 344 f.; WICHTERMANN, Nr. 13; BGE 108 Ib 352 ff. (356 ff.), E. 4b.

⁸ TANQUEREL, S. 94; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 60; vgl. hierzu auch etwa FAJNOR, S. 105 ff.; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 349 ff.

⁹ Dies v.a. bei amtspflichtgemässen Handeln, vgl. BGE 126 II 145 ff. (167 f.), E. 5a; 94 I 170 ff. (172 f.), E. 3; 77 I 93 ff. (95), E. 2; 68 II 212 ff. (215), E. 2; 63 II 28 ff. (31 ff.), E. 3 f.; 47 II 554 ff. (562), E. 3; 47 II 497 ff. (502 ff.), E. 2 ff.; 46 I 491 ff. (495), E. 2; vgl. auch GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431; GROSS, Staatshaftung, S. 20 und 344; IMBODEN/RHINOW, S. 738 und 749; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 138 f.; MAYHALL, S. 239; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.33; SCHAUB, S. 459; TANQUEREL, S. 92; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 344 f.; zu möglichen Entschädigungsnormen vgl. LANDOLT, S. 387 ff.

¹⁰ Vgl. Urteil des BGer 1P.263/1997 vom 12. Juli 1997, E. 4b (Pra 1998, Nr. 78); 1P.457/1996 vom 26. November 1996, E. 2 (ZBI 1998, S. 34 f.).

¹¹ FAJNOR, S. 82 ff.; GROSS, Staatshaftung, S. 20 m.w.H., insbes. in Fn. 85 und S. 132 f.; JAAG, Revision, S. 21 f.; LANDOLT, S. 392 und Fn. 129 m.w.H., insbes.

Wie im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde, kann die Polizei in absoluten Ausnahmefällen auch bei Fehlen ausdrücklicher Ermächtigungsnormen gestützt auf die **Polizeiliche Generalklausel** gewisse Massnahmen ergreifen. Vorausgesetzt ist, dass ein fundamentales Rechtsgut durch eine schwere und unmittelbare Gefahr bedroht ist, deren Abwehr sofortiges Handeln verlangt, gleichzeitig aber keine gesetzlich vorgesehene Mittel zur Verfügung stehen – und die Intervention verhältnismässig erscheint.¹² GROSS sieht den Staat in einer solchen Situation nicht nur zum Handeln berechtigt, sondern auch zum Handeln verpflichtet. Er verweist auf die Ansprüche der Bürger, dass ihre Grundrechte – etwa das Recht auf Leben, die persönliche Freiheit oder die Meinungsfreiheit – in gewissen Situationen durch sicherheitspolizeiliche Intervention geschützt werden.¹³ Kommt der Staat dieser Pflicht nicht nach, so wird er für möglicherweise daraus resultierende Schäden ersatzpflichtig.¹⁴ Im gleichen Rahmen, wie die Polizei und andere Sicherheitsbehörden in Ausnahmefällen auch ohne gesetzliche Grundlage tätig werden können (und müssen), besteht also auch ohne gesetzliche Grundlage, bzw. direkt gestützt auf die Verfassung, eine Entschädigungspflicht des Staates.¹⁵

In eine ähnliche Richtung geht GROSS, wenn er sich auf das **Existenzminimum** als Kerngehalt des Grundrechts der persönlichen Freiheit stützt¹⁶ und argumentiert, der Staat dürfe dann nicht auf eine Intervention verzichten, wenn sie der Abwehr einer existenziellen Notlage diene.¹⁷ Analog würde ihn ein Verzicht zumindest im Rahmen des Existenzminimums zu einer Entschädigung verpflichten.¹⁸

Generell kann also festgehalten werden, dass «wenigstens im Umfang des Kernbereichs eines Grundrechts [...] die Entschädigung des Verletzten nicht am Legalitätsprinzip scheitern [darf], soweit eine Naturalrestitution, d.h. die Wiederherstellung des verfassungskonformen Zustands, nicht möglich ist».¹⁹ Dies ist aber lediglich als Minimalforderung zu betrachten. Zusätzlich können sämtliche Eingriffe in **Grundrechte** zu gewissen Entschädigungsfolgen führen, wenn fun-

in Fn. 129; MAYHALL, S. 239; SCHAUB, S. 460 ff.; vgl. auch SCHWEIZER, SGK, N 33 zu Art. 35 BV; a.M. wohl RYTER, Nr. 29.3 f.

¹² Vgl. Kap. 2/2/1/4/B.

¹³ GROSS, Staatshaftung, S. 341 mit Verweis auf MÜLLER, aBV-Kommentar, N 78 f. zu Einleitung zu den Grundrechten; MÜLLER/SCHEFER, etwa S. 53 ff. und 434.

¹⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 342; vgl. auch S. 132 f. mit Verweis auf das Konzept von FAJNOR, S. 82 ff. sowie GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 53 f.

¹⁵ GROSS, Staatshaftung, S. 342.

¹⁶ Mit Verweis auf BGE 98 Ia 508 ff. (514), E. 4a; MÜLLER/SCHEFER, S. 772 ff.

¹⁷ GROSS, Staatshaftung, S. 345.

¹⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 346.

¹⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 186; vgl. auch LANDOLT, S. 393.

damentale Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde tangiert werden und der primäre Rechtsschutz wiederum nicht mehr effektiv ist.²⁰ Diesfalls dem Geschädigten jegliche Entschädigung zu verweigern, würde einem dauerhaften staatlichen Eingriff in grundrechtlich geschütztes Vermögen gleich kommen.²¹

Wird beispielsweise durch eine sicherheitspolizeiliche Massnahme die Gesundheit einer Person massiv beeinträchtigt oder gar ihr Leben ausgelöscht, so ist der Staat auch ohne gesetzliche Grundlage haftbar.²² Eine Haftung bei Verletzung des Grundrechts auf Leben oder auf persönliche Freiheit mangels gesetzlicher Grundlage zu verneinen, wäre vor dem Hintergrund der langjährigen Praxis, Schadenersatzansprüche auf die (ursprünglich) ungeschriebene Eigentumsgarantie abzustützen, mit dem Willkürverbot und Gleichbehandlungsgebot unvereinbar.²³

Dass das Bundesgericht im Staatshaftungsrecht rigoros am Entschädigungspositivismus festhält, ist insbesondere mit Blick auf den eigentlichen Zweck des **Legalitätsprinzips** stossend: Dieses soll ursprünglich die Freiheit der Bürger bewahren, sie vor willkürlichen Eingriffen durch den Staat schützen.²⁴ Ihnen nun aber regelmässig eine Entschädigung zu verweigern, wenn hierfür keine explizite formell-gesetzliche Grundlage besteht, erscheint missbräuchlich und kommt sozusagen einem Eingriff gleich.²⁵

3. Fazit

Auswirkung der restriktiven bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist, dass einige kantonale Polizeigesetze Normen vorsehen, wonach nach Billigkeit Ersatz geleistet werden kann, «wenn Dritten durch rechtmässige polizeiliche Tätigkeit Schaden entsteht».²⁶ Eine solche Billigkeitshaftung findet sich auch in gewissen

²⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 187 mit Verweis auf das Urteil des BGer 1P.51/1998 vom 26. Juni 1998, E. 3 (ZBl 2000 S. 30 ff.); BGE 118 Ia 209 ff. (213), E. 2c; JAAG, Revision, S. 21; LEUENBERGER, S. 23, 41, 47 f., 124 ff.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 161.

²¹ FAJNOR, S. 82 ff., insbes. S. 90; GROSS, Staatshaftung, S. 132 f.; SCHAUB, S. 463.

²² GROSS, Staatshaftung, S. 133.

²³ LANDOLT, S. 392; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, S. 738 und 749; SCHAUB, S. 461; SOBOTICH, S. 56 m.w.H.

²⁴ GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431; GROSS, Staatshaftung, S. 132; JAAG, Revision, S. 21 m.w.H.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2216; IMBODEN/RHINOW, S. 738; MOOR/POLTIER, S. 884 ff.; SCHAUB, S. 461; SOBOTICH, S. 56 m.w.H.

²⁵ GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431; vgl. auch SCHAUB, S. 460; WICHTERMANN, Nr. 12.

²⁶ § 56 Abs. 1 PolG ZH; vgl. auch Art. 57 Abs. 3 PolG BE; § 69 Abs. 2-4 PolG BS;

Spezialgesetzen,²⁷ fehlt aber etwa im Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes.²⁸ Tatsächlich ist die Frage nach dem Entschädigungspositivismus grds. nur im Rahmen von sogenannten **rechtmässigen Schädigungen** relevant.²⁹ Für widerrechtliches Staatshandeln sehen sowohl Bund als Kantone in ihren Verantwortlichkeitsgesetzen nämlich genügende Haftungsgrundlagen vor.³⁰ Auf diese wird in den nächsten Kapiteln näher eingegangen.

Wie im Kapitel zur Widerrechtlichkeit als Voraussetzung einer Staatshaftung aufzuzeigen sein wird, würden die Unklarheiten in Bezug auf das Legalitätsprinzip im Staatshaftungsrecht, insbesondere in Bezug auf die rechtmässigen Schädigungen, bei einer Änderung der aktuellen Praxis zum Widerrechtlichkeitsbegriff erheblich an Bedeutung verlieren. Nach der hier vertretenen Meinung stellen nämlich auch die durch sicherheitspolizeiliche Realakte am häufigsten tangierten Grundrechte, nämlich die persönliche Freiheit sowie die Eigentumsgarantie, gegenüber dem Staat Rechte dar, deren Verletzung grds. auch den Verstoss gegen eine Norm beinhaltet und damit haftungsbegründende Widerrechtlichkeit darstellt.³¹ Und selbst in Bezug auf die übrigen Grundrechte – das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot ausgenommen – gilt für den Staat die Pflicht, Grundrechte nicht zu verletzen. Eine Zuwiderhandlung kann folglich unter Umständen als Normverletzung und damit als haftungsbegründendes Handlungsunrecht qualifiziert werden.³²

Diese Ausführungen sollen keineswegs als Forderung verstanden werden, das Legalitätsprinzip im Staatshaftungsrecht umzukehren und in Zukunft statt für die Zusprechung einer Entschädigung für die Verweigerung einer Entschädigung eine gesetzliche Grundlage zu verlangen.³³ Vielmehr soll daran erinnert werden, dass **Grundlage und Leitlinie unserer Rechtsordnung die Verfassung** bildet: Wird diese nicht beachtet, etwa ein Grundrecht verletzt, so er-

²⁷ vgl. hierzu auch etwa PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.9 und 3.12.
Prominentestes Beispiel ist wohl Art. 23 Abs. 3 EpG zur Haftung bei Impfschäden.

²⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 60.

²⁹ Zur Haftung für rechtmässige Schädigung vgl. Kap. 3/2/IV/F und 3/3/IV/6.

³⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 60; vgl. auch GROSS, Vergleich, S. 56 f.

³¹ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 180; JAAG, Revision, S. 22 und 59 ff.; LANDOLT, S. 393 m.w.H. insbes. in Fn. 151; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 375.

³² RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 375 f.; vgl. Kap. 3/3/IV/4/B/b, 3/3/IV/4/C/b und 3/3/IV/4/D.

³³ Ebenso FAJNOR, S. 94.

scheint es nicht nachvollziehbar, weshalb für eine Entschädigung zusätzlich eine gesetzliche Grundlage gegeben sein muss.³⁴

II. Vielfalt der Rechtsgrundlagen einer Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte

1. Unterschiedliche Haftungsnormen

Das öffentlich-rechtliche Haftungssystem der Schweiz hält für Situationen, in denen eine Person durch den Staat oder seine Angestellten geschädigt wird, **keine einheitliche Lösung** bereit.³⁵ Entsprechend existiert auch im Polizeirecht nicht einfach eine einzige Haftungsnorm. Vielmehr gibt es eine Vielfalt von Haftungssystemen, von welchen jeweils das im Einzelfall einschlägige eruiert werden muss:

Hat der Beamte nicht im Rahmen seiner dienstlichen Verrichtung, sondern bloss bei deren Gelegenheit oder gar gänzlich in seiner Freizeit und ausserhalb des Dienstortes gehandelt, so haftet er dem Geschädigten persönlich, nach Massgabe des **allgemeinen Haftpflichtrechts**.³⁶

War der Beamte zwar dienstlich, allerdings im **privatwirtschaftlichen Bereich** tätig, so gilt ebenfalls die Haftpflichtordnung nach Art. 41 ff. OR.³⁷ Diesfalls kann als Haftungssubjekt aber der Staat ins Recht gefasst werden, sofern die Tätigkeit des Beamten eine Organ- oder Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 ZGB oder Art. 55 bzw. 101 OR auszulösen vermag.³⁸ Als privatrechtliches Handeln

³⁴ Ebenso FAJNOR, S. 95.

³⁵ BOPPART, S. 92; FAJNOR, S. 1 ff.; FELLMANN, *Arzthaftung*, S. 229; GUCKELBERGER, S. 175 ff.; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 1599; RYTER, Nr. 29.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 60; WERRO, *Staatshaftung*, S. 126; WICHTERMANN, Nr. 2 und 18.

³⁶ BREHM, N 26 zu Art. 61 OR; GROSS, *amtliche Verrichtung*, S. 313; MANFRINI, S. 209; SALZGEBER, S. 240; vgl. auch WICHTERMANN, Nr. 19; BGE 130 IV 27 ff. (30), E. 2.3.2.

³⁷ Art. 61 Abs. 2 OR; vgl. etwa GROSS, *amtliche Verrichtung*, S. 311; GROSS, *Staatshaftung*, S. 113; GROSS/PRIBNOW, Nr. 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2269; IMBODEN/RHINOW, S. 712; MAYHALL, S. 212; MEYER, S. 711; MÜLLER, *Handkommentar*, N 21 ff. zu Art. 61 OR; ROBERTO, Nr. 17.01 und 17.12; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 61; WERRO, *Staatshaftung*, S. 126; WICHTERMANN, Nr. 20.

³⁸ BGE 139 III 110 ff. (112), E. 2.2.2; 111 II 149 ff. (151), E. 3a; 108 II 334 ff. (335 f.), E. 3; 101 II 177 ff. (184 f.), E. 2b; Urteil des BGER 4A_397/2012 vom 11. Januar 2013, E. 2.1; vgl. auch FAJNOR, S. 3; GROSS/PRIBNOW, Nr. 15; HÄFE-

des Staates können etwa administrative Hilfstätigkeiten, die Verwaltung des Finanzvermögens und generell gewinnorientierte Tätigkeit qualifiziert werden, die nicht-hoheitlich ausgeübt werden und denen auch Private nachgehen können.³⁹

Sofern Polizeibeamte oder Angehörige anderer Sicherheitsbehörden im Rahmen der Gefahrenabwehr oder anderer Aufgaben handeln, die sie im Auftrag des Gesetzgebers zu erfüllen haben, üben sie weder eine gewerbliche noch ausserdienstliche (d.h. private), sondern eine **amtliche Tätigkeit** aus.⁴⁰ «Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den» im Rahmen einer solchen amtlichen Tätigkeit entstandenen «Schaden zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten» können gemäss Art. 61 Abs. 1 OR von den allgemeinen Regelungen in Art. 41 ff. OR abweichende Bestimmungen erlassen werden. Da sowohl der Bund als auch die Kantone von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, ist im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich grds. **öffentliches Haftungsrecht**, je nach Akteur das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes oder die kantonalen Haftungsgesetze anwendbar.⁴¹

In diesen Erlassen wurden mehrheitlich **ausschliessliche Staatshaftungen** normiert, was bedeutet, dass sich geschädigte Dritte primär an den Staat zu wenden haben, den schädigenden Beamten hingegen nicht belangen können.⁴² In der Lehre wird des Weiteren regelmässig ausgeführt, es handle sich dabei bei den

LIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2270; IMBODEN/RHINOW, S. 712; JAAG, système général, S. 25; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 25; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3132; KAUFMANN, S. 288a; MAYHALL, S. 212.

³⁹ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 15 ff. mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

⁴⁰ BREHM, N 19 zu Art. 61 OR mit Verweis auf BGE 92 I 516 ff. (522), E. 1; GROSS, Staatshaftung, S. 115 m.w.H.; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 157 ff.; zur Abgrenzung von amtlicher und gewerblicher Verrichtung nach Art. 61 OR vgl. auch ausführlich GROSS, amtliche Verrichtung, S. 311 ff.; GROSS, amtliche Funktion, S. 235; GROSS, Staatshaftung, S. 113 ff.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 14 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 13 ff. zu Art. 61 OR; ROBERTO, Nr. 17.01.

⁴¹ Vgl. auch GROSS, amtliche Verrichtung, S. 311; GROSS, Staatshaftung, S. 113; JAAG, système général, S. 24 f.; MANFRINI, S. 209; MAYHALL, S. 211; MÜLLER, Handkommentar, N 1 zu Art. 61 OR; SUTTER, Staatshaftung, S. 33 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 184; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 61; WICHTERMANN, Nr. 11 und Fn. 13; vgl. zum Verhältnis zwischen eidgenössischem und kantonalem Haftungsrecht auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3107 ff.; WICHTERMANN, Nr. 14 ff.; vgl. auch Urteil des BGer 4A_132/2014 vom 2. Juni 2014, E. 2.1 f.

⁴² Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 3; JAAG, système général, S. 26; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 44 ff.; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3102 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 zu § 61; WICHTERMANN, Nr. 2, 9 und 48 f.; vgl. noch zur Situation Mitte des 20. Jahrhunderts KAUFMANN, S. 201a ff., insbes. S. 293a ff.

meisten Normen um **Kausalhaftungen**, da keinerlei Verschulden des Beamten vorausgesetzt werde.⁴³ Diese Aussage darf nicht unbedacht übernommen werden. Denn auch wenn die Staatshaftungsnormen meistens nicht voraussetzen, dass ein Verhalten dem handelnden Beamten persönlich vorwerfbar ist, muss der Geschädigte doch zumeist nachweisen, dass letzterer objektiv unsorgfältig gehandelt hat.⁴⁴ Obwohl das Bundesgericht wiederholt feststellt, die Verletzung eines absoluten Rechts sei per se unrechtmässig (Erfolgsunrecht),⁴⁵ bejaht es die Widerrechtlichkeit zumindest bei finalen Schädigungen nämlich dennoch nur, wenn die Handlung beispielsweise nicht aufgrund einer rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt gerechtfertigt werden kann – folglich der Beamte die erforderliche Sorgfalt nicht aufgewendet hat.⁴⁶ Entsprechend sind die Staatshaftungsnormen im Ergebnis für den Schädiger in vielen Fällen nicht strenger als Art. 41 OR, weshalb deren Bezeichnung als Kausalhaftung unzutreffend ist.⁴⁷

Selbst bei Ausführung einer amtlichen Tätigkeit sind nicht immer die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erlasse einschlägig, richtet sich die Haftung doch «bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen, [...] nach jenen besonderen Bestimmungen».⁴⁸

Den allgemeinen Haftungserlassen vorbehalten sind damit zum einen **spezialgesetzliche Haftungsnormen**.⁴⁹ Die Polizeierlasse enthalten nur punktuell spezifische Bestimmungen zu Verantwortlichkeitsfragen, so etwa zum Schadenersatz

⁴³ Vgl. GROSS, Vergleich, S. 76; GYGI, Widerrechtlichkeit, S. 417; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2232; MEYER, S. 718; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 61.

⁴⁴ WERRO, Staatshaftung, S. 130 und 142; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 350; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 51; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5, welche vorschlagen, von einer Widerrechtlichkeitshaftung anstelle einer Kausalhaftung zu sprechen.

⁴⁵ BGE 123 II 577 ff. (581 ff.), E. 4c ff. m.w.H.

⁴⁶ WERRO, Staatshaftung, S. 131 mit Verweis auf BGE 120 Ib 411 ff.; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 171; GROSS/PRIBNOW, Nr. 50 f.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5.

⁴⁷ GROSS/PRIBNOW, Nr. 51; WERRO, Staatshaftung, S. 131 und 142; WICHTERMANN, Nr. 88.

⁴⁸ Art. 3 Abs. 2 BV; vgl. auch etwa § 1 Abs. 3 HG AG; Art. 4 HG NE; § 5 Abs. 1 HG ZH.

⁴⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2221 f. und 2282 ff.; MAYHALL, S. 210; SUTTER, Staatshaftung, S. 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 21 zu § 61; WERRO, Staatshaftung, S. 127; WICHTERMANN, Nr. 42 ff.; vgl. auch BGE 139 III 110 ff. (113), E. 2.2.2; Urteil des BGer 4A_397/2012 vom 11. Januar 2013, E. 2.1.

bei Hilfeleistung Dritter⁵⁰ oder bei rechtmässiger Schädigung⁵¹, und verweisen teilweise gar auf das Haftungsgesetz zurück.⁵² Für das sicherheitspolizeiliche Handeln können aber insbesondere gewisse spezialgesetzliche Gefährdungshaftungen wie die Haftung des Halters eines Motorfahrzeugs⁵³ oder die Haftung aus Sprengstoffgesetz⁵⁴ einschlägig sein. Des Weiteren ist etwa die Haftung für Schädigungen der Armee speziell geregelt.⁵⁵

Zum andern sind den allgemeinen Haftungserlassen auch gewisse **zivilrechtliche Haftungsnormen** vorbehalten.⁵⁶ So können die Polizei oder die anderen Sicherheitsbehörden etwa als Werkeigentümer nach Art. 58 OR, als Tierhalter nach Art. 56 OR oder als Grundeigentümer nach Art. 679 ZGB ins Recht gefasst werden.

2. Unterschiedliche Akteure in unterschiedlichen Rollen

Diese unterschiedlichen Haftungsgrundlagen machen die Haftung für sicherheitspolizeiliche Realakte bereits relativ kompliziert.⁵⁷ Hinzu gesellen sich weitere erschwerende Umstände:

Zum Ersten kann der Staat in **unterschiedlichsten Positionen** in einen Schadensfall verwickelt sein.⁵⁸ Er kann z.B. Eigentümer eines Werks sein, das einen Mangel aufweist oder Halter eines Polizeihundes, der bei einem Eingriff eine Person beisst. Seine Beamten können bei einem konkreten Einsatz zur Gefahrenabwehr durch ihr Tun Sachen beschädigen oder durch Nichtbeachten einer

⁵⁰ Vgl. etwa § 56 Abs. 2 PolG AG; Art. 25 PolG AI; § 70 PolG BS; Art. 39 Abs. 2 PolG GL; Art. 36 Abs. 2 PolG GR; § 57 PolG ZH.

⁵¹ Vgl. etwa Art. 57 Abs. 3 PolG BE; § 69 Abs. 2-4 PolG BS; § 56 PolG ZH.

⁵² Vgl. etwa § 69 PolG BS; Art. 39 Abs. 1 PolG GL; Art. 63 PolG NW; § 55 PolG ZH sowie Art. 31 VG; vgl. auch MANFRINI, S. 209; SUTTER, Staatshaftung, S. 30 f.

⁵³ Art. 58 ff. SVG; vgl. Kap. 3/2/III/4/B.

⁵⁴ Art. 27 SprstG; vgl. Kap. 3/2/III/4/E.

⁵⁵ Art. 135 ff. MG; vgl. auch JAAG, système général, S. 25; vgl. Kap. 3/2/III/4/F.

⁵⁶ FAJNOR, S. 3 f.; GROSS, Vergleich, insbes. S. 506 f. und 513 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2273 ff.; JAAG, système général, S. 24 f.; MAYHALL, S. 210; MÜLLER, Handkommentar, N 20 zu Art. 61 OR; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.8; SUTTER, Staatshaftung, S. 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 61; WERRO, Staatshaftung, S. 127; WICHTERMANN, Nr. 42 ff.; vgl. auch BGE 139 III 110 ff. (113), E. 2.2.2; vgl. Kap. 3/2/III/3.

⁵⁷ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 61.

⁵⁸ Vgl. auch SUTTER, Staatshaftung, S. 31 f.

Schutzpflicht – z.B. zur Abwehr von Naturgefahren oder Intervention bei häuslicher Gewalt – für einen Personenschaden mitverantwortlich sein.

Zum Zweiten können Organe **sämtlicher föderativer Ebenen** durch sicherheitspolizeiliche Realakte, allenfalls gar gemeinsam, Schaden verursachen.⁵⁹ So kann etwa der Mangel eines Werks im Eigentum einer Gemeinde den Einsatz kantonaler Polizeikräfte sowie den subsidiären Assistenzdienst der Armee verlangen, welcher wiederum zu einem Schaden führt. Dabei stützt sich die Staatshaftung auf **Bundesrecht**, sofern der handelnde Beamte unmittelbar eine Bundesaufgabe zu erfüllen hatte, beispielsweise zum Schutz eigener Organe, Behörden, Institutionen und Gebäude des Bundes tätig wurde.⁶⁰ Das gilt auch, wenn die Aufgabe einem Kanton als Konzessionär des Bundes übertragen wurde, also ein kantonaler Angestellter gehandelt hat.⁶¹

Kantonales Haftungsrecht gelangt hingegen zur Anwendung, wenn entweder ein kantonaler oder kommunaler sicherheitspolizeilicher Auftrag ausgeführt wird oder wenn die Kantone Bundesrecht zu vollziehen haben.⁶² Da die Wahrung der öffentlichen Sicherheit ursprünglich eine Aufgabe ist, welche primär dem Kompetenzbereich der Kantone zugeordnet wird,⁶³ wird wohl bei den meisten Schädigungen durch sicherheitspolizeiliche Realakte primär kantonales Recht oder dann zivilrechtliche bzw. spezialgesetzliche Bestimmungen zur Anwendung gelangen. In jedem Fall ist aber vorgängig genau zu prüfen, im Rahmen was für einer Aufgabe der Beamte gehandelt hat und welcher föderativen Ebene diese zuzuschreiben ist. Hierzu kann auf das entsprechende Kapitel im ersten Teil dieser Arbeit verwiesen werden.⁶⁴

Zum Dritten ist in letzter Zeit vermehrt die Tendenz zu beobachten, auch gewisse sicherheitspolizeiliche **Aufträge** anderen Organen der Verwaltung oder gar

⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2219; SUTTER, Staatshaftung, S. 32; WERRO, Staatshaftung, S. 128; zur Aufgabenverteilung im föderativen Staatsaufbau vgl. Kap. 1/2/IV.

⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2219; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 38 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 15 zu § 61; zu den sicherheitspolizeilichen Bundesaufgaben vgl. Kap. 1/2/IV/2.

⁶¹ GROSS, amtliche Verrichtung, S. 315 m.w.H.; JAAG/RÜSSELI, Nr. 3109; vgl. auch Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 3.2.1.

⁶² BGE 106 Ib 273 ff. (274 f.), E. 2a; vgl. auch Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2219; JAAG, système général, S. 26; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 41 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 61; zum Föderalismus im Staatshaftungsrecht vgl. auch WICHTERMANN, Nr. 14.

⁶³ Anstelle vieler HENSLE, Sicherheitsarchitektur, S. 76; vgl. ausführlich Kap. 1/2/IV/1 und 1/2/IV/3/A.

⁶⁴ Kap. 1/2/IV.

Privaten zu **übertragen**.⁶⁵ Vor allem der zweite Fall bietet (nicht nur) aus haftungsrechtlicher Sicht besondere Schwierigkeiten.⁶⁶ Die Haftungserlasse sehen bei Auslagerung regelmässig abweichende Haftungsbestimmungen vor.⁶⁷ Selbst wenn diese den Staat nicht als Haftungssubjekt vorsehen, kann sich die Frage stellen, ob er seine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl oder Aufsicht des Aufgabenträgers verletzt hat und dadurch haftbar wird.⁶⁸

3. Erschwerter Zugang zur Staatshaftung

Aufgrund der unterschiedlichen anwendbaren Haftungsgrundlagen, den verschiedenen sicherheitspolizeilichen Akteuren auf mehreren föderativen Ebenen und deren vielgestaltigen Positionen präsentiert sich das Haftungssystem für sicherheitspolizeiliche Realakte auf den ersten Blick als sehr **kompliziert**.⁶⁹ Diese Zersplitterung erscheint vor allem mit Blick auf das Gleichheitsgebot bedenklich.⁷⁰

Bereits die Prüfung, welche Ansprüche bei welcher Behörde geltend gemacht werden können, wird sich in vielen Fällen als anspruchsvoll erweisen.⁷¹ Als erste Frage wird nämlich jeweils zu klären sein, in wessen Zuständigkeitsbereich eine Aufgabe und damit verbundene (unterlassene) Handlung steht, was angesichts der unübersichtlichen Kompetenzverteilung im sicherheitspolizeilichen Bereich bereits mit einigen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte.⁷² Erst anschliessend kann der anwendbare Haftungserlass bestimmt werden.⁷³ Erschwerend kommt hinzu, dass oft auch unterschiedliche Verfahren zur Anwendung kommen, die vereinzelt eingeschränkt sind.⁷⁴

Angesichts der teilweise kurzen Fristen zum Einreichen der Begehren⁷⁵ erscheint die Möglichkeit für die Betroffenen, auf dem Weg der Staatshaftung zu **Rechtsschutz** zu gelangen, als erheblich **beeinträchtigt**. Um überprüfen zu können, ob dieser Anschein tatsächlich stimmt, sollen in den folgenden Kapiteln

⁶⁵ Vgl. Kap. 1/2/IV/4/E und 1/3/VI; vgl. auch JAAG, système général, S. 26.

⁶⁶ SUTTER, Staatshaftung, S. 32; vgl. hierzu auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1595.

⁶⁷ Vgl. Kap. 3/2/III/2/D zur Regelung im VG, Kap. 3/2/IV/3/E zu den Regelungen in den Kantonen.

⁶⁸ SUTTER, Staatshaftung, S. 32.

⁶⁹ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 61.

⁷⁰ Vgl. auch ROBERTO, Nr. 17.02; WERRO, Staatshaftung, S. 126 f.

⁷¹ SUTTER, Staatshaftung, S. 33.

⁷² Vgl. SUTTER, Naturgefahren, S. 184 und Kap. 1/2/IV, insbes. Kap. 1/2/IV/C und 1/2/V.

⁷³ SUTTER, Naturgefahren, S. 184; vgl. hierzu auch WICHTERMANN, Nr. 46.

⁷⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1599; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 60.

⁷⁵ Vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 VG.

einerseits die Grundlagen der Haftung für sicherheitspolizeiliche Realakte (Kap. 3/2/III-V) und andererseits deren wichtigste Voraussetzungen (Kap. 3/3) detailliert dargelegt werden. Die dadurch erlangten Erkenntnisse werden analysiert und beurteilt, inwieweit das aktuelle Haftungssystem befriedigt oder allenfalls doch mangelhaft ist und inwiefern eine einheitliche Lösung sinnvoll und denkbar wäre (Kap. 3/4).

III. Rechtsgrundlagen auf Bundesebene

1. Bundesverfassung

Die Bundesverfassung spricht sich in **Art. 146 BV** zur Staatshaftung aus. Danach haftet «der Bund [...] für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen». Der Anwendungsbereich dieser Norm beschränkt sich auf **Beamte des Bundes**.⁷⁶ Selbst wenn kantonale Organe (selbständig) Bundesrecht vollziehen und dabei Schaden verursachen, wird dies grds. nicht von Art. 146 BV erfasst.⁷⁷ Allerdings enthalten Bundesgesetze, so etwa das ZAG, teilweise Haftungsbestimmungen für Schädigungen durch kantonale Organe, wenn letztere «unmittelbar im Auftrag oder unter Leitung der Bundesbehörden tätig gewesen sind».⁷⁸ Grundsätzlich sind die Kantone aber beim Erlass der Haftungsbestimmungen für ihren Zuständigkeitsbereich autonom.⁷⁹

Art. 146 BV setzt gewisse **Mindeststandards**, welche durch den Gesetzgeber nicht unterschritten werden dürfen.⁸⁰ Dieser darf die Staatshaftung allerdings zu Gunsten des Geschädigten ausweiten, beispielsweise neben Schadenersatz- auch Genugtuungsansprüche vorsehen⁸¹ oder eine Entschädigungspflicht für eigentlich rechtmässiges Handeln normieren⁸².

⁷⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1601; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 61; vgl. auch JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 38 und JAAG, Revision, S. 21 zur Kompetenz des Bundes, die Staatshaftung lediglich auf Bundesebene zu regeln.

⁷⁷ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1601 Fn. 2841; entsprechend kommt in der Regel auch nicht Art. 3 oder 19 VG, sondern das eigene Haftungsrecht der Kantone zur Anwendung (JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 216).

⁷⁸ Art. 31 Abs. 1 lit. b ZAG; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1601.

⁷⁹ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1601.

⁸⁰ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1600; RYTER, Nr. 29.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 61.

⁸¹ Vgl. Art. 6 VG und TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 61.

⁸² Vgl. Art. 23 Abs. 3 EpG zur Haftung bei Impfschäden und MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1600.

Als Minimalanforderung ist vorgeschrieben, dass es sich zum einen um eine **ausschliessliche** Staatshaftung handeln muss, dass also gegenüber dem Geschädigten direkt der Bund, nicht aber der handelnde Beamte verantwortlich ist.⁸³ Dies ist im sicherheitspolizeilichen Bereich in besonderer Weise gerechtfertigt: Angestellte der Sicherheitsbehörden, so etwa Polizistinnen und Polizisten, werden im Rahmen ihrer Tätigkeit besonderen Gefahren ausgesetzt: Einerseits ist deren Risiko, selbst zu verunfallen, erhöht, andererseits müssen sie bei ihrer dienstlichen Verrichtung immer wieder Handlungen vornehmen, welche speziell geeignet sind, Dritten Schaden und somit Haftungsfolgen zu bewirken.⁸⁴

Als Minimalanforderung soll es sich gemäss Art. 146 BV bei der Haftung des Bundes zum andern um eine **kausale** Haftung handeln, also grds. kein Verschulden vorausgesetzt sein.⁸⁵ Haftungsvoraussetzungen sind vielmehr das Vorliegen eines Schadens, der kausal durch eine amtliche Tätigkeit verursacht wird, welche als widerrechtlich zu qualifizieren ist.⁸⁶ Für private Tätigkeiten haftet der Bund nicht,⁸⁷ die Haftung für zivilrechtliche Tätigkeiten richtet sich nach dem allgemeinen Haftpflichtrecht.⁸⁸ Die genaue Ausgestaltung dieser grundlegenden Staatshaftungsvoraussetzungen ist durch den Gesetzgeber vorzunehmen.⁸⁹ Der wichtigste Erlass ist dabei das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes, das im nächsten Kapitel dargestellt wird.

2. Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes

A) Geltungsbereich des VG

a) Persönlicher Geltungsbereich

Das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes regelt in persönlicher Hinsicht die Haftung der «**Personen**, denen die **Ausübung eines öffentlichen Amtes des Bundes** übertragen ist».⁹⁰ Dazu zählen neben Mitgliedern des Bundesrats⁹¹ und

⁸³ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 44; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1602; RYTER, Nr. 29.20 ff.; SUTTER, Naturgefahren, S. 184; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 61.

⁸⁴ Vgl. auch GEISSELER, S. 26.

⁸⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 61.

⁸⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1602.

⁸⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 61.

⁸⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1603; SUTTER, Naturgefahren, S. 184.

⁸⁹ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 17; MAYHALL, S. 210; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1602.

⁹⁰ Art. 1 Abs. 1 VG; vgl. auch HUNOLD, Nr. 23; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 61.

⁹¹ Art. 1 Abs. 1 lit. b VG; vgl. hierzu etwa JAAG, Bundesverwaltungsrecht,

der eidgenössischen Gerichte⁹² auch etwa «die Beamten und übrigen Arbeitskräfte des Bundes»⁹³, wie beispielsweise die Angehörigen des Nachrichtendienstes, des Bundesamts für Polizei, des Bundessicherheitsdienstes und des Grenzwachtkorps.

Darüber hinaus erfasst das VG «alle anderen Personen, insoweit sie unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind».⁹⁴ Darunter fallen sowohl Angestellte dezentraler Verwaltungsträger als teilweise auch private Unternehmen, welchen etwa die Erfüllung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben übertragen wurde.⁹⁵ Zu denken ist beispielsweise an Skyguide, eine Aktiengesellschaft des Schweizer Rechts, welche im Auftrag des Bundes unter anderem zur Sicherung des Luftraums tätig wird,⁹⁶ oder an die Bahnpolizei des Bundes.⁹⁷ Der Bund haftet für deren schädigende Realakte allerdings nur subsidiär – also grds. nur, falls und inwieweit die Organisation selbst den Betrag nicht vollständig decken kann.⁹⁸

Vom persönlichen Geltungsbereich des VG «ausgenommen sind die Angehörigen der Armee mit Bezug auf ihre militärische Stellung und ihre dienstlichen Pflichten».⁹⁹ Ebenfalls nicht nach dem VG des Bundes, sondern nach kantonalen Verantwortlichkeitserlassen, richtet sich eine allfällige Staatshaftung bei schädigendem Verhalten von Angestellten der Kantone oder Gemeinden, wenn diese nicht unmittelbar mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind, sondern letztere im Rahmen des Vollzugsföderalismus lediglich vollziehen.¹⁰⁰

Nr. 68 ff.

⁹² Art. 1 Abs. 1 lit. c VG.

⁹³ Art. 1 Abs. 1 lit. e VG; vgl. hierzu auch etwa JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 66 ff.; MAYHALL, S. 267 f.

⁹⁴ Art. 1 Abs. 1 lit. f VG; vgl. hierzu auch etwa MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1609 ff.

⁹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 62.

⁹⁶ Vgl. <http://www.skyguide.ch/de/company/menschen-organ/>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

⁹⁷ Vgl. JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 220; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1598.

⁹⁸ Art. 19 Abs. 1 lit. a VG; vgl. auch etwa GROSS/PRIBNOW, Nr. 23; HUNOLD, Nr. 24; JAAG, système général, S. 26; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 62.

⁹⁹ Art. 1 Abs. 2 VG; vgl. auch etwa JAAG, système général, S. 29.

¹⁰⁰ BGE 106 Ib 273 ff. (275), E. 2a; Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 3.2; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 26; HUNOLD, Nr. 25 m.w.H.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 41 ff.; KUHN, S. 112; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 61.

b) Sachlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht gilt das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes grds. für sämtliche **amtliche Tätigkeit**,¹⁰¹ wenn der Bund bzw. sein Angestellter also unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt.¹⁰²

Von diesem grundsätzlichen Anwendungsbereich gibt es aber zahlreiche **Ausnahmen**.¹⁰³ Die für diese Arbeit wichtigste ist der Vorbehalt der Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse in Art. 3 Abs. 2 VG.¹⁰⁴ Diese werden weiter unten genauer erläutert.¹⁰⁵

Des Weiteren ist der Bund vom Geltungsbereich des VG ausgenommen, soweit er nicht-hoheitlich, «als Subjekt des Zivilrechts auftritt» und sich zivilrechtlichen Handlungsformen wie Verträgen bedient – mit anderen Worten gewerblich handelt.¹⁰⁶ Diesfalls haftet er nach den zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen: Gemäss Art. 55 ZGB kann er dabei ebenfalls für seine Organe, gemäss Art. 55 bzw. Art. 101 OR für seine übrigen Hilfspersonen haftbar gemacht werden, wobei dem Geschädigten nur ein Anspruch gegenüber dem Staat, hingegen «kein Anspruch gegenüber dem fehlbaren Beamten zu» steht.¹⁰⁷ Gewerbliches Handeln findet man überwiegend in der Leistungs- und Bedarfsverwaltung, hingegen kaum im Rahmen sicherheitspolizeilicher Tätigkeit.¹⁰⁸

B) Staatshaftung nach VG im Aussenverhältnis

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

Im Anwendungsbereich des VG gilt im Aussenverhältnis, wie von der BV vorgegeben, eine **ausschliessliche Staatshaftung**.¹⁰⁹ Ungeachtet dessen, ob ein

¹⁰¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 3 zu § 62.

¹⁰² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 62.

¹⁰³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 3 zu § 62; vgl. auch RYTER, Nr. 29.5 mit Verweis auf BGE 139 V 127 ff. (130 ff.), insbes. E. 3.2 und 3.3 ff. und Urteil des BGer 8C_510/2007 vom 3. Oktober 2008, E. 4.1.2.

¹⁰⁴ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 22; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1605; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 3 zu § 62; vgl. auch BGE 139 III 110 ff. (113), E. 2.2.2.

¹⁰⁵ Vgl. Kap. 3/2/III/3 und 4.

¹⁰⁶ Art. 11 Abs. 1 VG; vgl. auch MÜLLER, Handkommentar, N 7 zu Art. 61 OR; RYTER, Nr. 29.14; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 62.

¹⁰⁷ Art. 11 Abs. 2 VG; vgl. auch MÜLLER, Handkommentar, N 7 zu Art. 61 OR; RYTER, Nr. 29.14; SUTTER, Naturgefahren, S. 184; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 62.

¹⁰⁸ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 62.

¹⁰⁹ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 44 ff.; KUHN, S. 76 f.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 62.

Schaden durch amtliche oder gewerbliche Tätigkeit verursacht wurde, haftet dem Geschädigten direkt also immer nur der Bund, nicht aber der handelnde Angestellte.¹¹⁰

Zudem handelt es sich um eine **Kausalhaftung**, da grds. kein Verschulden des handelnden Beamten vorausgesetzt ist.¹¹¹ Sein Verschulden wird allerdings bei Beurteilung einer Haftung im Innenverhältnis relevant, auf welche im nächsten Kapitel eingegangen wird.¹¹²

Für die Haftung des Staates gegenüber dem Geschädigten, also das Aussenverhältnis, lassen sich Art. 3 Abs. 1 VG fünf **Haftungsvoraussetzungen** entnehmen:¹¹³

Zum Ersten muss ein **Schaden** vorliegen. Der Begriff des Schadens wird weiter unten für sämtliche Haftungsnormen kurz besprochen.¹¹⁴ An dieser Stelle sei einzig darauf hingewiesen, dass das VG zum einen in Art. 5 einzelne zu ersetzende Schadensposten ausdrücklich normiert hat. Dazu gehören u.a. Heilungs- und Erwerbsausfallkosten im Falle der Verletzung, sowie Bestattungskosten und Versorgerschaden bei Tötung eines Menschen.¹¹⁵ Zum andern erfasst der Schadensbegriff des VG auch eine immaterielle Unbill. Unter den restriktiven Voraussetzungen des Art. 6 VG kann diese durch eine Genugtuungszahlung kompensiert werden.¹¹⁶

Zum Zweiten erfordert die Staatshaftung nach VG im Aussenverhältnis einen **adäquaten Kausalzusammenhang** zwischen der schädigenden Tätigkeit und dem Schaden. Auch dieser wird weiter unten genauer erläutert.¹¹⁷ Bereits im Voraus ist darauf hinzuweisen, dass Selbst- und Drittverschulden sowie höhere Gewalt den Kausalzusammenhang in seltenen Fällen zu durchbrechen vermögen, sofern sie derart schwer wiegen, dass die eigentliche Schadensursache völlig in den Hintergrund rückt.¹¹⁸ Ist ihre Wirkung hierfür zu schwach, kann «die zuständige Behörde die Ersatzpflicht [immerhin] ermässigen oder [gar] gänzlich

¹¹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 62.

¹¹¹ GROSS, Staatshaftung, S. 21 f.; RYTER, Nr. 29.32 m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 62; kritisch WERRO, Staatshaftung, S. 130; vgl. zur Kritik insbes. Kap. 3/2/II/1 und 3/3/VI.

¹¹² Vgl. Kap. 3/2/III/2/C.

¹¹³ Vgl. auch JAAG, système général, S. 27; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 f. zu § 62; Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.1.1.

¹¹⁴ Vgl. Kap. 3/3/III.

¹¹⁵ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 62.

¹¹⁶ Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 62.

¹¹⁷ Vgl. Kap. 3/3/V.

¹¹⁸ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 457 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 62.

von ihr entbinden», sofern «der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt» hat oder «Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt» haben.¹¹⁹

Zum Dritten muss ein «**Beamter**» gehandelt haben, damit eine Staatshaftung nach Art. 3 Abs. 1 VG in Frage kommt.¹²⁰ Dieser Begriff ist sehr weit zu verstehen und umfasst grds. sämtliche Personen, welche eine staatliche Aufgabe erfüllen.¹²¹ Das VG nimmt also nicht auf einen dienstrechtlichen, sondern auf einen funktionalen Beamtenbegriff Bezug.¹²² Für den genau erfassten Personenkreis kann auf die Ausführungen zum persönlichen Geltungsbereich¹²³ sowie die abschliessende Liste in Art. 1 Abs. 1 VG¹²⁴ verwiesen werden.

Vierte Voraussetzung ist, dass der Beamte «in Ausübung amtlicher Tätigkeit» gehandelt hat, dass also zwischen seinem Aufgabenbereich und der schädigenden Tätigkeit ein **funktionaler Zusammenhang** besteht.¹²⁵ Auch diesbezüglich kann auf die folgenden Erläuterungen verwiesen werden.¹²⁶

Schliesslich muss der Schaden durch den Beamten **widerrechtlich** verursacht worden sein.¹²⁷ Mit dieser Haftungsvoraussetzung sind nach wie vor die meisten Schwierigkeiten verbunden. In dieser Arbeit wird sie ebenfalls eingehende Ausführungen erfordern und sich als zentrales Kriterium erweisen.¹²⁸

b) Verjährung und Verfahren

«Die Haftung des Bundes [...] erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens einreicht, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten.»¹²⁹

«Das Begehren ist dem Eidgenössischen Finanzdepartement [schriftlich und begründet] einzureichen.»¹³⁰ «Das Eidgenössische Finanzdepartement leitet die

¹¹⁹ Art. 4 VG.

¹²⁰ Vgl. FELLER, S. 137 f.; GROSS, Vergleich, S. 153 f.

¹²¹ GROSS/PRIBNOW, Nr. 23; HUNOLD, Nr. 23; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 62; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3114 zum HG ZH.

¹²² Kap. 3/2/III/2/A/a.

¹²³ JAAG, système général, S. 29.

¹²⁴ JAAG, système général, S. 29.

¹²⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 62.

¹²⁶ Vgl. Kap. 3/3/II/2.

¹²⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 26 ff. zu § 62.

¹²⁸ Vgl. Kap. 3/3/IV.

¹²⁹ Art. 20 Abs. 1 VG; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 23 f.; KUHN, S. 166 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.22.

¹³⁰ Art. 20 Abs. 2 VG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 VzVG; vgl. auch JAAG, système général,

Begehren an die zur Anerkennung oder Bestreitung zuständige Stelle weiter, soweit es nicht selbst zuständig ist.»¹³¹

Die zuständige Behörde erlässt eine Verfügung, welche durch eine Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann.¹³² Dessen Entscheid unterliegt unter Umständen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht.¹³³

C) Staatshaftung nach VG im Innenverhältnis

Die ausschliessliche Staatshaftung nach VG schliesst nicht aus, dass der handelnde Beamte im Innenverhältnis durch den Bund belangt werden kann.¹³⁴

Zum einen ist es denkbar, dass der Beamte dem Bund durch sein Handeln **direkt** Schaden zufügt,¹³⁵ ein Polizist auf einer Kontrollfahrt beispielsweise das Dienstfahrzeug beschädigt. Diesfalls haftet er, sofern er vorsätzlich oder grobfahrlässig eine Dienstpflicht verletzt hat.¹³⁶ «Der Schadenersatzanspruch des Bundes [...] verjährt innert eines Jahres, nachdem die zur Geltendmachung des Anspruches zuständige Dienststelle oder Behörde vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls in fünf Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten.»¹³⁷

Zum andern kann der Staat auch **indirekt** durch seinen Beamten geschädigt werden, indem er für den Schaden ersatzpflichtig wird, welcher letzterer einem Dritten zugefügt hat.¹³⁸ Der Regress ist dabei wiederum als Verschuldenshaftung ausgestaltet, die Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit verlangt, und bleibt selbst nach Auflösung des Dienstverhältnisses noch möglich.¹³⁹ «Der Rückgriffsan-

S. 37 f.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 199; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1643.

¹³¹ Art. 1 Abs. 2 VzVG; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1643 ff.

¹³² Art. 10 Abs. 1 VG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 VzVG; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 23; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2301; JAAG, système général, S. 37 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1646; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 49 zu § 62; vgl. etwa Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, insbes. E. 1.1.

¹³³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2301; JAAG, système général, S. 37 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1646; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.23; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 49 zu § 62.

¹³⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 23; JAAG, système général, S. 36; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 und 7 zu § 62.

¹³⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 62; hierzu auch KUHN, S. 158 ff.

¹³⁶ Art. 8 VG; vgl. auch JAAG, système général, S. 36; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.20; zum Verschulden vgl. Kap. 3/3/VI.

¹³⁷ Art. 23 Abs. 1 VG.

¹³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 zu § 62; hierzu auch KUHN, S. 156 ff.

¹³⁹ Art. 7 VG; hierzu auch etwa GUCKELBERGER, S. 184; HÄFE-

spruch des Bundes [...] verjährt innert eines Jahres seit der Anerkennung oder der rechtskräftigen Feststellung der Schadenersatzpflicht des Bundes, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten.»¹⁴⁰

Sowohl bei direkter als auch bei indirekter Schädigung des Bundes sind auf seine Ansprüche «die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung von Obligationen durch unerlaubte Handlungen entsprechend anwendbar».¹⁴¹ «Sobald ein Dritter vom Bund Schadenersatz begehrt, hat der Bund den Beamten, gegen den ein Rückgriff in Frage kommen kann, sofort zu benachrichtigen.»¹⁴² Sowohl über diesen Rückgriff als auch über einen Anspruch aufgrund direkter Schädigung muss die zuständige Behörde eine Verfügung erlassen, wogegen dem handelnden Beamten die üblichen Rechtsmittel zustehen, die er auch gegen andere personalrechtliche Verfügungen ergreifen könnte.¹⁴³

Anzumerken bleibt, dass sich in Staatshaftungsfällen das Innenverhältnis, insbesondere die Frage nach einem Regress des Bundes auf den Schadensverursacher, auch dann nach dem VG richtet, wenn diesem im Aussenverhältnis eine spezielle Haftungsnorm, beispielsweise Art. 58 SVG, vorgeht.¹⁴⁴

D) Staatshaftung nach VG bei Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

Zwar erfasst der persönliche Geltungsbereich des VG sämtliche «Personen, insoweit sie unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind», also auch etwa Angestellte dezentraler Verwaltungsträger und teilweise privater Unternehmen, welchen beispielsweise die Erfüllung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben übertragen wurde.¹⁴⁵ Fügen sie allerdings einem Dritten oder dem Bund in Ausübung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe Schaden zu, so ist deren Haftung bzw. die Haftung des Staates speziell geregelt:

«Für den einem Dritten zugefügten Schaden haftet [**primär**] **die Organisation** [...]. Soweit [diese] die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag», wobei sowohl der

LIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2318 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1658.

¹⁴⁰ Art. 21 VG.

¹⁴¹ Art. 9 Abs. 1 VG.

¹⁴² Art. 3 Abs. 4 VG.

¹⁴³ Art. 10 Abs. 1 VG; JAAG, système général, S. 39 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 57 f. zu § 62.

¹⁴⁴ Vgl. Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 23. Mai 1978, E. 2 (ZBJV 1979, S. 369 ff., S. 371).

¹⁴⁵ Art. 1 Abs. 1 lit. f VG; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 62.

Bund als auch die Organisation auf den handelnden Angestellten Regress nehmen können.¹⁴⁶ Wurde dem Bund Schaden zugefügt, so «haften primär die fehlbaren Organe oder Angestellten und subsidiär die Organisation».¹⁴⁷ Der Bund ist in dieser Situation also privilegiert, haftet er doch im Sinne einer **Ausfallhaftung** nur subsidiär für einen allenfalls ungedeckten Betrag.¹⁴⁸

Der Entscheid, welche privaten Organisationen unter diese Haftungsregelung von Art. 19 VG fallen, ist in Anbetracht der vielgestaltigen Arten der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben oft delikant, ist es doch unter Umständen schon schwierig zu bestimmen, inwiefern Private gemäss Art. 1 lit. f VG «unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut» sind.¹⁴⁹ Auch ist in jedem Fall genau zu überprüfen, ob die Schädigung tatsächlich in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, oder nicht eher im privaten Tätigkeitsbereich erfolgte.¹⁵⁰ Diese Zuordnung dürfte im sicherheitspolizeilichen Bereich letzten Endes aber weniger Probleme bereiten. Denn sofern sicherheitspolizeiliche Akteure im Rahmen der Gefahrenabwehr oder anderer Aufgaben handeln, die sie im Auftrag des Gesetzgebers zu erfüllen haben, üben sie eine amtliche Tätigkeit aus und es kommt folglich Staatshaftungsrecht zur Anwendung.¹⁵¹ Dies gilt auch im Fall einer Auslagerung an Private.¹⁵²

¹⁴⁶ Art. 19 Abs. 1 lit. a VG; vgl. auch JAAG, système général, S. 26; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 202 und 231 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1613; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.19.

¹⁴⁷ Art. 19 Abs. 1 lit. b VG; vgl. auch JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 236 ff.

¹⁴⁸ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 22 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 62.

¹⁴⁹ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 204 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1615; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 62.

¹⁵⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 23; GROSS/PRIBNOW, Nr. 341.

¹⁵¹ BREHM, N 19 zu Art. 61 OR mit Verweis auf BGE 92 I 516 ff. (522), E. 1; GROSS, Staatshaftung, S. 115 m.w.H.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 342; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 89; KUHN, S. 76; MÜLLER, Handkommentar, N 13 ff. zu Art. 61 OR; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 157 ff.; SUTTER, Naturgefahren, S. 184; zur Abgrenzung von amtlicher und gewerblicher Verrichtung nach Art. 61 OR vgl. auch ausführlich GROSS, amtliche Verrichtung, S. 311 ff.; GROSS, amtliche Funktion, S. 235; GROSS, Staatshaftung, S. 113 ff.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 14 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.15; vgl. für eine analoge Argumentation im Baubereich HÄNNI/MAHAIN, S. 147 und SOBOTICH, S. 95, wonach die Aufsicht über das Bauen eine Staatsaufgabe darstellt und somit diesbezüglich grds. Staatshaftungsrecht anwendbar ist.

¹⁵² SUTTER, Staatshaftung, S. 36; vgl. auch GROSS, amtliche Verrichtung, S. 316; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 160; vgl. auch SCHWEIZER, SGK, N 46 zu Art. 35 BV zur Grundrechtsbindung; vgl. hierzu auch Kap. 1/3/VI.

Die Ausfallhaftung des Staates gegenüber dem Geschädigten wird im Bereich des Einsatzes von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben des Bundes mit deren Pflicht ergänzt, eine **Haftpflichtversicherung** mit einer dem Risiko entsprechenden Deckungssumme abzuschliessen.¹⁵³

Nicht als Organisationen im Sinne von Art. 19 VG gelten grds. **Kantone und Gemeinden**, etwa deren Polizeikorps, selbst wenn sie Bundesrecht vollziehen und dabei Schaden verursachen. Diese Fälle werden in der Regel von deren eigenem Haftungsrecht erfasst.¹⁵⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn diese Aufgabenerfüllung nicht zum gewöhnlichen, gesetzmässigen Tätigkeitsbereich der Kantone oder Gemeinden gehört, sondern ihnen durch den Bund ähnlich einem Privaten speziell übertragen wurde.¹⁵⁵

Für Verjährungs- und Verfahrensfragen kann auf das Kapitel zur Staatshaftung nach VG im Aussenverhältnis verwiesen werden.¹⁵⁶

3. Zivilrechtliche Haftungsnormen

A) Einleitung

Gemäss Bundesgericht sind sowohl die **Tierhalter- und Werkeigentümerhaftung** nach Art. 56 bzw. 58 OR als auch die **Grundeigentümerhaftung** nach Art. 679 ZGB Sonderbestimmungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VG, welche der allgemeinen Staatshaftung als *lex specialis* grundsätzlich vorgehen. Dies unabhängig davon, ob die Halter-, Werkeigentümer- oder Grundeigentümereigenschaft des Gemeinwesens als Ausfluss hoheitlicher oder privatrechtlicher Befugnisse erscheint und ob die schädigende Handlung aus Sicht des öffentlichen oder privaten Rechts zu beurteilen ist.¹⁵⁷ Zu diesem Grundsatz machen die Rich-

¹⁵³ Art. 4 Abs. 1 lit. f VES; vgl. auch SUTTER, Staatshaftung, S. 33.

¹⁵⁴ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 216; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1601 Fn. 2841.

¹⁵⁵ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 217.

¹⁵⁶ Vgl. Kap. 3/2/III/2/C/B; vgl. auch JAAG, système général, S. 38 f.

¹⁵⁷ BGE 139 III 110 ff. (113), E. 2.2.2; vgl. für die Tierhalterhaftung BGE 126 III 14 ff. (16), E. 1a; 115 II 237 ff. (244 f.), E. 2c; für die Werkeigentümerhaftung BGE 129 III 65 ff. (66 f.), E. 1; 116 II 645 ff. (648 f.), E. 3; 116 II 645 ff. (647 f.), E. 2b; 98 II 40 ff. (42 f.), E. 1; 96 II 337 ff. (341), E. 2a; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 30; GROSS, Vergleich, insbes. S. 506 f. und 513 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2273 ff.; IMBODEN/RHINOW, S. 712 und 721 ff.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 29 ff.; KAUFMANN, S. 287a f.; RYTER, Nr. 29.17; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 62; WERRO, responsabilité, Nr. 767 und 968; WICHTERMANN, Nr. 43.

ter gewisse Vorbehalte, welche in der Folge – bei Erläuterung der Haftungsvoraussetzungen – zu besprechen sind.

B) Tierhalterhaftung

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

Gemäss **Art. 56 Abs. 1 OR** haftet grundsätzlich «für den von einem Tier angerichteten Schaden [...], wer dasselbe hält». Zentrale Haftungsvoraussetzung – neben einem Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang und der Widerrechtlichkeit,¹⁵⁸ welche weiter unten erläutert werden¹⁵⁹ – ist demnach die **Schadensverursachung durch ein Tier**.¹⁶⁰ Die Tierhalterhaftung qualifiziert sich somit als **Kausalhaftung**.¹⁶¹

¹⁵⁸ Die ältere Lehre nannte noch (fast) übereinstimmend die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung der Tierhalterhaftung (vgl. KELLER/GABI/GABI, S. 180; OFTINGER/STARK, II/1, N 78 zu § 21; REY, Nr. 983; vgl. auch WERRO, OR-Kommentar, N 4 zu Art. 56 OR; anders bereits DESCHENAUX/TERCIER, N 13 f. zu § 11); neuere Beiträge nehmen hingegen auf deren Schutzbereich Bezug und gehen davon aus, dass die Tierhalterhaftung nur absolut geschützte Rechtsgüter, nicht aber reine Vermögensinteressen schütze (vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 870; MÜLLER, Handkommentar, N 3 ff. zu Art. 56 OR; ROBERTO, Nr. 13.02; SCHWENZER, Nr. 53.05; WERRO, responsabilité, Nr. 938); überzeugend ist in diesem Zusammenhang die Ansicht von ROBERTO, Nr. 13.02, wonach die Widerrechtlichkeit darin zu sehen ist, dass der Tierhalter seine Sorgfaltspflichten in Bezug auf Verwahrung und Beaufsichtigung des Tiers verletzt hat, was grds. vermutet wird.

¹⁵⁹ Kap. 3/3/III-IV.

¹⁶⁰ DESCHENAUX/TERCIER, N 13 f. zu § 11; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 856; FISCHER/BÖHME, N 11 und 20 ff. zu Art. 56 OR m.w.H.; ROBERTO, Nr. 13.02; WERRO, OR-Kommentar, N 5 zu Art. 56 OR.

¹⁶¹ BGE 115 II 237 ff. (245), E. 2c; BREHM, N 31 zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 6 zu § 11; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 821 m.w.H.; FISCHER/BÖHME, N 3 zu Art. 56 OR m.w.H.; KELLER, S. 48; KELLER/GABI/GABI, S. 179; MÜLLER, Handkommentar, N 1 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 3 zu § 21; REY, Nr. 979; WERRO, responsabilité, Nr. 932; WERRO, OR-Kommentar, N 1 zu Art. 56 OR; vgl. hingegen HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 17, ROBERTO, Nr. 13.01 und SCHWENZER, Nr. 53.04, welche von einer eingeschränkten Verschuldenshaftung (bzw. einer Verschuldenshaftung mit vermuteter Verletzung einer Verhaltenspflicht) sprechen möchten; SCHLÜCHTER, S. 281 f., spricht hingegen von einer faktisch bestehenden Gefährdungshaftung, was abzulehnen ist, hat das Bundesgericht doch erst kürzlich eine Entlastung des Tierhalters bejaht und betont, dass die Tierhalterhaftung keine strenge Kausalhaftung ist (Urteil des BGer 4A_321/2015 vom 6. Oktober 2015, insbes. E. 2.6).

b) *Selbständige Aktion eines Tiers*

Als **Tiere** gelten «Lebewesen, die gehalten werden können».¹⁶² Das «Halten» beinhaltet eine gewisse Herrschaft, Kontrolle über das Tier, geht aber gleichzeitig auch mit dessen Pflege einher.¹⁶³ Im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich ist in erster Linie der Einsatz von Hunden, früher noch von Pferden, vorstellbar. Dabei handelt es sich zweifellos um Tiere im Sinne von Art. 56 OR.¹⁶⁴

Gemäss Lehre und Rechtsprechung muss das schädigende Verhalten des Tiers eine «**selbständige Aktion**» sein, ein Handeln «aus eigenem tierischen Antrieb», um eine Haftung dessen Halters begründen zu können.¹⁶⁵ Es muss also ein typisch tierisches Verhalten den Schaden bewirken, bei einem Hund wäre dies etwa Kläffen, Beissen oder Überrennen einer Person.¹⁶⁶

Wirkt das Tier hingegen nur «als willenloses Werkzeug in der Hand des Menschen», so haftet nicht der Halter nach Art. 56 OR. Möglicherweise wird aber nach einer anderen Haftpflichtbestimmung¹⁶⁷ die Person, welche das Tier als Werkzeug eingesetzt hat oder dann die Person, welche für letztere verantwortlich ist, entschädigungspflichtig.¹⁶⁸ Eine Gegen Ausnahme gilt, falls die Person

¹⁶² FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 856; FISCHER/BÖHME, N 15 zu Art. 56 OR m.w.H.; vgl. auch BREHM, N 5 zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 20 zu § 11; KELLER/GABI/GABI, S. 180; MÜLLER, Handkommentar, N 4 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 69 zu § 21; REY, Nr. 999; ROBERTO, Nr. 13.08; WERRO, responsabilité, Nr. 951 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 11 zu Art. 56 OR.

¹⁶³ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 856; vgl. auch MÜLLER, Handkommentar, N 5 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 69 zu § 21; REY, Nr. 999.

¹⁶⁴ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 859 ff. m.w.H.; KELLER, S. 184 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 4 f. zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 11, 69 und 96 zu § 21.

¹⁶⁵ BREHM, N 6 zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 22 zu § 11; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 856 m.w.H.; FISCHER/BÖHME, N 18 zu Art. 56 OR m.w.H.; GROSS, Vergleich, S. 145 f.; KELLER, S. 181; KELLER/GABI/GABI, S. 180; MÜLLER, Handkommentar, N 6 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 72 zu § 21; REY, Nr. 1001; ROBERTO, Nr. 13.09; WERRO, responsabilité, Nr. 954; WERRO, OR-Kommentar, N 12 zu Art. 56 OR; BGE 64 II 373 ff. (375), E. 1.

¹⁶⁶ HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 10 zu § 17; KELLER/GABI/GABI, S. 180; SCHWENZER, Nr. 53.09; vgl. auch OFTINGER/STARK, II/1, N 72 zu § 21; ROBERTO, Nr. 13.09.

¹⁶⁷ In Frage kommen etwa Art. 41, 55 OR und Art. 333 ZGB (vgl. OFTINGER/STARK, II/1, N 76 zu § 21).

¹⁶⁸ BGE 64 II 373 ff. (375), E. 1; vgl. auch DESCHENAUX/TERCIER, N 22 zu § 11; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 863; KELLER/GABI/GABI, S. 180; MÜLLER, Handkommentar, N 6 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 74 und 76 zu § 21;

das Tier zwar beeinflusst, etwa einen Hund auf einen Dritten hetzt, seinem eigenen Willen und Antrieb aber noch Raum lässt: In einem solchen Fall ist die Tierhalterhaftung nach der hier vertretenen Meinung nicht ausgeschlossen.¹⁶⁹

c) Der Halter als Haftungssubjekt

Wer nun Halter eines Tiers und damit Haftungssubjekt von Art. 56 OR ist, sagt das Gesetz nicht. Die Frage ist auch in Lehre und Rechtsprechung nach wie vor nicht abschliessend geklärt.¹⁷⁰ Übereinstimmend wird bei dessen Bestimmung nicht in erster Linie auf rechtliche, sondern auf **tatsächliche Kriterien** abgestellt.¹⁷¹

Der Halter wird zwar regelmässig Eigentümer und Besitzer des Tiers sein, dies ist aber nicht zwingend.¹⁷² Während sich das Bundesgericht in älteren Entscheidungen primär auf zwei Kriterien, nämlich den Nutzen und die tatsächliche Herrschaft am bzw. über das Tier stützt,¹⁷³ stellt es in jüngeren Entscheidungen das Bestehen eines Gewaltverhältnisses, einer faktischen Verfügungsgewalt in den Mittelpunkt.¹⁷⁴ Nur wer tatsächlich die Herrschaft über ein Tier habe, könne

REY, Nr. 1004 f.; SCHWENZER, Nr. 53.10; WERRO, OR-Kommentar, N 12 zu Art. 56 OR.

¹⁶⁹ Vgl. auch BGE 64 II 373 ff. (375), E. 1; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 863; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 10 zu § 17; MÜLLER, Handkommentar, N 6 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 74 zu § 21; WERRO, OR-Kommentar, N 12 zu Art. 56 OR; a.M. FISCHER/BÖHME, N 19 zu Art. 56 OR m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 180; REY, Nr. 1005.

¹⁷⁰ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 823 ff. m.w.H.; MÜLLER, Handkommentar, N 8 zu Art. 56 OR.

¹⁷¹ BREHM, N 13 ff. zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 15 ff. zu § 11; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 824; FISCHER/BÖHME, N 22 zu Art. 56 OR m.w.H.; GROSS, Vergleich, S. 89 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 4 zu § 17; KELLER, S. 182; KELLER/GABI/GABI, S. 181; MÜLLER, Handkommentar, N 11 ff. zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 23 ff., insbes. N 28 zu § 21; REY, Nr. 984 ff.; ROBERTO, Nr. 13.05; SCHWENZER, Nr. 53.06; WERRO, responsabilité, Nr. 940 f.; WERRO, OR-Kommentar, N 6 ff. zu Art. 56 OR.

¹⁷² BREHM, N 14 zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 17 zu § 11; FISCHER/BÖHME, N 28 zu Art. 56 OR m.w.H.; KELLER, S. 182 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 11 f. zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 24 zu § 21; REY, Nr. 984; WERRO, OR-Kommentar, N 7 zu Art. 56 OR; a.M. KELLER/GABI/GABI, S. 181, wonach der Halter immer Besitzer ist (nicht aber zwingend Eigentümer), da nur der Besitzer Verfügungsgewalt haben kann (was gemäss ihnen massgebliches Kriterium ist).

¹⁷³ BGE 64 II 373 ff. (375 f.), E. 2; 58 II 371 ff. (376), E. 2.

¹⁷⁴ BGE 110 II 136 ff. (138), E. 1a; 104 II 23 ff. (25), E. 2a.

auch Massnahmen ergreifen, um den besonderen Sorgfaltspflichten eines Halters nachzukommen.¹⁷⁵

Diese Rechtsprechung wird in der Lehre teils stark kritisiert.¹⁷⁶ Zu Recht wird zum einen auf das Wesen der Kausalhaftungen hingewiesen, bei welchen den persönlichen Verhältnissen des möglicherweise Haftpflichtigen kaum Bedeutung beigemessen wird, und zum andern mit dem Zweck von Art. 56 OR argumentiert, wonach entscheidend ist, wem der Nutzen am Tier zukommt.¹⁷⁷ Entsprechend sind für die Bestimmung des Halters das Interesse und der Nutzen am Tier – ideell oder wirtschaftlich – zentrale Kriterien.¹⁷⁸

Fehlt der Person, welche die Herrschaft über ein Tier hat, ein solch spezifisches eigenes Interesse, so ist sie als **Hilfsperson** zu betrachten, für deren Verhalten der Halter ebenfalls haftbar ist.¹⁷⁹ Zu den Hilfspersonen zählen insbesondere Angestellte des Tierhalters, welche sich um das Tier kümmern.¹⁸⁰

Es ist auch denkbar, dass **mehrere Personen** ein nahezu gleich starkes Interesse an einem Tier haben, wobei dies beim einen eher ideeller, beim andern eher wirtschaftlicher Art sein kann. In dieser Konstellation sind grds. alle Halter des Tiers und haften dem Geschädigten solidarisch.¹⁸¹

In Bezug auf den sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich ist zuerst noch einmal zu betonen, dass auch **Gemeinwesen** Haftungssubjekt von Art. 56 OR sein

¹⁷⁵ 104 II 23 ff. (25), E. 2a; vgl. auch DESCHENAUX/TERCIER, N 15 f. zu § 11; KELLER, S. 182; KELLER/GABI/GABI, S. 179; OFTINGER/STARK, II/1, N 24 zu § 21.

¹⁷⁶ Vgl. etwa BREHM, N 14 ff. zu Art. 56 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 834 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 9 zu Art. 56 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 945.

¹⁷⁷ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 837; MÜLLER, Handkommentar, N 9 zu Art. 56 OR.

¹⁷⁸ Vgl. etwa BREHM, N 15 zu Art. 56 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 839 f.; FISCHER/BÖHME, N 26 f. zu Art. 56 OR m.w.H.; MÜLLER, Handkommentar, N 9 zu Art. 56 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 943 ff.; vgl. auch BGE 67 II 119 ff. (122), E. 2; kritisch KELLER/GABI/GABI, S. 179 und 181; OFTINGER/STARK, II/1, N 30 ff. zu § 21; auch gemäss REY, Nr. 987 sind diese Aspekte lediglich «ebenfalls zu berücksichtigen».

¹⁷⁹ BREHM, N 24 ff. zu Art. 56 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 846 ff.; KELLER, S. 181 und 183; KELLER/GABI/GABI, S. 179; MÜLLER, Handkommentar, N 16 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 36 und 38 zu § 21; REY, Nr. 993; SCHWENZER, Nr. 53.06; WERRO, OR-Kommentar, N 8 zu Art. 56 OR.

¹⁸⁰ BGE 77 II 43 ff. (44), E. 2; 67 II 26 ff. (27 f.); vgl. auch KELLER/GABI/GABI, S. 181 f.; OFTINGER/STARK, II/1, N 38 zu § 21; SCHWENZER, Nr. 53.06.

¹⁸¹ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 841 ff. m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 182 und 183 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 18 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 58 zu § 21; REY, Nr. 996; WERRO, responsabilité, Nr. 947; WERRO, OR-Kommentar, N 9 zu Art. 56 OR.

können – unabhängig davon, ob die Haltereigenschaft als Ausfluss hoheitlicher oder privatrechtlicher Befugnisse erscheint und ob die schädigende Handlung aus Sicht des öffentlichen oder privaten Rechts zu beurteilen ist.¹⁸²

Das Bundesgericht bringt hierzu allerdings einen **Vorbehalt** an: Werde ein Tier geradezu als «Werkzeug» zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eingesetzt und entstehe dabei Schaden, dann richte sich die Haftung nicht nach zivilrechtlichen Bestimmungen, sondern nach allgemeinem Staatshaftungsrecht.¹⁸³ Fallkonstellationen, welche nicht unter Art. 56 OR fallen, seien etwa die Verwendung von Pferden zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit durch die berittene Polizei oder der Einsatz von Hunden durch Beamte der Polizei- oder Zollbehörden zur Verfolgung von Verbrechern oder zum Aufspüren von Drogen.¹⁸⁴ Eine Gegen Ausnahme nimmt das Bundesgericht an, wenn das Tier nicht direkt beim Einsatz als «Werkzeug», sondern nur bei dessen Gelegenheit aus eigenem Antrieb Schaden verursacht – beispielsweise beim Einsatz in einem Zug einen Passagier beisst, der ihm aus Versehen auf die Pfote getreten ist.¹⁸⁵

Das Bundesgericht verkennt bei diesen Ausführungen, dass die Tierhalterhaftung auch bei Privaten nicht einschlägig ist, wenn ein Tier einzig als «Werkzeug» verwendet wird, nicht aber «aus eigenem tierischen Antrieb», selbständig handelt.¹⁸⁶ Diesfalls haftet derjenige, der das Tier entsprechend einsetzt, nach den allgemeinen Haftungsbestimmungen – das Gemeinwesen also nach allgemeinem Staatshaftungsrecht. Handelt das Tier hingegen aus eigenem Willen und Antrieb, so haftet – auch wenn es durch einen Menschen beeinflusst wurde – sein Halter nach Art. 56 OR.¹⁸⁷

d) Haftungsbefreiung

Der Halter eines Tiers hat nicht für jeden Schaden einzustehen. Er kann sich mit dem Beweis von der Haftung befreien, «dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet» hat, oder

¹⁸² BGE 139 III 110 ff. (113), E. 2.2.2; 126 III 14 ff. (16), E. 1a; 115 II 237 ff. (244 f.), E. 2c; vgl. auch BREHM, N 43a zu Art. 56 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 30; OFTINGER/STARK, II/1, N 21 zu § 21; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 62; WERRO, responsabilité, Nr. 946 und 968 ff.

¹⁸³ BGE 115 II 237 ff. (245), E. 2c; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 34; GROSS/PRIBNOW, Nr. 167; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 32; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.29.

¹⁸⁴ BGE 115 II 237 ff. (245), E. 2c.

¹⁸⁵ BGE 115 II 237 ff. (245 f.), E. 2c.

¹⁸⁶ Ähnlich OFTINGER/STARK, II/1, N 62 zu § 21.

¹⁸⁷ Vgl. auch OFTINGER/STARK, II/1, N 63 zu § 21; a.M. wohl PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.29.

«dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.»¹⁸⁸ Das zweite entspricht dem **Nachweis rechtmässigen Alternativverhaltens** und wäre auch ohne ausdrückliche Normierung möglich.¹⁸⁹ Das erste, der **Sorgfaltsbeweis**, wird je nach Situation, nach den konkreten Umständen, ganz unterschiedlich beurteilt. Hierzu kann auf die umfangreichen Diskussionen in der Lehre verwiesen werden.¹⁹⁰

Generell stellt das Bundesgericht strenge Anforderungen an die **Sorgfaltspflichten eines Tierhalters**.¹⁹¹ Es reicht nicht, wenn er die allgemein üblichen Massnahmen trifft, um vor Gefährdungen durch sein Tier zu schützen. Vielmehr muss er alle «objektiv notwendigen und durch die Umstände gebotenen Massnahmen» ergreifen.¹⁹² Im Zweifelsfall wird die Haftung eher bejaht denn verneint.¹⁹³ Die höchsten Richter betonen indes, dass der Entlastungsbeweis durchaus erbracht werden könne, die Tierhalterhaftung folglich keine strenge Kausalhaftung sei, sondern die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht voraussetze.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Art. 56 Abs. 1 OR.

¹⁸⁹ BREHM, N 85 f. zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 31 zu § 11 und N 62 zu § 9; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 886; FISCHER/BÖHME, N 37 zu Art. 56 OR m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 183; MÜLLER, Handkommentar, N 24 f. zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 97 zu § 21; REY, Nr. 1020; WERRO, responsabilité, Nr. 959; WERRO, OR-Kommentar, N 14 zu Art. 56 OR; BGE 131 III 115 ff. (119), E. 3.1; vgl. hierzu Urteil des BGer 4A_321/2015 vom 6. Oktober 2015, insbes. E. 2.4 ff.

¹⁹⁰ Vgl. v.a. ausführlich BREHM, N 49 ff. zu Art. 56 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 5 ff. zu § 11; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 871 ff.; FISCHER/BÖHME, N 33 ff. zu Art. 56 OR m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 13 f. zu § 17; KELLER, S. 186 ff.; KELLER/GABI/GABI, S. 182 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 20 ff. zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 83 ff. zu § 21; REY, Nr. 1012 ff.; ROBERTO, Nr. 13.10 ff.; SCHWENZER, Nr. 53.12; WERRO, OR-Kommentar, N 16 zu Art. 56 OR; vgl. auch Urteil des BGer 4A_321/2015 vom 6. Oktober 2015, insbes. E. 2.1 ff.

¹⁹¹ BGE 131 III 115 ff. (117), E. 2.1; 110 II 136 ff. (139), E. 2a; 85 II 243 ff. (245), E. 1; 67 II 26 ff. (28); vgl. auch etwa FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 882 für das erforderliche Beweismass; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 12 zu § 17; KELLER/GABI/GABI, S. 183; WERRO, responsabilité, Nr. 960.

¹⁹² BGE 131 III 115 ff. (117), E. 2.1.

¹⁹³ BGE 131 III 115 ff. (117), E. 2.1; 126 III 14 ff. (17), E. 1b; 110 II 136 ff. (139), E. 2a; 102 II 232 ff. (235), E. 1; 85 II 243 ff. (245), E. 1; vgl. auch BREHM, N 51 ff. zu Art. 56 OR; MÜLLER, Handkommentar, N 20 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 86 zu § 21; WERRO, OR-Kommentar, N 16 zu Art. 56 OR.

¹⁹⁴ Urteil des BGer 4A_321/2015 vom 6. Oktober 2015, insbes. E. 2.6.

Die Sorgfaltspflichten betreffen unterschiedliche Bereiche, wie etwa die Verwahrung des Tiers, dessen Beaufsichtigung, die Instruktion der Hilfspersonen oder schon nur das Halten an sich.¹⁹⁵ Sie sind je nach Art des Tiers, ja gar bei jedem einzelnen Tier unterschiedlich.¹⁹⁶ Relevant sind v.a. die Gattung des Tiers, dessen Charakter, physische und psychische Verfassung sowie Art, Zweck und Ort seines Einsatzes.¹⁹⁷ Was tatsächlich als geboten erscheint, ergibt sich aus einer Interessenabwägung: Die Wirksamkeit einer Massnahme, ihre Kosten und Nachteile werden der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und dessen mögliche Ausmasse gegenüber gestellt.¹⁹⁸

e) Die Tierhalterhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich

Für den sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich ist anhand der zuvor erläuterten Kriterien zuerst zu klären, wer denn tatsächlich **Halter** der eingesetzten Tiere, beispielsweise der Schutz- und Spürhunde, ist: Ist es der einzelne Polizeibeamte, der Führer des Hundes? Oder ist es das dahinterstehende Gemeinwesen, bei einem Kantonspolizisten also etwa der Kanton? Die Beantwortung der Frage erscheint auf den ersten Blick kompliziert – und je nach Kanton unterschiedlich:

Gemäss Auskunft der Regionalpolizei Lenzburg ist bei ihnen, sowie auch bei der Kantonspolizei Aargau, der Hundeführer als Privatperson Halter des Polizeihundes. Nach Erhalt einer Bewilligung durch den Arbeitgeber sowie des Chefs des Diensthundewesens der Kantonspolizei erwirbt der Polizeibeamte sowohl den Welpen als auch sämtliche erforderlichen Utensilien wie Übungsmaterial, Futter und Hundeboxen auf eigene Rechnung. Auch wird der Hund in der Folge auf die Privatperson und nicht auf das Polizeikorps registriert. Der Hund lebt beim Hundeführer, dieser kommt auch etwa für die Tierarztkosten auf. Die Ausbildung des Hundeführers und des Hundes erfolgt zwar primär während der Arbeitszeit durch das Diensthundewesen. Der Hundeführer ist aber dazu angehalten, auch in seiner Freizeit weitere Trainings zu absolvieren. Ende des Jahres wird dem Polizeibeamten eine pauschale Entschädigung ausbezahlt, welche die aufgewendeten Kosten allerdings nicht vollständig deckt.

In anderen Kantonen, wie etwa Luzern und Zürich, präsentiert sich die Situation anders: Dort seien die Hunde Eigentum der Polizeikorps, welche auch für deren

¹⁹⁵ BREHM, N 56 ff. zu Art. 56 OR; KELLER/GABI/GABI, S. 182 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 22 zu Art. 56 OR.

¹⁹⁶ BREHM, N 50 zu Art. 56 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 876; OFTINGER/STARK, II/1, N 88 zu § 21.

¹⁹⁷ BREHM, N 50 zu Art. 56 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 88 f. zu § 21; REY, Nr. 1014; SCHWENZER, Nr. 53.12.

¹⁹⁸ BGE 126 III 14 ff. (17), E. 1b und c.; vgl. auch WERRO, responsabilité, Nr. 962.

Kosten aufkommen. Den Hundeführern werden die Hunde einzig zur Ausbildung und zum Einsatz zugeteilt.

Diese unterschiedlichen Fallkonstellationen würden dazu verleiten lassen, im Kanton Aargau die Tierhaltereigenschaft und damit das Haftungsrisiko dem Polizeibeamten, in den Kantonen Luzern und Zürich den Polizeikorps zuzuschreiben. Entsprechend den Lehrmeinungen, welche das Interesse und den Nutzen am Tier – ideell oder wirtschaftlich – als zentrales Kriterium für die Bestimmung der Haltereigenschaft betrachten, geht der Kanton Aargau von einer differenzierten Betrachtungsweise aus:

In der Freizeit haftet der Hundeführer für Schäden, die sein Hund verursacht – wie jeder private Hundehalter ebenfalls. Während der Arbeitszeit kommt aber dem Polizeikorps der primäre wirtschaftliche Nutzen am Hund zu, weshalb es – bzw. seine Versicherung – für schädigendes Verhalten des Polizeihundes einsteht. Der Polizeibeamte wird dabei also als Hilfsperson des Polizeikorps betrachtet, dessen Verhalten der Behörde zugerechnet wird. Handelt es sich dabei um einen Angehörigen einer Regionalpolizei, ist diese bzw. die dahinterstehende Gemeinde als Auftraggeber verantwortlich. Wird der Polizeihund und sein Hundeführer allerdings durch die Einsatzzentrale der Kantonspolizei zum Einsatz aufgeboten, so ist der Kanton haftbar.

Neben der Frage nach dem Tierhalter sei an dieser Stelle noch einmal der Frage nach den **Sorgfaltspflichten** des Tierhalters im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich nachzugehen:

Wie bereits erwähnt wurde, sind die Sorgfaltspflichten je nach Art des Tiers, ja gar bei jedem einzelnen Tier, unterschiedlich.¹⁹⁹ In Bezug auf **Hunde**, welche im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich primär eingesetzt werden, können deshalb sowohl aufgrund der grossen Unterschiede zwischen den einzelnen Rassen, als auch wegen der Verschiedenheiten, die auf unterschiedliche Charaktereigenschaften und Dressur zurückzuführen sind, keine allgemeinen Sorgfaltspflichten benannt werden.²⁰⁰

Das Bundesgericht bejahte die Haftung mehrmals bei «böartigen» Hunden, welche eine Person gebissen oder angefallen haben, mit der Begründung, der Hund sei ungenügend betreut, etwa schlecht angeleint gewesen.²⁰¹ Angeleinte Hunde seien oft besonders angriffig, weshalb deren Kette genügend kurz gehalten

¹⁹⁹ BREHM, N 50 zu Art. 56 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 876; OFTINGER/STARK, II/1, N 88 zu § 21.

²⁰⁰ BREHM, N 60 zu Art. 56 OR.

²⁰¹ BREHM, N 61 zu Art. 56 OR und OFTINGER/STARK, II/1, N 96 zu § 21 je mit Verweis auf diverse Urteile.

ten werden müsse.²⁰² Bei Hunden, welche in der Nähe einer Strasse gehalten werden, müssten besondere Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden, damit sie sich nicht auf die Strasse begeben und dort den Strassenverkehr stören oder Personen gefährden können.²⁰³

Beim Einsatz eines Hundes durch die Polizei, etwa um Drogen oder Sprengstoffe aufzuspüren, kann es zu sehr engem Kontakt mit Personen kommen. Ein Gewaltexzess des Hundes, etwa ein Biss, hat dabei erhebliches Schadenspotential. Die Beamten sind entsprechend dazu angehalten, beim Führen des Hundes penibel sorgfältig zu sein. Auch die dahinterstehende Sicherheitsbehörde hat sowohl in Bezug auf die Verwahrung und Beaufsichtigung der Tiere als auch bei der Instruktion ihrer Hilfspersonen sehr sorgsam vorzugehen.

C) Werkeigentümerhaftung

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

Gemäss **Art. 58 Abs. 1 OR** hat «der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes [...] den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen». Zentrale Haftungsvoraussetzung ist bei dieser Norm – neben einem Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang und der Widerrechtlichkeit,²⁰⁴ welche weiter unten erläutert werden²⁰⁵ – ein **Werkmangel**.²⁰⁶

²⁰² BGE 102 II 232 ff. (236), E. 1a.aa.

²⁰³ BREHM, N 65 zu Art. 56 OR und OFTINGER/STARK, II/1, N 96 zu § 21 mit Verweis auf diverse Urteile, u.a. BGE 110 II 136 ff. (139), E. 2a.

²⁰⁴ Ein Teil der Lehre nennt die Widerrechtlichkeit ganz selbstverständlich als Haftungsvoraussetzung der Werkeigentümerhaftung (vgl. KELLER/GABI/GABI, S. 185; OFTINGER/STARK, II/1, N 95a zu § 19; REY, Nr. 1035; vgl. auch WERRO, OR-Kommentar, N 4 zu Art. 58 OR; anders bereits DESCHENAUX/TERCIER, N 12 ff. zu § 12); neuere Beiträge nehmen hingegen auf deren Schutzbereich Bezug und gehen davon aus, dass sie nur absolut geschützte Rechtsgüter, nicht aber reine Vermögensinteressen schütze, bzw. argumentieren, die Widerrechtlichkeit sei durch die Voraussetzung des Werkmangels absorbiert (vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 919; ROBERTO, Nr. 10.03; SCHWENZER, Nr. 53.17; WERRO, responsabilité, Nr. 299 und 740).

²⁰⁵ Kap. 3/3/III-IV.

²⁰⁶ DESCHENAUX/TERCIER, N 12 ff. zu § 12; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 914; FISCHER/ITEN, N 11 zu Art. 58 OR; MÜLLER, Handkommentar, N 3 ff. zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 34 zu § 19; ROBERTO, Nr. 10.03; SCHLÜCHTER, S. 278; SUTTER, Naturgefahren, S. 186; WERRO, responsabilité, Nr. 707; WERRO, OR-Kommentar, N 5 zu Art. 58 OR.

Im Gegensatz zur Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR kennt Art. 58 OR – abgesehen vom Nachweis eines rechtmässigen Alternativverhaltens – keinen Entlastungsbeweis.²⁰⁷ Da die Haftung aber doch noch an einer Unregelmässigkeit,²⁰⁸ nämlich am Mangel eines Werks anknüpft, handelt es sich ebenfalls um eine **Kausalhaftung**.²⁰⁹

Wer den Werkmangel verursacht hat, ob dies der Eigentümer des Werks, seine Angestellten oder gar Dritte waren, spielt keine Rolle: Das Vorliegen eines Mangels und damit eine Verletzung der Sorgfaltspflicht bei Konstruktion, Erstellung oder Unterhalt des Werks ist ausreichend.²¹⁰ Man spricht in diesem Zusammenhang bei Art. 58 OR auch von einer **Zustandshaftung**.²¹¹ Das heisst, dass sogar eine Haftung für Mängel besteht, welche nicht einmal durch menschliches Verhalten, sondern etwa durch die Natur, durch Zufall verursacht wurden.²¹² Eine Ausnahme gilt einzig, wenn das Drittverschulden oder der Zufall – etwa in Form einer Naturgewalt – derart intensiv ist, dass es als einzige relevante Ursache erscheint und den Kausalzusammenhang zwischen Werkmangel und Schaden zu durchbrechen vermag.²¹³

Dem Bild der Zustandshaftung bringt ROBERTO zu Recht den Einwand entgegen, auch bei der Werkeigentümerhaftung handle es sich im Endeffekt um eine

²⁰⁷ BGE 91 II 201 ff. (212), E. 5b; 69 II 394 ff. (398), E. 3; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 18; KELLER/GABI/GABI, S. 184 und 189; WERRO, responsabilité, Nr. 703.

²⁰⁸ Vgl. KELLER, S. 191 und 217.

²⁰⁹ BREHM, N 90 zu Art. 58 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 4 und 6 zu § 12; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 896 m.w.H.; FISCHER/ITEN, N 2 zu Art. 58 OR m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 18; KELLER, S. 191; KELLER/GABI/GABI, S. 184; MÜLLER, Handkommentar, N 1 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 1 zu § 19; REY, Nr. 1023; ROBERTO, Nr. 10.01; WERRO, responsabilité, Nr. 701; WERRO, OR-Kommentar, N 1 zu Art. 58 OR.

²¹⁰ SUTTER, Naturgefahren, S. 186; vgl. auch BREHM, N 104 zu Art. 58 OR; KELLER/GABI/GABI, S. 184; MÜLLER, Handkommentar, N 1 f. zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 67 zu § 19 m.w.H.; REY, Nr. 1028; SCHWENZER, Nr. 53.23; vgl. hingegen SCHLÜCHTER, S. 279, welcher es als irreführend betrachtet, von vorausgesetzten Sorgfaltspflichten zu sprechen, da der Werkeigentümer auch hafte, wenn er den Mangel weder gekannt hat noch hätte erkennen können.

²¹¹ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 899; MÜLLER, Handkommentar, N 1 zu Art. 58 OR; vgl. hierzu auch etwa SALZGEBER, S. 47.

²¹² BREHM, N 101 zu Art. 58 OR; KELLER, S. 191 und 212; KELLER/GABI/GABI, S. 184; MÜLLER, Handkommentar, N 2 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 67 zu § 19 m.w.H.; REY, Nr. 1029; SUTTER, Naturgefahren, S. 186; vgl. auch BGE 69 II 394 ff. (398 f.), E. 3; 60 II 341 ff. (344), E. 2; hierzu Kap. 3/3/V/B.

²¹³ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 899; KELLER, S. 212; OFTINGER/STARK, II/1, N 68 zu § 19 m.w.H.; REY, Nr. 1029; SUTTER, Naturgefahren, S. 186.

Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen.²¹⁴ Dem Werkeigentümer wird vorge-
worfen, sein Werk in gefährlichem Zustand belassen und keine genügenden Si-
cherungsmassnahmen vorgenommen zu haben. Da aber jeweils zu prüfen ist, ob
ihm letztere tatsächlich zumutbar waren, handelt es sich bei dieser Haftung um
eine Normierung der Verantwortlichkeit aufgrund der Verletzung der allgemei-
nen Sorgfaltspflicht bzw. des Gefahrensatzes.²¹⁵

b) Mangel eines Werks

Werke im Sinne von Art. 58 OR sind stabile Objekte, die mit dem Erdboden di-
rekt oder indirekt verbunden sind und von Menschenhand hergestellt, angeord-
net oder abgeändert wurden.²¹⁶ Das Gebäude ist dabei der typische, bei weitem
aber nicht der einzige Anwendungsfall.²¹⁷ So wurden bereits etwa Abschrän-
kungen aus Holzplatten einer Pferde-Rennstrecke,²¹⁸ ein korrigiertes Bach-
bett,²¹⁹ eine Badeanstalt,²²⁰ ein Baugerüst,²²¹ ein (Balkon-)Geländer,²²² eine Gol-
fanlage,²²³ eine Kanalisation,²²⁴ der Mast eines Skilifts,²²⁵ eine Treppe,²²⁶ ein
Tunnel²²⁷ und ein Zaun²²⁸ durch das Bundesgericht als Werk qualifiziert.²²⁹

²¹⁴ ROBERTO, Nr. 10.18; a.M. MÜLLER, Handkommentar, N 17 zu Art. 41 OR.

²¹⁵ ROBERTO, Nr. 10.18 ff.

²¹⁶ BREHM, N 26 zu Art. 58 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 26 ff. zu § 12; FELL-
MANN/KOTTMANN, Nr. 922; FISCHER/ITEN, N 19 ff. zu Art. 58 OR m.w.H.;
GROSS, Vergleich, S. 146 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 3 zu § 18; KELLER,
S. 198; KELLER/GABI/GABI, S. 18; MÜLLER, Handkommentar, N 3 und 5 ff. zu
Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 39 zu § 19; REY, Nr. 1037 f.; ROBERTO,
Nr. 10.05; SCHWENZER, Nr. 53.18; SUTTER, Naturgefahren, S. 185; WERRO,
responsabilité, Nr. 720 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 7 zu Art. 58 OR;
BGE 121 III 448 ff. (449), E. 2a; 106 II 201 ff. (203), E. 2a; 91 II 281 ff. (283),
E. 2.

²¹⁷ Vgl. BREHM, N 24 ff. zu Art. 58 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 25 ff. zu § 12;
FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 920 ff.; KELLER, S. 198; KELLER/GABI/GABI,
S. 185 f.; OFTINGER/STARK, II/1, N 37 zu § 19; ROBERTO, Nr. 10.06.

²¹⁸ Urteil des BGer 4A_612/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.2.

²¹⁹ BGE 122 III 229 ff. (235), E. 5a.

²²⁰ BGE 116 II 422 ff. (423), E. 1.

²²¹ BGE 96 II 355 ff. (359), E. 1.

²²² Urteil des BGer 4A_382/2012 vom 2. Oktober 2012; BGE 96 II 34 ff. (36), E. 2.

²²³ Urteil des BGer 1B_156/2012 vom 7. Juni 2012, E. 3.2.1.

²²⁴ Urteil des BGer 4C.135/2003 vom 26. September 2003, E. 3.

²²⁵ BGE 126 III 113 ff. (115), E. 2a.cc.

²²⁶ BGE 117 II 399 ff. (400), E. 2.

²²⁷ BGE 96 II 337 ff. (341), E. 2.

²²⁸ BGE 96 II 34 ff. (36), E. 2.

²²⁹ Für Beispiele vgl. ausführlich BREHM, N 45 ff. zu Art. 58 OR; FISCHER/ITEN,

Entsprechend dieser Rechtsprechung dürften wohl auch etwa Barrikaden und Absperrungen sowie Strassensperren der Polizei als Werk qualifiziert werden, sind diese doch sowohl mit dem Boden verbunden als auch von Menschenhand hergestellt. Auch andere künstliche Hindernisse, welche etwa der Verkehrsberuhigung dienen, werden als Werke qualifiziert.²³⁰ Für den sicherheitspolizeilichen Bereich ist des Weiteren von Bedeutung, dass Strassen unstrittig als Werk betrachtet werden.²³¹

Ein **Werkmangel** liegt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung vor, wenn das Werk für den bestimmungsgemässen Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet.²³² Als erstes ist also jeweils der Zweck eines Werks zu bestimmen, woraus auf den bestimmungsgemässen Gebrauch und die hierfür notwendigen Schutzvorkehrungen geschlossen werden kann.²³³

Ob ein Werk mangelhaft ist, muss nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden, wobei insbesondere wesentlich ist, was nach allgemeiner Lebenserfahrung am betroffenen Ort geschehen kann.²³⁴ Entsprechend werden an Objekte, welche nicht nur privat benutzt werden, sondern zu denen die Öffentlichkeit Zu-

N 32 zu Art. 58 OR m.w.H.; OFTINGER/STARK, II/1, N 93 zu § 19.

²³⁰ Vgl. GROSS/PRIBNOW, S. 183.

²³¹ Vgl. anstelle vieler BGE 130 III 736 ff. (738), E. 1; 129 III 65 (66), E. 1a; vgl. auch BREHM, N 161 zu Art. 58 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 39 ff. zu § 12; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 925; GROSS/PRIBNOW, S. 183; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 12 zu § 18; ROBERTO, Nr. 10.06; WERRO, responsabilité, Nr. 769.

²³² BREHM, N 65 zu Art. 58 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 935; FISCHER/ITEN, N 35 zu Art. 58 OR m.w.H.; GROSS, Vergleich, S. 147 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 13 zu § 18; IMBODEN/RHINOW, S. 730 f.; KELLER, S. 200; KELLER/GABI/GABI, S. 186 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 16 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 69 zu § 19; REY, Nr. 1051 und 1058; ROBERTO, Nr. 10.10; SCHWENZER, Nr. 53.23; SUTTER, Naturgefahren, S. 186; WERRO, responsabilité, Nr. 739 f.; WERRO, OR-Kommentar, N 16 zu Art. 58 OR; Urteil des BGer 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016, E. 6.1; 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 5.2; 4A_114/2014 vom 18. August 2014, E. 2; 4A_521/2013 vom 9. April 2014, E. 3.1; 4A_265/2012 vom 22. Januar 2013, E. 4.1.1; 4A_562/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 5.3; BGE 130 III 736 ff. (742), E. 1.3; 126 III 113 (116), E. 2a.cc; 123 III 306 ff. (310 f.), E. 3b.aa je m.w.H.

²³³ FISCHER/ITEN, N 38 zu Art. 58 OR m.w.H.; SCHWENZER, Nr. 53.24; SUTTER, Naturgefahren, S. 186; vgl. auch KELLER, S. 202; KELLER/GABI/GABI, S. 186; MÜLLER, Handkommentar, N 20 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 73 zu § 19.

²³⁴ Urteil des BGer 4A_114/2014 vom 18. August 2014, E. 2; 4A_521/2013 vom 9. April 2014, E. 3.1; 4A_265/2012 vom 22. Januar 2013, E. 4.1.1; BGE 123 III 306 ff. (310 f.), E. 3b.aa; 122 III 229 ff. (235), E. 5a.bb.

gang hat, höhere Ansprüche gestellt.²³⁵ In Ausnahmefällen kann ein Werk auch als mangelhaft qualifiziert werden, wenn es zwar nicht bei bestimmungsgemäsem, wohl aber bei vorhersehbarem und nicht gänzlich fernliegendem bestimmungswidrigem Gebrauch gefährlich ist. Dies ist vor allem zu beachten, wenn auch Kinder und Jugendliche Zugang zum Werk haben.²³⁶

Die Sicherungspflichten der Werkeigentümer sind entsprechend relativ streng. Sie kennen aber auch gewisse **Schranken**:

Eine erste Schranke ist eine gewisse **Selbstverantwortung**, welche von den Werkbenutzern erwartet wird. Der Werkeigentümer darf davon ausgehen, dass sie ein vernünftiges und durchschnittlich vorsichtiges Verhalten an den Tag legen. Lediglich kleine Mängel müssen nicht behoben, geringen Risiken nicht vorgebeugt werden, sofern die Benutzer daraus resultierende Schäden durch minimale Vorsicht vermeiden können.²³⁷

Eine zweite wichtige Schranke ist die **Zumutbarkeit**: Sicherungsmassnahmen oder die Beseitigung von Mängeln müssen zum einen überhaupt technisch möglich sein, zum andern müssen die damit verbundenen Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks sowie zu den Sicherheitsinteressen dessen Benutzer stehen.²³⁸ Wie im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt

²³⁵ Urteil des BGer 4A_114/2014 vom 18. August 2014, E. 2; 4A_521/2013 vom 9. April 2014, E. 3.1; BGE 118 II 36 ff. (38), E. 4a; 117 II 399 ff. (400), E. 2; vgl. auch KELLER, S. 201; WERRO, responsabilité, Nr. 747; WERRO, OR-Kommentar, N 21 zu Art. 58 OR.

²³⁶ BGE 130 III 736 ff. (743 f.), E. 1.5; 117 II 50 ff. (54), E. 2b; 116 II 422 ff. (424), E. 1; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 939; FISCHER/ITEN, N 39 zu Art. 58 OR m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2278a; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 15 zu § 18; KELLER, S. 202; MÜLLER, Handkommentar, N 40 f. zu Art. 58 OR; vgl. auch OFTINGER/STARK, II/1, N 73 f. zu § 19; SCHWENZER, Nr. 53.25; WERRO, responsabilité, Nr. 746; WERRO, OR-Kommentar, N 17 zu Art. 58 OR.

²³⁷ Urteil des BGer 4A_521/2013 vom 9. April 2014, E. 3.2; 4A_265/2012 vom 22. Januar 2013, E. 4.1.1; BGE 126 III 113 ff. (116), E. 2a.cc; 118 II 36 ff. (38), E. 4a; 117 II 50 ff. (52), E. 2; 106 II 208 ff. (210), E. 1a; 91 II 201 ff. (209), E. 3e; 81 II 450 ff. (453), E. 2b; 66 II 109 ff. (111), E. 2a; vgl. auch BREHM, N 58 zu Art. 58 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 938; FISCHER/ITEN, N 45 ff. zu Art. 58 OR m.w.H.; KELLER, S. 213; KELLER/GABI/GABI, S. 187; MÜLLER, Handkommentar, N 24 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 81 zu § 19; REY, Nr. 1058; ROBERTO, Nr. 10.11; SCHWENZER, Nr. 53.25; WERRO, responsabilité, Nr. 744; WERRO, OR-Kommentar, N 17 zu Art. 58 OR.

²³⁸ Urteil des BGer 4A_521/2013 vom 9. April 2014, E. 3.3; 4A_562/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 5.4; 4A_265/2012 vom 22. Januar 2013, E. 4.1.1; BGE 130 III 736 ff. (742), E. 1.3 m.w.H.; vgl. auch BREHM, N 60 zu Art. 58 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 49 zu § 12; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 943; FI-

wurde, kann absolute Sicherheit nicht erreicht, somit auch nicht das Fehlen von Gefahren garantiert werden.²³⁹ Der Werkeigentümer hat sich aber am Stand des verfügbaren Wissens und der verfügbaren Technik zu orientieren.²⁴⁰

c) Werkmangel bei Strassen

Die zuletzt erwähnten Schranken der Sicherungspflichten der Werkeigentümer sind vor allem bei Strassen von Bedeutung: Bei Strassen können gemäss Bundesgericht nämlich **nicht gleich strenge Massstäbe** angesetzt werden wie bei anderen Werken. Man könne sie nicht im gleichen Umfang unterhalten wie beispielsweise ein alleinstehendes Haus.²⁴¹

Insbesondere von einem **Gemeinwesen** als Eigentümer einer Strasse dürfe nicht verlangt werden, diese so zu unterhalten, dass sie maximale Verkehrssicherheit biete. Wenn sie für vernünftige Benutzer genügend sicher sei, so reiche dies aus.²⁴² Da die Ressourcen der Gemeinwesen beschränkt sind, müssen die Aufwendungen für den Bau und Unterhalt von Strassen in einem angemessenen Verhältnis zu den Interessen der Strassenbenützer und den tatsächlichen finanziellen Möglichkeiten stehen.²⁴³ Entsprechend wird die Frage nach einem Werkmangel bei Strassen je nach Situation, etwa den zeitlichen, technischen und finanziellen Ressourcen des Gemeinwesens oder je nachdem, ob es sich um eine

SCHER/ITEN, N 41 ff. zu Art. 58 OR m.w.H.; GROSS/PRIENOW, Nr. 205; IMBODEN/RHINOW, S. 731; KELLER, S. 203 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 187; MÜLLER, Handkommentar, N 25 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 78 f. zu § 19; REY, Nr. 1063; ROBERTO, Nr. 10.12; SCHWENZER, Nr. 53.26; WERRO, responsabilité, Nr. 753; WERRO, OR-Kommentar, N 19 zu Art. 58 OR.

²³⁹ SUTTER, Naturgefahren, S. 186; vgl. Kap. 1/2/II/1/A/a.

²⁴⁰ SUTTER, Naturgefahren, S. 187.

²⁴¹ Urteil des BGer 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 5.3; 4A_562/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 5.5; 4A_507/2008 vom 22. Januar 2009, E. 3.2; BGE 130 III 736 ff. (742), E. 1.4; vgl. auch DESCHENAUX/TERCIER, N 51 ff. zu § 12; OFTINGER/STARK, II/1, N 78 zu § 19 m.w.H.; WERRO, OR-Kommentar, N 31 zu Art. 58 OR.

²⁴² Urteil des BGer 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016, E. 6.1; 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 5.3; 4C.45/2005 vom 15. Mai 2005, E. 2.3; vgl. etwa FISCHER/ITEN, N 51 ff. zu Art. 58 OR m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2278; MÜLLER, Handkommentar, N 43 f. zu Art. 58 OR; REY, Nr. 1085 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 774; WERRO, OR-Kommentar, N 36 zu Art. 58 OR.

²⁴³ Urteil des BGer 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016, E. 6.1; 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 5.3; BGE 129 III 65 ff. (67), E. 1.1; vgl. auch REY, Nr. 1090; RYTER, Nr. 29.19; WERRO, OR-Kommentar, N 38 zu Art. 58 OR.

Autobahn, eine verkehrsreiche Hauptstrasse oder einen Feldweg handelt, unterschiedlich beurteilt – massgebend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls.²⁴⁴

So wird beispielsweise die Frage, ob der Staat – z.B. in Form der Polizei – bei einem **glitschigen Asphalt** neben dem Aufstellen des Signals «Schleudergefahr» noch weitere Massnahmen ergreifen muss, verschieden beantwortet.²⁴⁵

Auch in Bezug auf die Sorgfaltspflichten bei **Glatteis** unterscheiden sich die Urteile je nach konkreter Situation: Von einem Strasseneigentümer zu verlangen, gleichzeitig auf dem ganzen Strassennetz für problemlos befahrbare Strassen zu sorgen, ist gemäss Rechtsprechung unverhältnismässig. Je grösser die Anzahl Strassenabschnitte sei, die möglicherweise von Winterglätte betroffen sind, desto mehr müssten die Anforderungen an die Schutz-, etwa Streupflichten des Gemeinwesens reduziert werden.²⁴⁶ Einzig besonders wichtige Strassen seien so schnell wie möglich befahrbar zu machen oder aber, bei mangelnden Ressourcen, für den Verkehr zu sperren. Ausserorts bestehe ohnehin einzig für Autobahnen eine Salz- oder Sandstreupflicht.²⁴⁷ Denn es sei primär eine Obliegenheit des Fahrzeuglenkers, den witterungsbedingten Strassenverhältnissen Rechnung zu tragen und angemessen zu fahren.²⁴⁸

Besondere Sorgfaltspflichten des Gemeinwesens würde man vermuten, wenn eine Strasse von **Steinschlägen und Felsstürzen** bedroht ist. Diesbezüglich betrachtet es das Bundesgericht aber als genügend, einmal pro Woche den betroffenen Strassenabschnitt auf Steine zu überprüfen und grössere als faustdicke Felsbrocken an die zuständige Behörde zu melden.²⁴⁹

Für diese pragmatische Rechtsprechung des Bundesgerichts sprechen zum einen praktische **Gründe**: Die schlicht ungenügenden Ressourcen der öffentlichen Hand. Zum andern kann sie aber auch durch rechtstheoretische Überlegungen gestützt werden: Auch hinter der eigentlich relativ strengen Werkeigentümerhaf-

²⁴⁴ Urteil des BGer 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 5.3; vgl. auch BGE 130 III 736 ff. (743), E. 1.4; 129 III 65 ff. (67), E. 1.1 je m.w.H.; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 203 und 207; MÜLLER, Handkommentar, N 45 zu Art. 58 OR; für weitere Beispiele – neben den in der Folge erwähnten – kann auf die umfangreiche Rechtsprechung verwiesen werden, etwa die Urteile bei BREHM, N 176 ff. zu Art. 58 OR.

²⁴⁵ Verneint: Urteil des BGer 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 6.5; bejaht: Urteil des BGer 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016, E. 6.2; BGE 116 II 645 ff. (650), E. 4; 99 IV 170 ff. (172 f.).

²⁴⁶ BGE 98 II 40 ff. (44), E. 2.

²⁴⁷ BGE 102 II 343 ff. (345 ff.), E. 1 ff.

²⁴⁸ BGE 102 II 343 ff. (345 und 348), E. 1b und 3; 98 II 40 ff. (44), E. 2; vgl. hierzu auch WERRO, OR-Kommentar, N 39 zu Art. 58 OR.

²⁴⁹ Urteil des BGer 4A_562/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 5.6.

tung steht nämlich die Überlegung, derjenige solle die finanziellen Risiken von Werkmängeln tragen, dem auch der Nutzen am Werk zukomme.²⁵⁰ Das primäre Interesse an der Sicherheit von Strassen hat nicht nur die Allgemeinheit, das Gemeinwesen, sondern v.a. auch der einzelne Strassenbenützer. Dieser kann durch eine angepasste, vorsichtige Fahrweise zur Verkehrssicherheit sehr viel beitragen und soll unter Umständen den Schaden selbst tragen, der ihm durch kleine Mängel an der Strasse – verbunden mit seiner eigenen Unvorsichtigkeit – entsteht.

Dennoch – und nicht zu Unrecht – wird die Rechtsprechung zur Werkeigentümerhaftung bei Strassen in der Lehre teilweise **kritisiert** und gar die heikle These aufgestellt, dass sich die Haftung der Strasseneigentümer eigentlich auf Verschulden oder Grobfahrlässigkeit beschränke.²⁵¹ Denn die Richter würden den Strasseneigentümern, insbesondere dem Staat, faktisch die Möglichkeit eines Sorgfaltsbeweises eröffnen, welchen das Gesetz an sich nicht vorsieht: Das Gemeinwesen kann sich nämlich unter Umständen von der Haftung befreien, indem es entweder nachweist, sämtliche zumutbare Vorsichtsmassnahmen ergriffen zu haben, oder aber aufzeigt, dass diese den Schadenseintritt etwa aus zeitlichen Gründen nicht hätten verhindern können.²⁵² Die eigentlich strenge Werkeigentümerhaftung wird damit zu Gunsten der Strasseneigentümer – also primär zu Gunsten des Gemeinwesens – und zu Ungunsten der Verkehrsteilnehmer erheblich gemildert.

d) Der Werkeigentümer als Haftungssubjekt

Haftungssubjekt der Werkeigentümerhaftung ist grds. der **sachenrechtliche Eigentümer** des Werks im Zeitpunkt des Schadenseintritts.²⁵³ In Ausnahmefällen qualifiziert die Rechtsprechung aber auch **andere Berechtigte** als Werkeigentümer. Das gilt unter Umständen etwa für denjenigen, der das beschränkt dingli-

²⁵⁰ Vgl. BREHM, N 92 zu Art. 58 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 897; KELLER/GABI/GABI, S. 184; REY, Nr. 1024; BGE 121 III 448 ff. (450), E. 2c; 69 II 394 ff. (399), E. 3.

²⁵¹ BREHM, N 174 f. zu Art. 58 OR; WERRO, OR-Kommentar, N 35 ff. zu Art. 58 OR.

²⁵² BREHM, N 210 zu Art. 58 OR.

²⁵³ BGE 130 III 736 ff. (740), E. 1.1; 121 III 448 ff. (489), E. 2a; vgl. auch BREHM, N 5 zu Art. 58 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 16 f. zu § 12; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 900; FISCHER/ITEN, N 65 zu Art. 58 OR m.w.H.; GROSS, Vergleich, S. 90 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 19 zu § 18; KELLER, S. 193 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 188; MÜLLER, Handkommentar, N 29 zu Art. 58 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 25 zu § 19; REY, Nr. 1024a und 1065; ROBERTO, Nr. 10.21; SCHWENZER, Nr. 53.27; WERRO, OR-Kommentar, N 12 zu Art. 58 OR.

che Recht hat, auf einem fremden Grundstück eine Baute zu errichten,²⁵⁴ oder der an einem öffentlichen Fussweg, der über ein fremdes Grundstück führt, dienstbarkeitsberechtigt ist.²⁵⁵

Wie bereits erwähnt, kommt auch der **Staat** als Haftungssubjekt von Art. 58 OR in Betracht.²⁵⁶ Wenn nämlich ein Werk im Verwaltungsvermögen oder im Gemeingebrauch mangelhaft ist und dadurch Dritte geschädigt werden, so wird ebenfalls am zivilrechtlichen Eigentümerbegriff angeknüpft und die öffentlich-rechtlichen Haftungsnormen des VG sowie der kantonalen Verantwortlichkeits-erlasse durch Art. 58 OR verdrängt.²⁵⁷

Dieser Vorrang von Art. 58 OR gilt gemäss Rechtsprechung allerdings nur dann, wenn auch diese zivilrechtliche Haftungsnorm dem spezifischen Charakter der öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung gerecht werden kann.²⁵⁸ Etwa bei einem Unfall auf einem Flugplatz sei nämlich in erster Linie zu prüfen, ob der Betreiber für einen sicheren Flugbetrieb gesorgt und entsprechend die öffentlich-rechtlichen Pflichten nach der Luftfahrtgesetzgebung des Bundes erfüllt habe. Die Pflichten eines Werkeigentümers, also der einwandfreie Unterhalt und Betrieb der Infrastruktur, seien dabei sekundär, weshalb eine Haftung nach dem VG des Bundes und nicht nach Art. 58 OR zu beurteilen sei.²⁵⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Rechtsprechung nicht vollständig überzeugend, wird doch die Einhaltung von polizeilichen Vorschriften oder Pflichten aus behördlichen Genehmigungen auch bei der Haftung nach Art. 58 OR im Rahmen der Prüfung eines Werkmangels berücksichtigt.²⁶⁰ Hier zeigt

²⁵⁴ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 902; MÜLLER, Handkommentar, N 29 zu Art. 58 OR.

²⁵⁵ BGE 91 II 281 ff. (283 ff.), E. 3 ff.; vgl. auch FISCHER/ITEN, N 67 ff. zu Art. 58 OR m.w.H.; IMBODEN/RHINOW, S. 730; (kritisch) KELLER, S. 195 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 32 ff. zu Art. 58 OR; REY, Nr. 1069 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 13 zu Art. 58 OR.

²⁵⁶ BREHM, N 11 und 164 ff. zu Art. 58 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 906; GROSS, Vergleich, S. 92 ff.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 193; KELLER, S. 192; KELLER/GABI/GABI, S. 188; OFTINGER/STARK, II/1, N 23 f. und 33 zu § 19; REY, Nr. 1068; ROBERTO, Nr. 10.22; SCHWENZER, Nr. 53.27; BGE 129 III 65 ff.; 115 II 237 ff. (244), E. 2b; 112 II 228 ff. (230 f.), E. 2b; 108 II 184 ff. (185), E. 1a.

²⁵⁷ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 193; IMBODEN/RHINOW, S. 729; OFTINGER/STARK, II/1, N 33 zu § 19.

²⁵⁸ RYTER, Nr. 29.7 mit Verweis auf den zuvor kritisch beurteilten BGE 115 II

²⁵⁹ 237 ff. (243 ff.), E. 2b.
Urteil des BVGE A-358/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 1.1; vgl. auch Urteil des BVGE A-7981/2010 vom 4. Juni 2012, E. 1.2.

²⁶⁰ Wobei deren (Nicht-)Einhaltung aber nur ein Indiz für bzw. gegen ein Werkmangel darstellt; vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 942; GROSS, Vergleich, S. 149 ff.;

sich Art. 58 OR gar insofern streng, als die Einhaltung solcher Normen zwar ein Indiz für eine fehlerfreie Anlage bzw. für einen fehlerhaften Unterhalt eines Werks sein kann, einen Werkmangel und damit eine Haftung aber nicht zwingend ausschliesst, da die öffentlich-rechtlichen Normen lediglich einen Minimalstandard garantieren sollen.²⁶¹

e) Die Werkeigentümerhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich

Es sind durchaus Fallkonstellationen vorstellbar, in denen der Staat aufgrund von sicherheitspolizeilichem Handeln gestützt auf die Werkeigentümerhaftung haftbar gemacht werden kann:

Stellt beispielsweise die Polizei im Rahmen einer Verkehrskontrolle zur Anhaltung von Fahrzeuglenkern **Absperrungen** auf, oder errichtet bei einem Grossanlass zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit **Barrikaden**, so ist eine finanzielle Verantwortlichkeit des Gemeinwesens nach Art. 58 OR zumindest zu prüfen, wenn einem Dritten aufgrund einer mangelhaften Konstruktion oder einem mangelhaften Unterhalt dieser Werke Schaden entsteht. Zu denken ist etwa an einen Demonstrationsteilnehmer oder den Besucher eines Fussballmatches, der auf eine solche polizeiliche Barrikade klettert und sich verletzt, weil die Barrikade aufgrund einer unzureichenden Verankerung im Boden einstürzt. Zwar kann in einem solchen Fall nicht von einem bestimmungsgemäsem Gebrauch gesprochen werden, der für eine Haftung des Werkeigentümers eigentlich vorausgesetzt wäre. Wohl handelt es sich aber um einen bestimmungswidrigen Gebrauch, mit welchem gerechnet werden muss.

Naheliegender sind Schadensereignisse, welche sich auf **öffentlichen Strassen** ereignen können und zu deren Vermeidung die Polizei allenfalls Massnahmen ergreifen muss. Diesbezüglich hat das zuständige Gemeinwesen die Strassenverkehrsregeln sowie allfällige kantonale Vorschriften über den Strassenbau zu berücksichtigen.²⁶² Es muss etwa für die notwendige Signalisation sorgen, eine genügende Festigkeit von Strassen, Brücken und anderen Objekten gewährleisten sowie den Strassenraum freihalten.²⁶³

KELLER, S. 192 und 207; OFTINGER/STARK, II/1, N 76 zu § 19 m.w.H.; REY, Nr. 1062; ROBERTO, Nr. 10.14.

²⁶¹ BGE 130 III 736 ff. (743), E. 1.4 m.w.H.; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 942; MÜLLER, Handkommentar, N 46 zu Art. 58 OR; REY, Nr. 1062; ROBERTO, Nr. 10.14; SCHWENZER, Nr. 53.26; WERRO, responsabilité, Nr. 751.

²⁶² GROSS/PRIBNOW, Nr. 198 und 201.

²⁶³ GROSS/PRIBNOW, Nr. 198.

Wie bereits angesprochen, werden bei Strassen aber reduzierte Anforderungen an die Sicherheit gestellt. Entsprechend verneinte das Bundesgericht auch die Haftung eines Polizisten für einen Verkehrsunfall auf einer vereisten Strasse: Er hatte gemäss Dienstvorschrift einzig den Strassenmeister über die Vereisung informiert, begab sich danach aber auf den Polizeiposten, ohne den Verkehr bis zur Salzung der Strasse zu sichern. Gemäss Bundesgericht hätte er weder über die erforderlichen Sicherungsmittel verfügt, noch wäre es ihm zumutbar gewesen, alleine für die Sicherung zu sorgen. Zudem sei dies ohnehin nicht seine, sondern die Aufgabe des Strassendienstes gewesen.²⁶⁴

D) Grundeigentümerhaftung

a) *Wesen und Haftungsvoraussetzungen*

«Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt [...], so kann er» gemäss **Art. 679 Abs. 1 ZGB** «auf Schadenersatz klagen». Zentrale Haftungsvoraussetzung ist bei dieser Norm – neben einem Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang und der Widerrechtlichkeit, welche weiter unten erläutert werden²⁶⁵ – eine **Überschreitung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte**.²⁶⁶

Wie bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich hierbei um eine **Kausalhaftung** ohne Befreiungsmöglichkeit.²⁶⁷

b) *Überschreitung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte*

Wann die Eigentumsrechte unzulässig überschritten werden, sagt das Gesetz nicht. Grds. kann ein Eigentümer «in den Schranken der Rechtsordnung über [seine Sachen] nach seinem Belieben verfügen».²⁶⁸

Zu berücksichtigende **Schranken** finden sich zum einen im öffentlichen Recht in Form von Bau- und Zonenvorschriften, Normen hinsichtlich Lärmschutz,

²⁶⁴ BGE 98 II 40 ff. (48 f.), E. 5, wobei seine Haftung noch nach Art. 41 OR beurteilt wurde, da der Kanton Wallis zu diesem Zeitpunkt noch keine besondere Regeln im Sinne von Art. 61 Abs. 1 OR erlassen hatte.

²⁶⁵ Kap. 3/3/III-IV.

²⁶⁶ DESCHENAUX/TERCIER, N 12 ff. zu § 13; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 998; KELLER/GABI/GABI, S. 190; ROBERTO, Nr. 12.03; ZELGER, N 9 zu Art. 679 ZGB.

²⁶⁷ DESCHENAUX/TERCIER, N 6 zu § 13; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 990 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 19; KELLER, S. 216 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 190; REY, Nr. 1096; ROBERTO, Nr. 12.02; SCHLÜCHTER, S. 285; WERRO, responsabilité, Nr. 788.

²⁶⁸ Art. 641 Abs. 1 OR.

Luftreinhaltung, Strahlen und Erschütterung.²⁶⁹ Zum andern wird die freie Verfügung über das Eigentum durch nachbarrechtliche Vorschriften des ZGB limitiert.²⁷⁰ Art. 684 Abs. 2 ZGB verbietet «insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht».

Was im Einzelfall als **übermässig** gilt ist jeweils anhand der konkreten Gegebenheiten, etwa der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks und dem Ortsgebrauch, sowie in Anwendung eines objektiven Massstabs zu beurteilen.²⁷¹ Die übermässige Einwirkung kann aber in jedem Fall nur durch einen Menschen bewirkt werden, der tatsächlich über das Grundstück verfügt, es also bewirtschaftet oder sonst wie benutzt.²⁷² Eine reine Unterlassung, ohne dass mit einer früheren Bewirtschaftung des Grundstücks eine Gefahr geschaffen wurde, reicht für eine Haftung nicht aus.²⁷³ Wird der natürliche Zustand eines Grundstücks also nicht verändert oder entsteht der Schaden einzig aufgrund eines Naturereignisses, dann stellt dies keine Überschreitung der Eigentumsrechte dar.²⁷⁴

c) Schädigung eines Nachbarn

Aktivlegitimiert ist nach Art. 679 Abs. 1 ZGB der Nachbar.²⁷⁵ Ein relevantes Nachbarverhältnis wird aber nicht nur begründet, wenn ein Grundstück direkt an dasjenige anstösst, von dem die übermässigen Immissionen ausgehen. Vielmehr

²⁶⁹ BGE 126 III 223 ff. (225), E. 3c; 91 II 183 ff. (188 f.), E. 2; 76 II 128 ff. (132 f.); vgl. auch DESCHENAUX/TERCIER, N 27 f. zu § 13; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1001 und 1004; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 5 zu § 19; KELLER/GABI/GABI, S. 120; REY, Nr. 1098; SCHWENZER, Nr. 53.50; ZELGER, N 11 zu Art. 679 ZGB m.w.H.

²⁷⁰ DESCHENAUX/TERCIER, N 27 und 29 zu § 13; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1001 und 1004; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 5 zu § 19; KELLER/GABI/GABI, S. 192; REY, Nr. 1098; SCHWENZER, Nr. 53.50; ZELGER, N 11 zu Art. 679 ZGB m.w.H.

²⁷¹ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1003; KELLER, S. 227 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 192; REY, Nr. 1104; ROBERTO, Nr. 12.09.

²⁷² FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1005; IMBODEN/RHINOW, S. 722; KELLER/GABI/GABI, S. 193; WERRO, responsabilité, Nr. 808.

²⁷³ DESCHENAUX/TERCIER, N 24 zu § 13; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1005 und 1008; KELLER, S. 226; REY, Nr. 1100; WERRO, responsabilité, Nr. 808 ff.

²⁷⁴ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1005 und 1008; IMBODEN/RHINOW, S. 722; KELLER, S. 226; KELLER/GABI/GABI, S. 192; REY, Nr. 1100; WERRO, responsabilité, Nr. 808 ff.; BGE 93 II 230 ff. (235), E. 3b.

²⁷⁵ GROSS/PRIBNOW, Nr. 171; ROBERTO, Nr. 12.06; SCHWENZER, Nr. 53.52; ZELGER, N 4 f. zu Art. 679 ZGB m.w.H.

ist jeder Eigentümer, Inhaber eines beschränkt dinglichen Rechts oder obligatorisch berechtigter Mieter bzw. Pächter klageberechtigt, der von den übermässigen Immissionen betroffen ist.²⁷⁶

d) Der Grundeigentümer als Haftungssubjekt

Haftungssubjekt der Grundeigentümerhaftung ist gemäss Gesetzeswortlaut der **sachenrechtliche Grundeigentümer**.²⁷⁷ Die herrschende Lehre und Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich indes auch auf den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts, etwa eines Bau- oder Wegrechts, **ausgedehnt**, sofern dieser durch Ausübung seines Rechts eine übermässige Immission verursacht.²⁷⁸ Gemäss Bundesgericht kann sogar der bloss obligatorisch Berechtigte nach Art. 679 ZGB haftbar gemacht werden, sofern er tatsächlich über ein Grundstück verfügen kann.²⁷⁹ Diese Rechtsprechung wird in der Lehre allerdings kritisiert.²⁸⁰

Unbestritten kann hingegen auch das **Gemeinwesen** als Haftungssubjekt des Art. 679 ZGB in Frage kommen.²⁸¹ Dabei ist allerdings eine besondere Regelung zu beachten: Wenn der bestimmungsgemässe Betrieb einer öffentlichen Sache zu Immissionen führt, welche nicht oder nur schwer zu verhindern sind, haftet das Gemeinwesen nicht nach Art. 679 ZGB. Weisen die Immissionen eine gewisse Schwere auf und betreffen nur einige wenige Grundeigentümer unver-

²⁷⁶ DESCHENAUX/TERCIER, N 15 ff. zu § 13; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 1030 f. m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 191; REY, Nr. 1113; ROBERTO, Nr. 12.06; SCHWENZER, Nr. 53.52; WERRO, responsabilité, Nr. 803 ff.; BGE 120 II 15 ff. (17), E. 2a; 119 II 411 ff. (415), E. 4a; 109 II 304 ff. (309), E. 2; 104 II 15 ff. (18), E. 1; vgl. auch KELLER, S. 224, der für einen noch grösseren Kreis der Aktivlegitimierten plädiert.

²⁷⁷ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 991 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 6 zu § 19; KELLER, S. 219 f.; ROBERTO, Nr. 12.07; SCHWENZER, Nr. 53.54; WERRO, responsabilité, Nr. 794; ZELGER, N 6 zu Art. 679 ZGB m.w.H.

²⁷⁸ BGE 111 II 236 ff. (237 f.), E. 2; 104 II 15 ff. (19), E. 2; 91 II 281 ff. (287), E. 5b; 88 II 252 ff. (263 f.), E. 3; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 992 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 6 zu § 19; IMBODEN/RHINOW, S. 722; KELLER, S. 221; KELLER/GABI/GABI, S. 193; ROBERTO, Nr. 12.07; SCHWENZER, Nr. 53.54; ZELGER, N 6 zu Art. 679 ZGB m.w.H.

²⁷⁹ BGE 104 II 15 ff. (19 ff.), E. 2; 101 II 248 ff. (249), E. 2.

²⁸⁰ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 993; KELLER, S. 221; KELLER/GABI/GABI, S. 194.

²⁸¹ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 994; GROSS, Staatshaftung, S. 33; GROSS/PRIBNOW, Nr. 170; IMBODEN/RHINOW, S. 721 ff.; KELLER, S. 219 und 222; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 61; WERRO, responsabilité, Nr. 798.

hältnismässig schwer, so kommt allenfalls eine Ersatzpflicht nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen in Frage.²⁸²

Auch im **sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich** ist eine Grundeigentümergehaftung grds. denkbar, verfügen doch auch die Sicherheitsbehörden zur Ausübung ihrer Aufgaben über gewisse Grundstücke, auf welche sich beispielsweise Polizeiposten befinden. Besonders bedeutsam ist dieser Haftungstatbestand für die vorliegende Arbeit allerdings nicht.

4. Spezialgesetzliche Haftungsnormen

A) Einleitung

Nicht nur die drei eben behandelten zivilrechtlichen Haftungsnormen können auf (amtliche wie gewerbliche) Tätigkeiten des Gemeinwesens anwendbar sein – auch diverse verwaltungsrechtliche Sonder-Haftungsregeln gelten (fast) unterschiedslos für Private als auch den Staat.²⁸³ Viele dieser Haftungsnormen sind als **Gefährdungshaftungen** ausgestaltet.²⁸⁴

Die Gefährdungshaftungen beruhen auf dem Gedanken, dass gewisse gefährliche Vorrichtungen oder Tätigkeiten, wie die Eisenbahn, der Strassenverkehr und die Luftfahrt, die Jagd, Gentechnik und Kernenergie oder auch Sprengstoffe wegen ihres überwiegenden gesellschaftlichen Nutzens grds. erlaubt werden, immerhin aber derjenige das finanzielle Risiko tragen soll, der den wirtschaftlichen oder ideellen Nutzen aus der Vorrichtung oder Tätigkeit zieht.²⁸⁵ Wer etwas Gefährliches betreibt oder ausübt ist damit selbst dafür verantwortlich, dass genügend Sicherheit besteht und andere nicht geschädigt werden.²⁸⁶ Ansonsten hat er

²⁸² FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 994; GROSS, Staatshaftung, S. 33; GROSS/PRIBNOW, Nr. 172; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2274 ff.; KELLER, S. 219; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 61; BGE 123 II 481 ff.; 122 II 17 ff.; 122 II 337 ff. (342 ff.), E. 3 f.; 121 II 317 ff. (325 ff.), E. 4; 119 Ib 334 ff. (341), E. 3; 118 Ib 203 ff. (204), E. 8; 112 Ib 176 ff. (177), E. 3.

²⁸³ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 34; SUTTER, Naturgefahren, S. 187; vgl. zum Bundesrecht die Liste in SR 221.112.

²⁸⁴ Vgl. SUTTER, Naturgefahren, S. 187.

²⁸⁵ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 28 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 18 zu Art. 41 OR; vgl. auch BGE 131 III 61 ff. (66), E. 2.3; REY, Nr. 1243; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 18; RUCH, Regulierung, S. 391; SCHWENZER, Nr. 54.01; WIDMER, S. 426; vgl. auch KOLLER/SCHINDLER, S. 287 f. zur Gesetzgebung im Bereich Strassenverkehr und Waffen.

²⁸⁶ RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 18, vgl. auch Nr. 97.

den Schaden auszugleichen – dies selbst dann, wenn er alle Schutzmassnahmen ergriffen hat.²⁸⁷

Für diese Arbeit ist in erster Linie die Haftung aus Strassenverkehrsgesetz (Kap. 3/2/III/4/B), aus Seeschiffahrt (Kap. 3/2/III/4/C) und aus Luftfahrtgesetz (Kap. 3/2/III/4/C) sowie aus Sprengstoffgesetz (Kap. 3/2/III/4/E) relevant, weshalb auf diese in der Folge näher eingegangen wird. Auch die Haftung für Schädigungen durch die Armee soll thematisiert werden (Kap. 3/2/III/4/F).²⁸⁸

B) Haftung des Motorfahrzeughalters

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

Gemäss **Art. 58 Abs. 1 SVG** haftet der Halter eines Motorfahrzeugs für den Schaden, wenn durch dessen Betrieb «ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht» wird. Zentrale Haftungsvoraussetzung – neben einem Personen- oder Sachschaden sowie einem adäquaten Kausalzusammenhang,²⁸⁹ welche weiter unten erläutert werden²⁹⁰ – ist demnach die **Schadensverursachung durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs**.²⁹¹ Bei diesem Grundtatbestand handelt es sich um eine **Gefährdungshaftung**.²⁹² Art. 58 SVG enthält indes noch weitere Haftungstatbestände:

²⁸⁷ SUTTER, Naturgefahren, S. 188.

²⁸⁸ Nicht besprochen wird hingegen etwa der Haftungstatbestand von Art. 5 SchKG (vgl. hierzu etwa KREN KOSTKIEWICZ, Nr. 136 ff.). Denn dieser ist zwar ebenfalls auf die Polizei anwendbar, sofern sie Aufgaben erfüllt, die ihr das SchKG zuweisen. Hierbei handelt es sich aber um Amts- oder Vollzugshilfe und nicht um eine eigentlich sicherheitspolizeiliche Tätigkeit, weshalb die Haftung nach SchKG für die vorliegende Arbeit nicht von primärem Interesse ist.

²⁸⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Widerrechtlichkeit bei den Gefährdungshaftungen keine Voraussetzung, da letztere keine Haftung für ein bestimmtes Verhalten, sondern für die Realisierung einer Gefahr aus einer bestimmten Vorrichtung oder Tätigkeit begründen. Der Schutzbereich der Haftung nach SVG ergibt sich indes direkt aus dem Gesetz (Personen- oder Sachschaden); vgl. dazu FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 115 ff. und 332 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 312 ff., insbes. Nr. 334 ff.; REY, Nr. 1246 m.w.H. und 1296; ROBERTO, Nr. 16.05 und 16.22; WERRO, responsabilité, Nr. 299 und 847; a.M. KELLER, S. 106; OFTINGER/STARK, II/2, N 27 ff. zu § 24; BGE 112 II 118 ff. (128), E. 5e; vgl. auch SCHWENZER, Nr. 54.03 und 54.05; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 30 und 84 f. m.w.H.

²⁹⁰ Kap. 3/3/III-IV.

²⁹¹ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 331; WERRO, responsabilité, Nr. 846.

²⁹² FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 175 m.w.H.; OFTINGER/STARK, II/2, N 17 ff., insbes. N 20 zu § 25; REY, Nr. 1264; WERRO, responsabilité, Nr. 845.

Befindet sich ein Fahrzeug nicht in Betrieb, sieht **Abs. 2** zum einen eine **Kausalhaftung** dessen Halters vor, falls fehlerhafte Beschaffenheit seines Motorfahrzeugs an einem Verkehrsunfall mitgewirkt hat.²⁹³ War das Fahrzeug in tadellosem Zustand, aber dennoch in einen Schadensfall involviert, so gilt gemäss **Abs. 2** zum andern eine **Verschuldenshaftung** des Motorfahrzeughalters.²⁹⁴

Sind «Schäden infolge der Hilfeleistung nach» einem Unfall entstanden, so haftet der Halter eines Motorfahrzeugs gemäss **Abs. 3** schliesslich **nach richterlichem Ermessen**, «sofern er für den Unfall haftbar ist oder die Hilfe ihm selbst oder den Insassen seines Fahrzeuges geleistet wurde».²⁹⁵

b) Betrieb eines Motorfahrzeugs

Gemäss Art. 7 Abs. 1 SVG gilt als **Motorfahrzeug** «jedes Fahrzeug mit eigenem Antrieb, durch den es auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird». Dazu zählen in erster Linie Personen- und Lastwagen, also etwa Polizeifahrzeuge, des Weiteren aber auch Fahrzeuge, die nicht nur der Fortbewegung, sondern primär als Arbeitsmittel dienen oder zwar Fortbewegungsmittel sind, aber nicht auf öffentlichen Strassen eingesetzt werden.²⁹⁶

Der Bundesrat kann etwa «Motorfahrzeuge von geringer Motorkraft oder Geschwindigkeit [...] von den» Haftungsbestimmungen des SVG ausnehmen.²⁹⁷ Davon hat er mehrfach Gebrauch gemacht und beispielsweise bestimmt, dass die Benutzer von Motorfahrrädern nach Obligationenrecht haften.²⁹⁸ Per 1. Juni 2015 hat der Bundesrat entschieden, auch etwa Stehroller – eher unter dem Namen **Segways** bekannt – den Motorfahrrädern gleich zu stellen, da diesen Fahrzeugen keine besondere Betriebsgefahr eigen sei, welche eine Gefährdungshaftung zu rechtfertigen vermag.²⁹⁹ Solche Segways werden bereits heute von ver-

²⁹³ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 326, 401 ff. und 442 ff.; ; KELLER, S. 281 und 294; REY, Nr. 1297 f.; WERRO, responsabilité, Nr. 911 ff.

²⁹⁴ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 326, 401 ff. und 426 ff.; KELLER, S. 281 und 294; zum Nichtbetriebsunfall vgl. auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 12 f. zu § 20; REY, Nr. 1297 f.; WERRO, responsabilité, Nr. 911 ff.; vgl. auch Urteil des BGer 4A_83/2015 vom 15. Juni 2015, E. 3.

²⁹⁵ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 326, 401 ff. und 599 ff.; GIGER, N 63 zu Art. 58 SVG; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 13 zu § 20; KELLER, S. 281 und 295 f.; REY, Nr. 1300 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 918 ff.

²⁹⁶ Vgl. FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 182 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 5 ff. zu § 20; KELLER, S. 285 ff.; OFTINGER/STARK, II/2, N 45 ff. zu § 25; REY, Nr. 1278 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 898 ff.

²⁹⁷ Art. 89 Abs. 1 SVG; vgl. auch SAUPE, S. 255.

²⁹⁸ Art. 34 VVV; vgl. auch SAUPE, S. 256.

²⁹⁹ SAUPE, S. 253 ff.

schiedenen Polizeikorps und anderen Sicherheitsakteuren insbesondere zu Patrouillenfahrten eingesetzt.³⁰⁰ Wird dabei Schaden verursacht, so richtet sich die Haftung folglich nicht nach Art. 58 ff. SVG,³⁰¹ sondern nach den Bestimmungen des allgemeinen (kantonalen oder bundesrechtlichen) Verantwortlichkeitserlasses.

In **Betrieb** sind Motorfahrzeuge gemäss maschinentechnischem Betriebsbegriff des Bundesgerichts, wenn ihre maschinellen Einrichtungen, so primär ihr Motor aber auch etwa ihre Scheinwerfer, anlässlich der Fortbewegung verwendet werden.³⁰² Es geht also darum, dass der Halter eines Motorfahrzeugs haften soll, wenn sich eine besondere Gefahr realisiert, die mit dem Gebrauch eines solchen Fahrzeugs und dessen Einrichtungen verbunden ist.³⁰³

Typischer Anwendungsfall ist der Zusammenstoss eines Motorfahrzeugs mit einem anderen Objekt oder einer anderen Person.³⁰⁴ Art. 58 Abs. 1 SVG kann aber auch zur Anwendung gelangen, wenn beispielsweise ein Fahrzeug seine Ladung oder Dreck verliert und dadurch einen Schadensfall bewirkt.³⁰⁵ Des Weiteren kann er etwa den Fall erfassen, dass ein Mitfahrer bei voller Fahrt die Tür öffnet, durch das Drehen der Räder Steine weggespickt werden, oder auch nur die Scheinwerfer eines abgeschalteten Autos andere Verkehrsteilnehmer blenden und so ein Unfall verursacht wird.³⁰⁶

c) Der Halter als Haftungssubjekt

Haftungssubjekt der Haftungstatbestände nach Art. 58 SVG ist der **Halter eines Motorfahrzeugs**. Zumindest bei Abs. 1 handelt es sich um eine Gefährdungshaftung, welche bezweckt, denjenigen das finanzielle Risiko einer Vorrichtung oder Tätigkeit tragen zu lassen, welchem der wirtschaftliche oder ideelle Nutzen daran zukommt.³⁰⁷ Entsprechend wird auch zur Bestimmung des Halters und

³⁰⁰ SAUPE, S. 253.

³⁰¹ SAUPE, S. 256.

³⁰² BGE 107 II 269 ff. (272), E. 1a; 97 II 161 ff. (164), E. 3a; 88 II 455 ff. (458), E. 1 m.w.H.; vgl. auch etwa FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 361 m.w.H.; GIGER, N 56 ff. zu Art. 58 SVG; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 10 zu § 20; KELLER, S. 289; OFTINGER/STARK, II/2, N 344 und 348 zu § 25; REY, Nr. 1288 f.; SCHWENZER, Nr. 54.06; WERRO, responsabilité, Nr. 904.

³⁰³ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 365 f.; GIGER, N 57 zu Art. 58 SVG.

³⁰⁴ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 366.

³⁰⁵ BGE 95 II 630 ff. (635), E. 4a; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 383 m.w.H.

³⁰⁶ BGE 88 II 455 ff. (458), E. 1; 81 II 554 ff. (556 f.), E. 2; 63 II 339 ff. (342), E. 1; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 366 und 381 m.w.H.; OFTINGER/STARK, II/2, N 360 ff. zu § 25; WERRO, responsabilité, Nr. 907.

³⁰⁷ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 218 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN,

damit des Haftpflichtigen primär darauf abgestellt, wer aus dem Betrieb eines Fahrzeugs den primären Nutzen zieht.³⁰⁸

So sind nicht in erster Linie rechtliche Kriterien, etwa das Eigentum am Fahrzeug oder der Eintrag im Fahrzeugausweis, sondern **tatsächliche Gegebenheiten** massgebend: Halter im Sinne des SVG soll derjenige sein, «auf dessen eigene Rechnung und Gefahr der Betrieb des Fahrzeugs erfolgt und der zugleich über dieses und allenfalls über die zum Betrieb erforderlichen Personen die tatsächliche, unmittelbare Verfügung besitzt».³⁰⁹

Gemäss Art. 73 Abs. 1 SVG sind die Bestimmungen des SVG, so etwa die Haftungstatbestände, auch auf **Personen des öffentlichen Rechts** anwendbar, sofern letztere nach der eben umschriebenen Definition als Halter eines Motorfahrzeugs qualifiziert werden.³¹⁰ Bund und Kantone sind allerdings von der Versicherungspflicht ausgenommen, welche in Art. 63 ff. SVG grds. für den Fall vorgesehen wird, dass ein Motorfahrzeug in den öffentlichen Verkehr gebracht wird.³¹¹

d) Haftungsbefreiung

Das Gemeinwesen als Haftungssubjekt von Art. 58 SVG kann sich nicht mit dem Nachweis entlasten, dass es «alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt

Nr. 28 ff.; vgl. auch REY, Nr. 1243; RUCH, Sicherheit und Freiheit, Nr. 18; RUCH, Regulierung, S. 391; vgl. auch GIGER, N 31 zu Art. 58 SVG; vgl. auch KOLLER/SCHINDLER, S. 287 f. zur Gesetzgebung im Bereich Strassenverkehr und Waffen; BGE 129 III 102 ff. (104), E. 2.2 m.w.H.

³⁰⁸ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 218 m.w.H.; GIGER, N 27 ff. zu Art. 58 SVG; KELLER, S. 296 f.; OFTINGER/STARK, II/2, N 91 zu § 25; REY, Nr. 1307 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 871.

³⁰⁹ BGE 129 III 102 ff. (103), E. 2.1; 117 II 609 ff. (612), E. 3b; 101 II 133 ff. (136), E. 3a; 92 II 39 ff. (42), E. 4a; 70 II 179 ff. (189), E. 1; 64 II 312 ff. (314), E. 1; 63 II 209 ff. (211), E. 1 je m.w.H.; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 217 m.w.H.; GIGER, N 32 und 38 ff. zu Art. 58 SVG; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 16 zu § 20; KELLER, S. 296 f.; OFTINGER/STARK, II/2, N 89 f. zu § 25; REY, Nr. 1306 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 871 f.

³¹⁰ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 39; OFTINGER/STARK, II/2, N 68 f. zu § 25; vgl. hierzu etwa den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 23. Mai 1978 (ZBJV 1979, S. 369 ff.).

³¹¹ Art. 73 Abs. 1 SVG; GROSS, Staatshaftung, S. 40; OFTINGER/STARK, II/2, N 68 zu § 25; vgl. ausführlich zur Haftpflichtversicherung des Halters FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 866 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 35 ff. zu § 20; OFTINGER/STARK, II/2, N 1 ff. zu § 26; REY, Nr. 1334 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 924 ff.

angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten», wie es etwa bei der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR möglich wäre.³¹²

Ein Ausschluss der Halterhaftung nach Art. 58 SVG kommt nämlich einzig in Frage, wenn das Gemeinwesen zum einen den positiven Beweis erbringt, «dass der Unfall durch höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht wurde»³¹³ und zum andern negativ nachweist, dass weder «ihn selbst oder Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft», noch «dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat».³¹⁴ Diese Haftungsbefreiung des Halters ist demnach an sehr restriktive Voraussetzungen gebunden, scheidet sie doch bereits, wenn auch nur einer der drei erforderlichen Beweise nicht gelingt.³¹⁵

e) Die Motorfahrzeughalterhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich

Bedient sich eine **Sicherheitsbehörde** eines Fahrzeugs, das in einen Unfall verwickelt wird, so haftet das dahinterstehende Gemeinwesen nach Art. 58 SVG. Als beispielsweise bei einer Testfahrt mit dem Tanklöschfahrzeug einer Feuerwehr die Bremsen versagten und sich einer der Mitfahrer beim rettenden Absprung aus dem Fahrzeug schwer verletzte, stützten sich die Forderungen gegen die Gemeinde auf die Haftungsbestimmungen des SVG und nicht etwa des VG oder eines kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes.³¹⁶

Das gleiche gilt, wenn ein Motorfahrzeug im Rahmen des Zivilschutzes oder der Armee eingesetzt wird: Bei einem Unfall gehen die Haftpflichtbestimmungen des SVG denjenigen des Militärgesetzes³¹⁷ oder des Zivilschutzgesetzes vor.³¹⁸ Als zwei Militärangehörige – stark angetrunken und ohne Führerschein – einen

³¹² FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 275.

³¹³ Wozu der Fahrzeuglenker sowie mitwirkende Hilfspersonen gerade nicht gehören.

³¹⁴ Art. 59 Abs. 1 SVG; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 627 ff.; OFTINGER/STARK, II/2, N 425 ff. zu § 25; REY, Nr. 1322 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 859 ff.; vgl. auch Urteil des BGer 4A_663/2014 vom 9. April 2015, E. 3; 4A_433/2013 vom 15. April 2014, E. 4; 4A_699/2012 vom 27. Mai 2013, E. 3.1; Urteil des BVGE A-7351/2010 vom 2. September 2011, E. 10.

³¹⁵ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 628; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 20 zu § 20; OFTINGER/STARK, II/2, N 427 ff., insbes. N 455 zu § 25.

³¹⁶ GEISSELER, S. 4 f. und 13 f.

³¹⁷ Ausnahme in Art. 81 SVG: «Wird ein Versicherter der Militärversicherung durch ein Militärfahrzeug verletzt oder getötet, so hat der Bund den Schaden ausschliesslich nach dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung zu decken.»

³¹⁸ GEISSELER, S. 13 f.; OFTINGER/STARK, II/3, N 125 ff. und 433 zu § 32.

Puch entwendeten, um Zigaretten zu besorgen, dabei von der schneebedeckten Strasse abkamen und an einem zivilen Fahrzeug sowie Grundstück erheblichen Schaden verursachten, richtete sich die Haftung des Bundes sowie der Regress auf die Schädiger entsprechend nach dem SVG und nicht nach dem MG.³¹⁹ Ebenso wurde die Situation beurteilt, als ein Motorfahrer der Armee anlässlich einer Dienstfahrt mit einem vortrittsberechtigten Zivilfahrzeug kollidierte und so Sachschaden entstand.³²⁰

Auch wenn in solchen Fällen die Haftpflichtbestimmungen des SVG und nicht etwa eines öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitserlasses zur Anwendung gelangen, gilt grds. das **Prinzip der ausschliesslichen Staatshaftung**, wonach sich geschädigte Dritte primär an den Staat zu wenden haben, den schädigenden Beamten hingegen nicht belangen können.³²¹

Wie bereits angesprochen, ist dies im sicherheitspolizeilichen Bereich in besonderer Weise gerechtfertigt: Beamte der Sicherheitsbehörden, so etwa Polizistinnen und Polizisten, werden im Rahmen ihrer Tätigkeit besonderen Gefahren ausgesetzt: Einerseits ist deren Risiko erhöht, selbst zu verunfallen, andererseits müssen sie bei ihrer dienstlichen Verrichtung immer wieder Handlungen vornehmen, welche speziell geeignet sind, Dritten Schaden und somit Haftungsfolgen zu bewirken.³²² Nach der hier vertretenen Meinung ist es deshalb wünschenswert, sie in Bezug auf die Haftung zu privilegieren.

Die spezielle Situation, wonach bei **Geschäftsfahrzeugen** allenfalls der Arbeitnehmer als haftpflichtiger (Mit-)Halter qualifiziert wird, sofern er das Fahrzeug nach Feierabend in die eigene Garage stellt und auch für private Fahrten nach Belieben nutzen kann,³²³ dürfte im sicherheitspolizeilichen Bereich kaum von Bedeutung sein. Hier wird beim Einsatz der Fahrzeuge (fast) ausschliesslich der dienstliche Zweck im Vordergrund stehen und der Entscheid über dessen Verwendung dem Gemeinwesen – bzw. dem vorgesetzten Beamten – zukommen, womit auch die Haltereigenschaft beim Gemeinwesen verbleibt.³²⁴

Das Verhalten von Beamten, welche beispielsweise mit einem Polizeiauto fahren oder in anderer Weise bei der Verwirklichung dessen Betriebsgefahr mitwir-

³¹⁹ Urteil des BVGE A-7351/2010 vom 2. September 2011, E. 7.

³²⁰ Urteil des BGer 2A.585/2004 vom 11. Januar 2005, E. 2.1.

³²¹ GEISSELER, S. 27; GROSS, Staatshaftung, S. 40; OFTINGER/STARK, II/2, N 685 Fn. 1132 zu § 25 und N 393 und Fn. 592 zu § 26; vgl. bereits den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 23. Mai 1978 (ZBJV 1979, S. 369 ff.).

³²² Vgl. auch GEISSELER, S. 26.

³²³ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 257; KELLER, S. 298; OFTINGER/STARK, II/2, N 118 ff. zu § 25; REY, Nr. 1313; BGE 62 II 138 ff. (139 f.).

³²⁴ Vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 258; OFTINGER/STARK, II/2, N 119 zu § 25.

ken – etwa bei einem Verkehrsmanöver Zeichen geben, das Auto warten oder beladen oder auch nur dessen Hupe bedienen – wird mithin dem Gemeinwesen als Halter zugerechnet.³²⁵

C) Haftung aus Seeschifffahrt

Gemäss **Art. 30a BSG** gelten für die Haftung der konzessionierten Schifffahrtsunternehmen die gleichen Grundsätze, wie für die Haftung der Eisenbahnunternehmen nach Art. 40b-40f EBG.³²⁶ Diese sehen eine **Gefährdungshaftung** des Unternehmensinhabers vor, falls «die charakteristischen Risiken, die mit dem Betrieb» eines solchen Unternehmens «verbunden sind, dazu führen, dass ein Mensch getötet oder verletzt wird oder ein Sachschaden entsteht».³²⁷

Diese Haftpflichtnormen können unbestritten auch auf den **Staat** angewandt werden.³²⁸ Die Sicherheitsbehörden, so etwa die Polizei, werden aber kaum je als Haftungssubjekt nach Art. 30a BSG in Frage kommen, handelt es sich doch bei ihnen nicht um konzessionierte Schifffahrtsunternehmen. Als letztere gelten die Inhaber von Unternehmen mit dem Zweck, «Reisende regelmässig und gewerbmässig zu befördern».³²⁹ Sicherheitspolizeiliche Handlungen auf Gewässern, etwa Tätigkeiten der Schweizer Seepolizeien, dienen aber vielmehr dazu, etwa den Verkehr auf dem Wasser zu überwachen und zu kontrollieren, bei Unglücksfällen Hilfe zu leisten, Tauch-, Such- und Bergungsaktionen vorzunehmen sowie Gesetzesverstösse bei Gewässerverschmutzungen zu ahnden.³³⁰

Wird entsprechend durch den Betrieb eines Schiffes der Seepolizei oder anderer Sicherheitsakteure auf Gewässern Schaden verursacht, so kommt nicht die Gefährdungshaftung nach Art. 40b-40f EBG, sondern das **kantonale Verantwortlichkeitsgesetz** des Herkunftskantons der betroffenen Beamten bzw. das VG des Bundes zur Anwendung.³³¹ Dies vermag nach der hier vertretenen Ansicht nicht

³²⁵ Art. 58 Abs. 4 SVG; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 261 ff. m.w.H.

³²⁶ Vgl. FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1362.

³²⁷ Art. 40b Abs. 1 EBG; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1093 ff.; SCHWENZER, Nr. 54.09 ff.

³²⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 53, allerdings noch zur alten Haftungsbestimmung.

³²⁹ Art. 7 BSG; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1365.

³³⁰ So etwa die Aufgaben der Gewässerpolizei im Kanton Genf (<http://www.geneve.ch/police/nos-services/gendarmerie/police-de-la-navigation/>, zuletzt besucht am 30. März 2016); im Kanton Zug (<http://www.zg.ch/behoerden/sicherheitsdirektion/zugerpolizei/organisation/sicherheitspolizei/seepolizei>, zuletzt besucht am 30. März 2016); und im Kanton Zürich (http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/standorte/seepo.html, zuletzt besucht am 30. März 2016).

³³¹ Vgl. hierzu auch etwa Art. 8 Abs. 1 des interkantonalen Vertrags vom 18. August

vollständig zu überzeugen. Denn auch mit Schiffen, welche zu sicherheitspolizeilichen Zwecken eingesetzt werden, sind gewisse besondere Gefahren verbunden, welche mit denen eines Transportschiffs oder eines Motorfahrzeugs durchaus vergleichbar sind. Demnach wäre es gerechtfertigt, deren Betrieb einer besonders strengen Haftung, nämlich einer Gefährdungshaftung, zu unterstellen.

D) Haftung des Luftfahrzeughalters

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

Gemäss **Art. 64 Abs. 1 LFG** haftet der Halter eines Luftfahrzeugs «für Schäden, die von [s]einem im Fluge befindlichen Luftfahrzeug einer Person oder Sache auf der Erde zugefügt werden, [...] sofern feststeht, dass der Schaden entstanden und vom Luftfahrzeug verursacht worden ist». Zentrale Haftungsvoraussetzung – neben einem **Personen- oder Sachschaden**, der auf der Erde eintritt, sowie einem adäquaten Kausalzusammenhang³³² – ist demnach die **Schadensverursachung** durch den **Flug eines Luftfahrzeugs** oder durch ein aus diesem **fallenden Objekt** im schweizerischen Luftraum.³³³

Auch hierbei handelt es sich folglich um eine **Gefährdungshaftung**.³³⁴ Sie wird durch die besondere Betriebsgefahr gerechtfertigt, welche von Luftfahrzeugen ausgeht und setzt für eine Haftung einzig einen Zusammenhang zwischen dem Luftfahrzeug und einem Schaden voraus.³³⁵

2014 über die Organisation und den Betrieb der Seepolizei auf dem Neuenburgersee.

³³² Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Widerrechtlichkeit bei den Gefährdungshaftungen keine Voraussetzung, da letztere keine Haftung für ein bestimmtes Verhalten, sondern für die Realisierung einer Gefahr aus einer bestimmten Vorrichtung oder Tätigkeit begründen. Der Schutzbereich der Haftung nach LFG ergibt sich indes direkt aus dem Gesetz (Personen- oder Sachschaden); vgl. dazu FELLMANN, *Haftpflichtrecht II*, Nr. 115 ff. und 332 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 312 ff., insbes. Nr. 334 ff.; REY, Nr. 1246 m.w.H.; ROBERTO, Nr. 16.05; a.M. KELLER, S. 106; OFTINGER/STARK, II/2, N 27 ff. zu § 24; VERDE, *Widerrechtlichkeit*, Nr. 30 und 84 f. m.w.H.; BGE 112 II 118 ff. (128), E. 5e.

³³³ Zur Geltung im schweizerischen Luftraum Art. 11 Abs. 1 LFG und FELLMANN, *Haftpflichtrecht II*, Nr. 1485; zu den Voraussetzungen BAUMANN, N 5 ff. zu Art. 64 LFG; FELLMANN, *Haftpflichtrecht II*, Nr. 1557 ff.

³³⁴ BAUMANN, N 4 zu Art. 64 LFG; DESCHENAUX/TERCIER, N 43 zu § 17; FELLMANN, *Haftpflichtrecht II*, Nr. 1474.

³³⁵ Urteil des BVGE A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009, E. 58.3.4 mit Verweis auf KELLER, S. 50 und 267.

b) Flug eines Luftfahrzeugs

Gemäss Art. 1 Abs. 2 LFG gelten als **Luftfahrzeuge** «Fluggeräte, die sich durch Einwirkungen der Luft, jedoch ohne die Wirkung von Luft gegen den Boden (Luftkissenfahrzeuge), in der Atmosphäre halten können». Dazu gehören unter anderem Flugzeuge, Hubschrauber und Fallschirme,³³⁶ die teilweise von sicherheitspolizeilichen Akteuren eingesetzt werden. Aber auch Drohnen, welche immer wie häufiger im Bereich der Gefahrenabwehr zum Einsatz kommen, fallen grds. unter den Anwendungsbereich des LFG und damit dieser Haftungsbestimmung.³³⁷

Wird durch ein «schweizerische[s] Militärluftfahrzeug einer Person oder Sache auf der Erde [Schaden] zugefügt» fällt dies ebenfalls unter die Haftungsregelung von Art. 64 Abs. 1 LFG.³³⁸

Letztere ist aber nur anwendbar, sofern der Schaden einerseits kausal auf den **Flug eines Luftfahrzeugs** oder ein aus diesem fallendes Objekt zurückzuführen ist.³³⁹ Die Art der Schädigung ist dabei nebensächlich: Es kann sich sowohl um Schädigungen aufgrund eines Absturzes handeln als auch um solche, welche durch Luftwirbel, Luftdruck, Lärm oder ähnliches verursacht werden.³⁴⁰ Das Luftfahrzeug muss sich allerdings im Flug befunden haben, was «vom Beginn der Abflugsmanöver bis zur Beendigung der Ankunftsmanöver» der Fall ist und dies (im Gegensatz zu Motorfahrzeugen) etwa unabhängig davon, ob die maschinellen Einrichtungen wie der Motor zur Fortbewegung in Gebrauch sind oder nicht.³⁴¹

Andererseits gilt die Haftungsbestimmung von Art. 64 Abs. 1 LFG nur, sofern einer **Person oder Sache**, die sich **auf der Erde** befand, **Schaden** entstanden ist. Entsprechend richten sich also Ersatzforderungen für Schäden infolge der Kollision von Flugzeugen in der Luft nicht nach LFG,³⁴² zudem ist auch die

³³⁶ Anhang LSV; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1476 ff.; KELLER, S. 268.

³³⁷ STEIGER, S. 174.

³³⁸ Art. 106 Abs. 1 LFG; vgl. auch BAUMANN, N 12 zu Art. 64 LFG m.w.H.; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1480; KELLER, S. 269; ausgenommen sind Personenschäden von Armeeangehörigen, vgl. dazu Art. 34 MG.

³³⁹ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1583.

³⁴⁰ Urteil des BVGE A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009, E. 58.3.4; vgl. auch KELLER, S. 270.

³⁴¹ Art. 64 Abs. 3 LFG; BAUMANN, N 13 zu Art. 64 LFG m.w.H.; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1585; KELLER, S. 269 f.

³⁴² Sondern die allgemeinen Haftungsbestimmungen: wenn z.B. Militärflugzeuge involviert sind die Art. 135 ff. MG (BGE 123 II 577 ff. (579 ff.), E. 3 und 4).

Haftung gegenüber Flugreisenden nicht von dessen Anwendungsbereich erfasst.³⁴³

c) Der Halter als Haftungssubjekt

Haftungssubjekt von Art. 64 Abs. 1 LFG ist der **Halter des Luftfahrzeugs**. Wer dies ist, kann analog den bereits zum SVG dargelegten Grundsätzen bestimmt werden: Primär massgebend sind also die tatsächlichen Verhältnisse, in erster Linie die tatsächliche, unmittelbare Verfügungsgewalt über das Luftfahrzeug.³⁴⁴

Als Halter und somit Haftpflichtiger kann somit wiederum der **Staat**, etwa sicherheitspolizeiliche Akteure, in Frage kommen.³⁴⁵ Bund und Kantone sind wie bei der Haftung nach SVG einzig von der eigentlich bestehenden Pflicht befreit, die Haftpflichtansprüche sicherzustellen.³⁴⁶

d) Haftungsbefreiung

Etwa im Gegensatz zum SVG sieht das LFG **keine Möglichkeit** vor, sich mit einem Verweis auf Selbst- oder Drittverschulden bzw. höhere Gewalt von der Haftung zu befreien. Zwar ist nach h.L. anerkannt, dass zumindest grobes Selbstverschulden aufgrund von Art. 44 OR eine Haftung des Halters ausschliessen kann.³⁴⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Entlastung aufgrund höherer Gewalt oder groben Drittverschuldens hingegen ausgeschlossen.³⁴⁸

Der Halter eines Luftfahrzeugs hat deshalb nicht nur für sein eigenes Verhalten, sondern auch für das Verhalten seiner **Hilfspersonen** einzustehen – egal, ob sie sich an Bord aufhalten oder aber auf der Erde befinden und dort etwa im Bereich der Flugsicherung tätig sind.³⁴⁹ Darüber hinaus muss er auch für die Handlungen der übrigen Personen einstehen, welche sich an Bord befinden,³⁵⁰ ja gar für ir-

³⁴³ Hier gelten vielmehr internationale Bestimmungen, vgl. FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1486 und 1489 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 11 ff. zu § 22; KELLER, S. 268; SCHWENZER, Nr. 54.11.

³⁴⁴ BGE 129 III 410 ff. (414), E. 4; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1523; KELLER, S. 271 f.; vgl. BAUMANN, N 20 ff. zu Art. 64 LFG m.w.H., wonach die Anlehnung an die Haftung nach Art. 58 SVG in der Lehre teilweise kritisiert wird; vgl. bereits Kap. 3/2/III/4/B/c.

³⁴⁵ GROSS, Staatshaftung, S. 50 f.

³⁴⁶ Art. 72 LFG.

³⁴⁷ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1590 ff. m.w.H.; KELLER, S. 275.

³⁴⁸ Vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1587 ff. m.w.H.; KELLER, S. 273 ff.

³⁴⁹ BAUMANN, N 14 zu Art. 64 LFG m.w.H.; FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1538 ff.; KELLER, S. 272 und 274.

³⁵⁰ Art. 64 Abs. 2 lit. b LFG.

gendwelche Dritte, welche dazu beitragen, dass ein Luftfahrzeug einer Person oder Sache auf der Erde Schaden zufügt.³⁵¹

e) Luftfahrzeughalterhaftung im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich

Wie bereits angesprochen, kommen als Haftpflichtige von Art. 64 Abs. 1 LFG auch sicherheitspolizeiliche Akteure in Frage.³⁵²

Entsprechend wurde die Eidgenossenschaft zu Schadenersatz verpflichtet, als durch den Absturz eines Militärflugzeuges Personen auf der Erde getötet wurden.³⁵³ Das gleiche gilt beispielsweise, wenn durch den Flug eines Polizeihelikopters Unbeteiligte zu Schaden kommen. Ist dieser, wie bei den Kantonspolizeien teilweise üblich, lediglich gemietet,³⁵⁴ sind dennoch die Polizeikorps als Halter zu qualifizieren, sofern die Miete die Dauer von etwa einem Monat übersteigt und ihnen entsprechend der primäre wirtschaftliche Nutzen am Helikopter zukommt.³⁵⁵

Im Jahr 2014 war die Schlagzeile «Drohne der Polizei ist abgestürzt. Während einer Vorführung geriet der fliegende Fotoapparat der Zürcher Stadtpolizei ausser Kontrolle», zu lesen.³⁵⁶ Zwar wurde beim Absturz einzig die Drohne selbst zerstört, ansonsten aber weder Personen noch Sachen geschädigt. Im Falle eines Schadens hätte allerdings die Stadtpolizei bzw. Stadt Zürich als Halterin der Drohne gestützt auf Art. 64 Abs. 1 LFG belangt werden können.

E) Haftung aus Sprengstoffgesetz

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

«Der Inhaber eines Betriebes oder einer Anlage, in denen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände hergestellt, gelagert oder verwendet werden, haftet» gemäss **Art. 27 Abs. 1 SprstG** «für den Schaden, der durch die Explosion sol-

³⁵¹ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 1541; KELLER, S. 272 und 274.

³⁵² GROSS, Staatshaftung, S. 50 f.

³⁵³ BGE 112 II 118 ff. (121 ff.), insbes. E. 1.

³⁵⁴ Vgl. etwa die NZZ-Schlagzeile «Kantonspolizei mietet Helikopter. Die Zürcher Kantonspolizei braucht einen neuen Helikopter, weil der heutige in die Jahre gekommen ist. Diesen mietet das Korps von einem privaten Anbieter.» vom 16. Januar 2014, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/zuerich/kantonspolizei-zuerich-helikopter-1.18222766>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

³⁵⁵ Vgl. FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 246 ff. m.w.H.

³⁵⁶ Vgl. den Beitrag vom 3. Oktober 2014 auf der Homepage des Tagesanzeigers, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Drohne-der-Polizei-ist-abgestuerzt/story/25181885>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

cher Mittel oder Gegenstände verursacht wird». Zentrale Haftungsvoraussetzung – neben einem Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang und der Widerrechtlichkeit,³⁵⁷ welche weiter unten erläutert werden³⁵⁸ – ist eine **Explosion von Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen**.³⁵⁹

Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine **Gefährdungshaftung**,³⁶⁰ welche den allgemeinen Haftungsnormen, etwa Art. 41 ff., Art. 55 OR oder dem VG des Bundes, als *lex specialis* vorgeht.³⁶¹

b) *Explosion von Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen*

«Unter **Sprengmitteln** sind Sprengstoffe und Zündmittel zu verstehen»,³⁶² welche in Art. 5 und 6 SprstG genauer definiert werden.³⁶³

«**Pyrotechnische Gegenstände** sind gebrauchsfertige Erzeugnisse mit einem Explosiv- oder Zündsatz, die nicht zum Sprengen, sondern zu andern industriellen, technischen oder landwirtschaftlichen Zwecken bestimmt sind» oder «bloss dem Vergnügen dienen».³⁶⁴

³⁵⁷ Zwar ist die Widerrechtlichkeit nach der hier vertretenen Ansicht bei Gefährdungshaftungen grds. keine Haftungsvoraussetzung (vgl. dazu FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 115 ff. und 332 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 312 ff., insbes. Nr. 334 ff.; REY, Nr. 1246 m.w.H.; ROBERTO, Nr. 16.05; a.M. KELLER, S. 106; OFTINGER/STARK, II/2, N 27 ff. zu § 24; BGE 112 II 118 ff. (128), E. 5e.). Da Art. 27 Abs. 1 SprstG im Gegensatz zu anderen Gefährdungshaftungen aber auch reine Vermögensschäden erfasst, muss die Widerrechtlichkeit immerhin bei solchen zur Haftungsbeschränkung geprüft werden (vgl. FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1742 ff.).

³⁵⁸ Kap. 3/3/III-IV.

³⁵⁹ DESCHENAUX/TERCIER, N 132 ff. zu § 17; FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1725; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 54.

³⁶⁰ DESCHENAUX/TERCIER, N 123 zu § 17; FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1663; GROSS, Staatshaftung, S. 54 f.; KELLER, S. 335 f.; KNECHT, N 4 ff. zu Art. 27 SprstG m.w.H.; OFTINGER/STARK, II/3, N 3 f. zu § 31; REY, Nr. 1257.

³⁶¹ HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 54 zu § 22; KELLER, S. 336; MOHLER, *Entscheid.*, S. 1411; OFTINGER/STARK, II/3, N 63 zu § 31; zum Vorrang der *lex specialis* vgl. auch etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 220; vgl. genauer FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1724, wonach jeweils im Einzelfall geprüft werden muss, ob Art. 27 Abs. 1 SprstG allein zur Anwendung kommt oder aber zu einer Haftungsnorm des Staatshaftungsrechts in Anspruchskonkurrenz steht.

³⁶² Art. 4 SprstG.

³⁶³ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1666 ff.; KNECHT, N 8 zu Art. 27 SprstG; OFTINGER/STARK, II/3, N 30 ff. zu § 31.

³⁶⁴ Art. 7 SprstG; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1674 f.; KNECHT, N 9 zu Art. 27 SprstG; OFTINGER/STARK, II/3, N 38 zu § 31.

Für den sicherheitspolizeilichen Bereich ist von besonderer Bedeutung, dass nach der hier vertretenen Ansicht der Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 1 SprstG auch **Schiesspulver** erfasst, auch wenn dies nicht explizit erwähnt wird.³⁶⁵

Der Begriff der **Explosion** wird vom SprstG nicht definiert. Gemäss Duden beschreibt er ein «durch starken inneren [Gas]druck verursachtes, mit einem heftigen Knall verbundenes plötzliches Zerplatzen oder Zerbersten eines Körpers».³⁶⁶

Aus welchem Grund es zu einer Explosion von Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen kommt, spielt grds. keine Rolle – entscheidend ist einzig, dass eine solche adäquat kausal einen Schaden verursacht.³⁶⁷ Wird eine Schädigung zwar durch solche Stoffe bewirkt, allerdings nicht weil diese explodieren, sondern beispielsweise eine Person vergiften, so ist Art. 27 Abs. 1 SprstG nicht anwendbar.³⁶⁸

Für die vorliegende Arbeit ist indes relevant, dass auch das Schiessen mit Feuerwaffen durch eine Explosion verursacht wird (beispielsweise von Schiesspulver oder Explosivsätzen in der Munition) und entsprechend unter Art. 27 Abs. 1 SprstG fällt.³⁶⁹

c) Der Inhaber als Haftungssubjekt

Haftungssubjekt des Art. 27 Abs. 1 SprstG ist der «**Inhaber** eines **Betriebes** oder einer **Anlage**, in denen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände **hergestellt, gelagert oder verwendet** werden».

Der Begriff des **Betriebs** bezieht sich dabei auf eine berufliche Handlung, auf eine gewerbliche, industrielle oder ähnliche Tätigkeit in einem Unternehmen, und dient der Abgrenzung zu reinen Freizeitaktivitäten, welche nicht unter Art. 27 Abs. 1 SprstG fallen.³⁷⁰ Wo sich der Schadensfall ereignet, ob am Unternehmensstandort oder extern, spielt dabei keine Rolle.³⁷¹ Nach der hier vertre-

³⁶⁵ Vgl. auch Art. 7a SprstG und FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1665, wonach Schiesspulver unter den Begriff der Sprengmittel fällt.

³⁶⁶ Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Explosion>, zuletzt besucht am 30. März 2016.

³⁶⁷ OFTINGER/STARK, II/3, N 102 zu § 31.

³⁶⁸ OFTINGER/STARK, II/3, N 102 zu § 31.

³⁶⁹ OFTINGER/STARK, II/3, N 110 zu § 31; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1756.

³⁷⁰ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1678; GROSS, Staatshaftung, S. 55; OFTINGER/STARK, II/3, N 20 ff. zu § 31.

³⁷¹ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1683; OFTINGER/STARK, II/3, N 24 zu § 31; vgl. auch KELLER, S. 337.

tenen Ansicht fallen auch Sicherheitsbehörden, so etwa die Polizei, unter den Begriff des Betriebs.

Eine **Anlage** beschreibt eine bauliche Einrichtung im weitesten Sinn, in welcher Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände etwa hergestellt, gelagert oder verwendet werden.³⁷² Ein Beispiel hierfür ist etwa ein Schiessstand.³⁷³

Da es sich auch bei Art. 27 Abs. 1 SprstG um eine Gefährdungshaftung handelt, die an der Explosionsgefahr gewisser Stoffe anknüpft,³⁷⁴ hat wiederum derjenige das finanzielle Risiko zu tragen, dem an der Verwendung dieser Stoffe der primäre (wohl wirtschaftliche, allenfalls aber auch ideelle) Nutzen zukommt.³⁷⁵ Als Inhaber und somit Haftpflichtiger eines Betriebs oder einer Anlage ist entsprechend regelmässig derjenige anzusehen, der über diese tatsächlich, unmittelbar verfügen kann und auf dessen Rechnung und Gefahr sie geführt werden.³⁷⁶

Gemäss Gesetzeswortlaut erfasst Art. 27 Abs. 1 SprstG nur Situationen, in denen solche Betriebe oder Anlagen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände **herstellen, lagern oder verwenden**. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dieser Wortlaut allerdings zu eng. In den Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 1 SprstG fällt vielmehr jeder Umgang mit solchen Stoffen, so auch etwa das Besitzen, Einführen, Abgeben, Beziehen, Verwenden und Vernichten.³⁷⁷

Vorliegend ist besonders bedeutsam, dass gemäss SprstG explizit auch **Gemeinwesen** – Bund, Kantone und Gemeinden – als Haftungssubjekt nach Art. 27 Abs. 1 SprstG in Frage kommen.³⁷⁸

d) Haftungsbefreiung

Der Inhaber eines Betriebes oder einer Anlage, in denen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände hergestellt, gelagert oder verwendet werden, haftet nun

³⁷² OFTINGER/STARK, II/3, N 25 und N 84 zu § 31.

³⁷³ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1756.

³⁷⁴ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1663; GROSS, Staatshaftung, S. 54 f.; KELLER, S. 335 f.; OFTINGER/STARK, II/3, N 3 f. und 9 ff. zu § 31; REY, Nr. 1257.

³⁷⁵ BGE 131 III 61 ff. (66), E. 2.3; vgl. auch OFTINGER/STARK, II/3, N 73 f. zu § 31.

³⁷⁶ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1694 und 1700; OFTINGER/STARK, II/3, N 88 zu § 31.

³⁷⁷ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1688; KNECHT, N 10 ff. zu Art. 27 SprstG m.w.H.; OFTINGER/STARK, II/3, N 41 ff. zu § 31.

³⁷⁸ Art. 27 Abs. 3 SprstG; vgl. auch FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1703; GROSS, Staatshaftung, S. 55; OFTINGER/STARK, II/3, N 50 ff., insbes. N 52 zu § 31; vgl. auch KNECHT, N 17 zu Art. 27 SprstG, welcher allerdings davon spricht, dass kantonales Haftungsrecht zur Anwendung gelangt, sofern eine Person den Schaden bewirkt, die mit der Erfüllung kantonaler oder kommunaler Aufgaben betraut wurde.

aber nicht in jedem Fall, in dem die Explosion solcher Mittel oder Gegenstände Schaden verursacht. Art. 27 Abs. 2 SprstG sieht nämlich eine **Haftungsbefreiung** vor, falls letzterer «beweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder durch grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht worden ist». Dies entspricht einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, welche gerade bei Gefährdungshaftungen nur ausnahmsweise und nur bei sehr hoher Intensität der zusätzlichen Ursache bejaht werden darf.³⁷⁹

Höhere Gewalt könnte als Haftungsausschlussgrund bedeutsam sein, wenn beispielsweise ein Blitz oder ein Erdbeben die Explosion auslöst.³⁸⁰

Grobes Selbstverschulden kommt im sicherheitspolizeilichen Bereich allenfalls in Frage, wenn eine Person den Gebrauch einer Feuerwaffe, also die Explosion von Sprengmitteln, durch ihr Verhalten provoziert und beispielsweise gar den Tatbestand eines Polizeigesetzes erfüllt, welcher einen Beamten zum Gebrauch einer Schusswaffe ermächtigt. Reicht dies nicht, um den Kausalzusammenhang zu unterbrechen, so kann solches Selbstverschulden allenfalls noch bei der Schadenersatzbemessung als Herabsetzungsgrund berücksichtigt werden.³⁸¹

Grobes Drittverschulden schliesslich ist für die vorliegende Arbeit unter Umständen bedeutsam, falls ein Dritter mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen, welche aus einem sicherheitspolizeilichen Betrieb stammen, einen gezielten Anschlag verübt, also mindestens eventualvorsätzlich damit Schaden anrichtet.³⁸² Dies führt aber wohl dann nicht zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, wenn die Sprengmittel oder pyrotechnischen Gegenstände insbesondere gegen Diebstahl und Wegnahme durch Unbefugte ungenügend gesichert waren³⁸³ und sie der Delinquent nur deshalb entwenden konnte: Diesfalls haftet der Inhaber des sicherheitspolizeilichen Betriebs nach Art. 27 Abs. 1 SprstG für den Schaden, den der vom Dritten getätigte Anschlag anrichtet.³⁸⁴

Ebenfalls keine Entlastung ist mit Berufung auf das Verschulden einer **Hilfsperson** möglich, also einer Person, die der Inhaber aus irgendwelchen Gründen zur

³⁷⁹ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, N 125 m.w.H.; FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1769; vgl. auch OFTINGER/STARK, II/3, N 125 zu § 31; REY, Nr. 559.

³⁸⁰ OFTINGER/STARK, II/3, N 118 f. und Fn. 99 zu § 31; vgl. auch Kap. 3/3/V/B/d.

³⁸¹ BREHM, N 16 zu Art. 44 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 2444 m.w.H.; REY, Nr. 401; WERRO, responsabilité, Nr. 1224; vgl. auch OFTINGER/STARK, II/3, N 121 zu § 31; vgl. auch Kap. 3/3/V/B/b.

³⁸² FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1777 f.; OFTINGER/STARK, II/3, N 122 ff. zu § 31; vgl. auch Kap. 3/3/V/B/c.

³⁸³ Vgl. Art. 22 Abs. 1 SprstG.

³⁸⁴ FELLMANN, Haftpflichtrecht III, Nr. 1778; OFTINGER/STARK, II/3, N 122 und Fn. 107 zu § 31.

Erfüllung seiner Aufgaben einsetzt.³⁸⁵ Ein solches wird nämlich nicht als Drittverschulden qualifiziert, sondern dem Haftungssubjekt nach Art. 27 Abs. 1 SprstG als eigenes Verhalten zugerechnet.³⁸⁶

e) Haftung aus Sprengstoffgesetz im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich

Die **Armee** sowie die **Militärverwaltung** fallen nur in den Anwendungsbereich des SprstG, «wenn sie Sprengmittel an zivile Stellen oder Private abgeben».³⁸⁷

Der Bundesrat kann darüber hinaus auch die **Polizei** und die **Feuerwehr** ganz oder teilweise von diesem Gesetz ausnehmen und für sie besondere Bestimmungen erlassen.³⁸⁸ Für «Polizeikorps des Bundes, der Kantone und der Gemeinden mit eigener Kriminalpolizei oder Spezialformationen» enthält die SprstVP eben solche besonderen Bestimmungen für «den Verkehr mit Sprengmitteln und pyrotechnischen Gegenständen».³⁸⁹ Da sie in Bezug auf die Haftung aber – richtigerweise – keine spezielle Regelung enthält, bleibt diesbezüglich Art. 27 SprstG anwendbar.³⁹⁰ Verwendet also beispielsweise ein Beamter eines Polizeikorps eine Feuerwaffe, wodurch ein Dritter zu Schaden kommt, so kann das dahinterstehende Gemeinwesen – der Inhaber des Betriebs «Polizeikorps» – aufgrund von Art. 27 Abs. 1 SprstG haftbar gemacht werden.³⁹¹

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist ein im Jahr 2014 ergangenes **bundesgerichtliches Urteil** zumindest kritisch zu hinterfragen: 2009 explodierten während der Abschlussprüfung eines **Kurses des SPI** für Sprengspezialisten der Polizei Sprengmittel, wodurch ein Kursteilnehmer tödlich, weitere Personen leicht bis schwer verletzt wurden.³⁹² Ein Polizeihauptmann, in der Funktion des Kursdirektors und Prüfungsexperten, sowie ein pensionierter Polizist, der als Instruktor tätig war, wurden «wegen fahrlässiger Gefährdung durch Sprengstoffe ohne verbrecherische Absicht (Art. 225 Abs. 1 StGB), fahrlässiger Tötung (Art. 117 StGB) und fahrlässiger schwerer Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB)» verurteilt.³⁹³

³⁸⁵ Vgl. zum Begriff der Hilfsperson FELLMANN, *Haftpflichtrecht* III, Nr. 1706.

³⁸⁶ Vgl. FELLMANN, *Haftpflichtrecht* III, Nr. 1705; OFTINGER/STARK, II/3, N 79 ff. zu § 31.

³⁸⁷ Art. 2 Abs. 1 SprstG.

³⁸⁸ Art. 2a SprstG.

³⁸⁹ Art. 1 SprstVP.

³⁹⁰ Art. 2 SprstVP; vgl. auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1411.

³⁹¹ Vgl. auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1411.

³⁹² Urteil des BGer 6B_604/2012 und 6B_613/2012 vom 16. Januar 2014, Sachverhalt A.

³⁹³ Urteil des BGer 6B_604/2012 und 6B_613/2012 vom 16. Januar 2014, Sachver-

In zivilrechtlicher Hinsicht bejahen die Gerichte Schadenersatz- sowie Genugtuungsansprüche der Verletzten (bzw. der Angehörigen). Allerdings gegenüber den beiden Beamten persönlich und dies gestützt auf Art. 41 OR.³⁹⁴ Es sei von einer privatrechtlichen Tätigkeit der beiden Beamten im Rahmen eines dem Privatrecht unterstehenden Kurses auszugehen, da zum einen ihre Tätigkeit «irgend eine andere befähigte Person in gleicher Weise im Rahmen eines von einer Privatperson offerierten Lehrangebots» hätte ausüben können und es sich zum andern beim SPI um «eine privatrechtliche Stiftung» handle.³⁹⁵

Nach der hier vertretenen Ansicht wird damit nicht begründet, weshalb in diesem Fall Privatrecht massgebend sein soll, sondern die Frage nach dem tatsächlich anwendbaren Recht einfach übergangen.³⁹⁶ Aufgrund verschiedener Gesichtspunkte hätte nämlich eine Haftung gestützt auf **öffentliches Recht** geprüft werden müssen:

Zum einen handelt es sich beim SPI um den «Inhaber eines Betriebes», in dem «Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände [...] verwendet werden», weshalb die Gerichte korrekterweise eine Anwendung von Art. 27 Abs. 1 SprstG – öffentlichem Recht – hätten in Erwägung ziehen sollen.³⁹⁷ Zum andern wurde dem SPI «die Abnahme der Prüfungen [...] und die darauf ausgerichtete Ausbildung sowie die Organisation und Durchführung der ergänzenden Schulung» für Sprengspezialisten, welche vorliegend in Frage stehen, ausdrücklich durch Gesetz übertragen,³⁹⁸ was einer Beleihung durch den Bund entspricht.³⁹⁹

Zudem obliegt dem Bund die Oberaufsicht über den Vollzug des SprstG⁴⁰⁰ und eines seiner Departemente, nämlich das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, muss die vom SPI durchgeführten Prüfungen beaufsichtigen⁴⁰¹.⁴⁰² Aufgrund des in casu «quasi inexistenten oder zumindest

halt C und E. 4.5.

³⁹⁴ Urteil des BStrGer SK.2011.12 vom 24. August 2012, E. 9.2.2 in fine und 9.3 ff.; Urteil des BGer 6B_604/2012 und 6B_613/2012 vom 16. Januar 2014, Sachverhalt C, E. 6.2.3 ff. und Dispositiv 2 und 3.

³⁹⁵ Urteil des BStrGer SK.2011.12 vom 24. August 2012, E. 9.2.2.

³⁹⁶ So auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1410.

³⁹⁷ Vgl. auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1411.

³⁹⁸ Art. 8 Abs. 1 SprstVP.

³⁹⁹ MOHLER, *Entscheid*, S. 1411 f. mit Verweis auf JAAG, *Bundesverwaltungsrecht*, Nr. 219 ff.; MAYHALL, S. 63; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 ff. zu § 10.

⁴⁰⁰ Art. 42 Abs. 4 SprstG.

⁴⁰¹ Art. 14 Abs. 5 SprstG; vgl. auch Urteil des BStrGer SK.2011.12 vom 24. August 2012, E. 9.2.2, in welchem dies allerdings noch «Bundesamt für Bildung und Technologie (BBT)» genannt wird.

⁴⁰² Vgl. auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1412.

nicht funktionierenden Organisations- und Kontrollapparats des SPI»⁴⁰³ haben nun sowohl das SPI als auch der Bund ihre (Aufsichts-)Pflichten verletzt, weshalb gemäss Art. 146 BV eine (subsidiäre) Haftung des Bundes hätte geprüft werden müssen.⁴⁰⁴

Die Richter hätten darüber hinaus beachten sollen, dass es sich bei der Haftung des Bundes um eine ausschliessliche Haftung handelt: Den Geschädigten steht gegenüber den beiden fehlbaren Beamten kein Anspruch zu,⁴⁰⁵ weshalb deren persönliche Haftung gestützt auf Art. 41 ff. OR ausgeschlossen ist.⁴⁰⁶

F) Haftung für Schädigungen durch die Armee

a) Überblick

«Die Angehörigen der Armee [sind] mit Bezug auf ihre militärische Stellung und ihre dienstlichen Pflichten» vom Anwendungsbereich des VG ausgeschlossen.⁴⁰⁷

Der Bund haftet allerdings gestützt auf **Art. 135 Abs. 1 MG** «ohne Rücksicht auf das Verschulden für den Schaden, den Angehörige der Armee oder die Truppe Dritten» (a.) «durch eine besonders gefährliche militärische Tätigkeit» (Kap. 3/2/III/4/F/b) oder (b.) «in Ausübung einer andern dienstlichen Tätigkeit» (Kap. 3/2/III/4/F/b) widerrechtlich zufügen.

Diese Bestimmung ist zwar *lex specialis* zum VG des Bundes, ihr gegenüber haben indes andere spezifische Gefährdungshaftungen, wie etwa Art. 58 SVG und Art. 27 SprstG, Vorrang.⁴⁰⁸

b) Haftung für besonders gefährliche militärische Tätigkeiten

Zentrale Haftungsvoraussetzung der ersten Tatbestandsvariante ist – neben einem Schaden, adäquaten Kausalzusammenhang und allenfalls einer Widerrechtlichkeit,⁴⁰⁹ welche weiter unten erläutert werden⁴¹⁰ – eine **besonders gefährli-**

⁴⁰³ Urteil des BGer 6B_604/2012 und 6B_613/2012 vom 16. Januar 2014, E. 4.4.3.

⁴⁰⁴ Vgl. auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1412.

⁴⁰⁵ Art. 3 Abs. 3 BV.

⁴⁰⁶ Vgl. auch MOHLER, *Entscheid*, S. 1412.

⁴⁰⁷ Art. 1 Abs. 2 VG; vgl. auch Urteil des BVGE A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 4.1; A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.1.

⁴⁰⁸ Vgl. Art. 135 Abs. 3 MG, wonach «bei Tatbeständen, die unter andere Haftungsbestimmungen fallen, [...] sich die Haftung des Bundes nach diesen Bestimmungen» richtet; vgl. auch GROSS, *Staatshaftung*, S. 50; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 65 zu § 22; OFTINGER/STARK, II/3, N 125 ff. zu § 32.

⁴⁰⁹ Bei Personen- oder Sachschaden ist die Widerrechtlichkeit bei dieser Tatbestandsvariante grds. immer gegeben, kann gemäss Botschaft allerdings durch ge-

che militärische Tätigkeit eines oder mehrerer Armeeingehöriger oder der Truppe.⁴¹¹

Als besonders gefährliche militärische Tätigkeit gilt etwa der Einsatz von Waffen, gefährlichen Mitteln wie Sprengstoffen oder schweren Geräten wie Raupenfahrzeugen oder Brücken.⁴¹²

Für solche Handlungen wollte der Gesetzgeber eine **Gefährdungshaftung** normieren: Die blossе Verursachung eines Schadens soll genügen, um eine Haftung des Bundes zu bewirken – ein ordnungswidriges Verhalten wird grds. nicht vorausgesetzt.⁴¹³ Ob bloss ein einziger Armeeingehöriger, etwa durch Einsatz seiner Waffe, hierfür verantwortlich ist oder ob eine ganze Truppe auf diese Art den Schaden verursachte, spielt dabei keine Rolle: In beiden Fällen verwirklicht sich eine besondere militärische Gefahr, welche die Anwendung der Gefährdungshaftung rechtfertigt.⁴¹⁴

c) Haftung für andere dienstliche Tätigkeiten

Zentrale Haftungsvoraussetzung der zweiten Tatbestandsvariante ist – neben einem Schaden, einem adäquaten Kausalzusammenhang und der Widerrechtlich-

wisse Rechtfertigungsgründe wie sogenannte militärische Notstände ausgeschlossen werden. Bei reinen Vermögensschäden ist die Widerrechtlichkeit gemäss Botschaft hingegen nur gegeben, wenn gemäss objektiver Widerrechtlichkeitstheorie ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung verletzt wird, das dem Schutz des Vermögens dient (vgl. BOTSCHAFT MG, S. 111 mit Verweis auf BGE 118 Ib 163 f., E. 2.); vgl. zur Frage nach der Widerrechtlichkeit GUJER, N 11 ff. zu Art. 135 MG und (allerdings noch in Bezug auf die alte Rechtslage) OFTINGER/STARK, II/3, N 261 ff. zu § 32 und insbes. die Schlussfolgerung in N 290 zu § 32, wonach die Widerrechtlichkeit Haftungsvoraussetzung sei.

⁴¹⁰ Kap. 3/3/III-IV.

⁴¹¹ Vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.1 m.w.H.; Urteil des BVGE A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 5.1; A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 4.

⁴¹² GROSS, Staatshaftung, S. 48; GUJER, N 23 zu Art. 135 MG; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22; vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.1; A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 4.2.1; A-7385/2006 vom 6. Juli 2007, E. 3.1 m.w.H.

⁴¹³ BOTSCHAFT MG, S. 110; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 48; GUJER, N 4 zu Art. 135 MG; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22; vgl. des Weiteren Urteil des BVGE A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 4, welcher gar in Bezug auf Art. 135 Abs. 1 und 2 MG von einer Gefährdungshaftung spricht.

⁴¹⁴ BOTSCHAFT MG, S. 110 f.; vgl. auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22.

keit,⁴¹⁵ welche weiter unten erläutert werden⁴¹⁶ – eine **andere dienstliche Tätigkeit** eines oder mehrerer Armeeangehörigen oder der Truppe.⁴¹⁷

Dienstlich ist jede Handlung, welche durch die Aufgaben oder den Betrieb der Armee geboten ist oder aufgrund eines Aufgebots vorgenommen wird.⁴¹⁸ Darunter fallen insbesondere militärische Aktivitäten, welche den Armeeangehörigen durch Dienstreglemente, allgemeine bzw. besondere Aufträge aufgetragen werden oder aufgrund der Umstände geboten sind und mit den zur Verfügung gestellten Mitteln erfüllt werden.⁴¹⁹

Als dienstliche Tätigkeit gilt bereits das Einrücken in den Militärdienst⁴²⁰ und in der Folge das Leben in der Truppe, wozu auch gemeinsame Mahlzeiten sowie das Schlafen in gemeinsamen Schlafräumen gehören⁴²¹. Auch das unvorsichtige Überqueren einer Strasse während der Ausführung eines militärischen Auftrags,⁴²² medizinische Untersuchungen während der Rekrutierung⁴²³ sowie Gebirgsübungen der Kantonspolizei, welche von Armeeangehörigen durchgeführt werden,⁴²⁴ fallen darunter.

In solchen Situationen können Armeeangehörige nicht immer nach Belieben entscheiden und nach ihrem Willen handeln, sondern unterstehen einer Dienstpflicht und müssen sich entsprechend an Befehle halten.⁴²⁵ Deshalb normierte der Gesetzgeber für solche «andere» dienstliche Tätigkeiten zwar ebenfalls eine **Kausalhaftung**.⁴²⁶ Er – und mit ihm (teilweise) unkritisch auch die Lehre –

⁴¹⁵ Gemäss Botschaft ist die Widerrechtlichkeit hier sowohl bei Personen- und Sachschäden als auch bei Vermögensschäden Haftungsvoraussetzung (vgl. BOTSCHAFT MG, S. 111).

⁴¹⁶ Kap. 3/3/III-IV.

⁴¹⁷ Vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.1 m.w.H.; A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 5.1; A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 4.

⁴¹⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 48; GUJER, N 19 ff. zu Art. 135 MG; OFTINGER/STARK, II/3, N 217 ff. zu § 32; vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2; A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 4.2.1 je m.w.H.

⁴¹⁹ BGE 79 II 147 ff. (150), E. 3; 78 II 419 ff. (429), E. 3; vgl. auch Urteil des BVGE A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.1.

BOTSCHAFT MG, S. 111.

⁴²⁰ Urteil des BVGE A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.1 m.w.H.

⁴²¹ BOTSCHAFT MG, S. 111.

⁴²² Urteil des BVGE A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 4.2.2.

⁴²³ Urteil des BVGE A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 3.

⁴²⁴ Urteil des BVGE A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.1.

⁴²⁵ BOTSCHAFT MG, S. 110, wonach ein Verschulden nicht vorausgesetzt ist; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 48; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22.

setzt für die Haftung des Bundes aber trotzdem ein ordnungswidriges Verhalten eines Armeeingehörigen, also die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht, voraus.⁴²⁷ Dies wurde durch das Bundesgericht kritisch beurteilt, welches auch im Staatshaftungsrecht die objektive Widerrechtlichkeitstheorie anwenden will.

d) Widerrechtlichkeit der militärischen Tätigkeit

Gemäss Bundesgericht erfordert auch die Haftung für (andere) dienstliche Tätigkeiten eines oder mehrerer Armeeingehörigen oder der Truppe im Grundsatz **keine Ordnungswidrigkeit**.⁴²⁸ Die höchsten Richter sind der Ansicht, der Begriff der Widerrechtlichkeit entspreche im Staatshaftungsrecht mehrheitlich dem des Privatrechts, folge also der **objektiven Widerrechtlichkeitstheorie**: Demnach gilt eine Handlung als widerrechtlich, wenn sie entweder ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder bloss dessen Vermögen schädigt, gleichzeitig aber gegen eine Norm verstösst, welche vor eben solchen Schäden schützen soll (Handlungsunrecht).⁴²⁹

Eine Amtspflichtverletzung bzw. eine Ordnungswidrigkeit könne etwa von Bedeutung sein, wenn ein reiner Vermögensschaden zur Diskussion steht, wenn eine Haftungsnorm zusätzlich zu einer Widerrechtlichkeit ein Verschulden voraussetzt, wenn es um die Beurteilung eines Schadens infolge eines Rechtsaktes geht, welcher sich nachträglich als unrichtig herausstellt, (teilweise) wenn eine Staatshaftung für medizinische Behandlungen in einem öffentlichen Spital zu prüfen ist oder wenn eine Haftung des Staates auf eine Unterlassung gestützt werden soll.⁴³⁰ Ausserhalb solcher Konstellationen, so auch bei der Haftung für (andere) dienstliche Tätigkeiten der Armee, müsse die Widerrechtlichkeit bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes auch im Staatshaftungsrecht bejaht werden, selbst wenn keine spezifische Sorgfaltspflicht verletzt wurde.⁴³¹

Geht man beim Haftungstatbestand für andere dienstliche Tätigkeiten von einer Kausalhaftung aus, bei welcher grds. keine spezifische Sorgfaltspflichtverletzung vorausgesetzt wird, so stellt sich die Frage, inwiefern sich diese noch von der Gefährdungshaftung für besonders gefährliche militärische Tätigkeiten unterscheidet. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte bei der ersten Tatbestands-

⁴²⁷ BOTSCHAFT MG, S. 110; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 48; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22.

⁴²⁸ BGE 123 II 577 ff. (585), E. 4g.

⁴²⁹ BGE 123 II 577 ff. (581 f.), E. 4b ff., insbes. E. 4d.bb m.w.H.; vgl. auch Urteil des BVGE A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 8.1 und 8.2.

⁴³⁰ BGE 123 II 577 ff. (582 f.), E. 4d.cc-4d.ff; vgl. hierzu auch GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 49 ff.; RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 4

⁴³¹ BGE 123 II 577 ff. (584), E. 4d.gg; vgl. hierzu auch Kap. 3/3/IV/2/B/a.

variante vollständig auf die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit verzichtet werden: Für eine Haftung soll ausreichen, dass zwischen einem Schaden und einer besonders gefährlichen militärischen Tätigkeit ein Kausalzusammenhang besteht.

Auch Rechtfertigungsgründe vermögen eine Haftung entsprechend nicht auszuschliessen. Damit die Haftung, insbesondere bei reinen Vermögensschäden, nicht ins Uferlose gerät, sollte die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs konsequent angewandt werden.⁴³² Nur wenn gerade eine mit militärischen Aktivitäten spezifisch verbundene, besondere Gefahr, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet ist, Schäden der eingetretenen Art herbeizuführen, den Schaden in der Tat bewirkt hat, soll der Bund haften.⁴³³ Dieser **Kausalzusammenhang** kann gemäss Gesetz **unterbrochen** werden, sofern der Bund beweist, «dass der Schaden durch höhere Gewalt oder durch Verschulden der geschädigten oder einer dritten Person verursacht worden ist».⁴³⁴ Hierbei sollen bei der Gefährdungshaftung der ersten Tatbestandsvariante strengere Anforderungen gestellt werden als bei der mildereren Kausalhaftung der zweiten Tatbestandsvariante.

e) Schadensverursachung durch eine dienstliche Tätigkeit

Beide Tatbestandsvarianten des Art. 135 Abs. 1 MG setzen voraus, dass der Schaden durch eine **dienstliche** – sei es eine besonders gefährliche oder normale – **Tätigkeit** verursacht wurde. Mit anderen Worten muss zwischen der konkreten Handlung, welche den Schaden bewirkte, und dem Betrieb oder Auftrag der Armee ein «innerer Zusammenhang» bestehen.⁴³⁵

Ist dies der Fall, so haftet gemäss Art. 135 Abs. 4 MG ausschliesslich der Bund, «gegenüber den Angehörigen der Armee, die den Schaden verursacht haben, steht den Geschädigten [hingegen] kein Anspruch zu».⁴³⁶

Ist dies nicht der Fall, liegt also **keine dienstliche Tätigkeit** vor, so kann der Geschädigte nicht den Bund, allenfalls aber den Schädiger auf zivilrechtlichem

⁴³² Vgl. auch BGE 123 II 577 ff. (585), E. 4g.

⁴³³ Diese Theorie könnte allenfalls auch durch jene des «Schutzbereichs einer Norm» ersetzt werden, vgl. Kap. 3/3/V/C.

⁴³⁴ Art. 135 Abs. 2 MG; vgl. auch BOTSCHAFT MG, S. 112; GROSS, Staatshaftung, S. 48; GUJER, N 7 f. zu Art. 135 MG; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22; Urteil des BVGE A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 7.3; vgl. zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs Kap. 3/3/IV/B.

⁴³⁵ HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22; vgl. auch Kap. 3/3/II/2 zum funktionalen Zusammenhang.

⁴³⁶ Vgl. auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22.

Weg ins Recht fassen.⁴³⁷ Zu denken ist zum einen an Schädigungen, welche Armeeangehörige im Ausgang oder auf Urlaub verursachen.⁴³⁸ Zum andern können aber auch solche dem Anwendungsbereich des Art. 135 Abs. 1 MG entgehen, welche zwar am Ort des Dienstes erfolgen, aber nicht mit diesem zusammenhängen, wie z.B. sexuelle Belästigungen während einer Übungspause.⁴³⁹

Wie bei der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR⁴⁴⁰ ist nämlich bei der Beurteilung nicht primär auf einen örtlichen oder zeitlichen Zusammenhang zwischen der dienstlichen Verrichtung und dem Schaden abzustellen.⁴⁴¹ Vielmehr ist entscheidend, ob eine Schädigung noch in den «**Risikobereich**» des Armeeangehörigen oder der Truppe fällt: Konnten sie den Schaden gerade bewirken, weil sie eine dienstliche Tätigkeit ausübten oder taten sie dies nur «bei Gelegenheit der[en] Verrichtung»?⁴⁴² Letzteres ist etwa der Fall, wenn Soldaten während des Dienstes einen Diebstahl begehen,⁴⁴³ durch das Werfen von Steinen «Sandwich»-Schilder beschädigen⁴⁴⁴ oder ein Rekrut verletzt wird, weil er zwei Kollegen, die sich prügeln, voneinander trennen will⁴⁴⁵.

Falls sie einen Auftrag falsch oder ungeschickt ausüben wird der «innere Zusammenhang» zu einer allfälligen Schädigung zweifellos bestehen.⁴⁴⁶ Unter Umständen kann er aber auch noch bejaht werden, sofern ein Armeeangehöriger seine Kompetenzen überschreitet, Weisungen von Vorgesetzten oder andere Regeln missachtet.⁴⁴⁷ Verursacht beispielsweise ein Militärangehöriger bei einer

⁴³⁷ HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22.

⁴³⁸ BOTSCHAFT MG, S. 111; vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2 m.w.H.; A-6735/2011 vom 30. April 2013, E. 4.2.1; A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.1; OFTINGER/STARK, II/3, N 220 zu § 32.

⁴³⁹ HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 61 zu § 22.

⁴⁴⁰ Vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2.

⁴⁴¹ Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 766; OFTINGER/STARK, II/3, N 218 zu § 32; REY, Nr. 914.

⁴⁴² Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2; vgl. zu Art. 55 OR BREHM, N 23 zu Art. 55 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 47 zu § 9; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 765 m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 170; MÜLLER, Handkommentar, N 14 zu Art. 55 OR; OFTINGER/STARK, II/1, N 88 zu § 20; OFTINGER/STARK, II/3, N 221 zu § 32; REY, Nr. 914; WERRO, OR-Kommentar, N 14 zu Art. 55 OR.

⁴⁴³ Urteil des BVGE A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.1 m.w.H.; vgl. hingegen die differenzierte Betrachtungsweise in Kap. 3/3/II/2.

⁴⁴⁴ Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.3.

⁴⁴⁵ Urteil des BVGE A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.2.

⁴⁴⁶ Zu Art. 55 OR OFTINGER/STARK, II/1, N 90 zu § 20.

⁴⁴⁷ Zu Art. 55 OR BREHM, N 25 f. zu Art. 55 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 763 m.w.H.; KELLER, S. 175; KELLER/GABI/GABI, S. 170; OFTINGER/STARK, II/1,

befohlenen Fahrt mit dem Militärfahrzeug einen Unfall, weil er bei einem Stoppschild nicht anhält, so kann die dienstliche Tätigkeit durchaus bejaht werden, sofern seine Absicht auf die Ausführung des militärischen Auftrags gerichtet war, der Unfall also «bei der Ausübung seiner militärischen Pflichten» geschah.⁴⁴⁸

f) Haftung für ausserdienstliche Tätigkeiten

Von dienstlichen sowie nicht-dienstlichen müssen schliesslich die ausserdienstlichen Tätigkeiten unterscheiden werden. Dazu gehören beispielsweise Wettkämpfe von militärischen Vereinen oder Divisionsmeisterschaften.⁴⁴⁹

Für solche Tätigkeiten haftet der Bund nur, wenn sie unvermeidbare Land- und Sachschäden bewirken, die nicht versicherbar sind.⁴⁵⁰ Zu denken ist etwa an den Einsatz von Militärmotorfahrzeugen bei einem Wettkampf, wodurch ein Feld beschädigt wird.⁴⁵¹

Diese Haftung ist insofern subsidiär, als die Versicherungspflicht der militärischen Vereine und Verbände sowie die persönliche Haftung der Teilnehmer bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verursachung von vermeidbaren Schäden vorgehen.⁴⁵²

g) Haftung der Armeeangehörigen im Innenverhältnis

«Hat der Bund eine Entschädigung geleistet,» weil Angehörige der Armee oder die Truppe Dritten durch eine dienstliche oder ausserdienstliche Tätigkeit Schaden zufügten, «so steht ihm der **Rückgriff** auf die Angehörigen der Armee zu, die den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht haben».⁴⁵³ Diese Regressmöglichkeit bei indirekter Schädigung des Bundes durch einen Militärangehörigen entspricht jener des VG des Bundes,⁴⁵⁴ weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann.⁴⁵⁵

Auch die Haftung der Militärangehörigen bei **direkter Schädigung** des Bundes ist in Art. 139 MG in vergleichbarer Weise geregelt, ist sie doch auf Schadens-

N 93 zu § 20 m.w.H.; REY, Nr. 913; BGE 95 II 93 ff. (106), E. II.4a.

⁴⁴⁸ OFTINGER/STARK, II/3, N 221 zu § 32.

⁴⁴⁹ BOTSCHAFT MG, S. 112 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 62 zu § 22.

⁴⁵⁰ Art. 136 MG.

⁴⁵¹ BOTSCHAFT MG, S. 112.

⁴⁵² BOTSCHAFT MG, S. 112 f.

⁴⁵³ Art. 138 MG; vgl. auch Urteil des BVGE A-7351/2010 vom 2. September 2011, E. 7 und 11; Urteil des BGer 2A.585/2004 vom 11. Januar 2005, E. 2.2.

⁴⁵⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 48 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 63 zu § 22.

⁴⁵⁵ Vgl. Kap. 3/2/III/2/C; vgl. (allerdings noch zur alten Rechtslage) auch OFTINGER/STARK, II/3, N 306 ff. zu § 32.

verursachung durch «vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung ihrer Dienstpflicht» beschränkt.⁴⁵⁶

*h) Armeeangehörige als Anspruchsberechtigte nach
Art. 135 Abs. 1 MG*

Angehörige der Armee kommen im Rahmen von Art. 135 Abs. 1 MG nicht nur als Schädiger, sondern auch als Geschädigte und damit möglicherweise als Anspruchsberechtigte in Frage.⁴⁵⁷ Für deren Schädigungen ist die Haftung des Bundes aber in vielerlei Hinsicht speziell geregelt:

Zum einen richtet sich seine Haftung bei Personenschäden von Militärangehörigen ausschliesslich nach dem Militärversicherungsgesetz, da dessen Bestimmungen als «andere Haftungsbestimmungen» nach Art. 135 Abs. 3 MG gelten, welche Art. 135 Abs. 1 MG vorgehen.⁴⁵⁸

Zum andern müssen «die Angehörigen der Armee [...] für Verlust und Beschädigung ihres Eigentums selbst aufkommen».⁴⁵⁹ Da die Armee den Soldaten zum Beispiel «Kampfbrillen» zur Verfügung stellt, sind sie selbst verantwortlich, wenn sie ihre private Brille tragen und diese beschädigt wird.⁴⁶⁰ Immerhin kann ihnen «der Bund [...] eine angemessene Entschädigung aus[richten], wenn der Schaden durch einen dienstlichen Unfall oder unmittelbar durch die Ausführung eines Befehls entstanden ist».⁴⁶¹

In Ausnahmefällen kann sich eine Haftung des Bundes bei Schädigung eines Militärangehörigen dennoch auf Art. 135 Abs. 1 MG stützen. Denkbar ist beispielsweise ein Schadenersatzanspruch, wenn einem Soldaten unrechtmässig der Diensturlaub verweigert wird und ihm dadurch Schaden entsteht, oder ein Genugtuungsanspruch (in Verbindung mit Art. 49 OR), wenn an einem Besuchstag ein Angehöriger durch einen Kameraden schwer oder gar tödlich verletzt wird und der Soldat eine immaterielle Unbill beweisen kann.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Art. 139 Abs. 1 MG; vgl. auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 63 zu § 22.

⁴⁵⁷ BOTSCHAFT MG, S. 112.

⁴⁵⁸ BGE 127 II 289 ff. (296), E. 4d; BOTSCHAFT MG, S. 112;
HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 64 zu § 22.

⁴⁵⁹ Art. 137 Abs. 1 MG Satz 1.

⁴⁶⁰ HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 64 zu § 22.

⁴⁶¹ Art. 137 Abs. 1 MG Satz 1.

⁴⁶² BOTSCHAFT MG, S. 112.

IV. Rechtsgrundlagen auf kantonaler Ebene

1. Einleitung

Wie einleitend bereits ausgeführt wurde, haben die Kantone die Option, «über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, [...] auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen» zu erlassen.⁴⁶³ Mit anderen Worten können sie über die Haftung für Schädigungen durch eine dienstliche Handlung⁴⁶⁴ ihres Personals **eigene Haftungsnormen** aufstellen.⁴⁶⁵ Eine Verpflichtung hierzu besteht nicht. Es bietet den Kantonen allerdings die Möglichkeit, ihre Angestellten und Beamten vor Schadenersatz- und Genugtuungsklagen durch Dritte zu schützen.⁴⁶⁶

Mittlerweile haben alle Kantone spezielle Haftungsbestimmungen erlassen.⁴⁶⁷ Bei deren Ausgestaltung und Erlass sind sie grds. völlig **frei**, da etwa die Mindeststandards in Art. 146 BV nur für den Bund gelten.⁴⁶⁸ Entsprechend gibt es zwischen den einzelnen kantonalen Staatshaftungsregelungen primär in formeller und verfahrensrechtlicher Hinsicht, etwa in Bezug auf den Kreis der Haftungssubjekte oder den Rechtsschutz, gewisse Abweichungen.⁴⁶⁹ Bei den wichtigsten Grundsätzen des materiellen Rechts stimmen sie aber mehrheitlich überein.

Der kantonalen **Autonomie** wird bei einem allfälligen Weiterzug eines kantonalen Staatshaftungsurteils ans Bundesgericht insofern Rechnung getragen, als dass letzteres die Auslegung und Anwendung von kantonalem Haftungsrecht durch die kantonalen Behörden nur sehr eingeschränkt, nämlich lediglich unter dem Blickwinkel der Willkür prüft.⁴⁷⁰ Nur, wenn sich ein kantonales Urteil als

⁴⁶³ Art. 61 Abs. 1 OR.

⁴⁶⁴ Dies ist hingegen gemäss Art. 61 Abs. 2 OR nicht möglich, falls es sich um eine gewerbliche Verrichtung handelt; vgl. hierzu auch MAYHALL, S. 211.

⁴⁶⁵ Vgl. anstelle vieler GROSS/PRIBNOW, Nr. 373.

⁴⁶⁶ GROSS/PRIBNOW, Nr. 373.

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu auch MANFRINI, S. 209; MÜLLER, Handkommentar, N 1 zu Art. 61 OR; SUTTER, Staatshaftung, S. 33 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 184; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 19 zu § 61; WICHTERMANN, Nr. 11 und 14 ff. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1601; vgl. auch WICHTERMANN, Nr. 15.

⁴⁶⁹ WICHTERMANN, Nr. 14 f.

⁴⁷⁰ Urteil des BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015, E. 3.1 mit Verweis auf BGE 135 III 513 ff. (521 f.), E. 4.3; vgl. auch BGE 139 III 252 ff. (254), E. 1.4; 133 III 462 ff. (470), E. 4.4.1 und 4.4.3; Urteil des BGer 2C_192/2015 vom 1. August 2015, E. 2.1; 2C_1087/2013 vom 28. Mai 2014, E. 1.3 und 3.2; 2C_707/2010 vom 15. April 2011, E. 4.3; vgl. auch KIENER/RÜTSCHÉ,

offensichtlich unhaltbar erweist, «eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft», wird es möglicherweise durch das Bundesgericht aufgehoben.⁴⁷¹

Die Haftung der Kantone kann sich dennoch nach **Bundesrecht** richten. Zum einen nämlich, wenn dem kantonalen Haftungsrecht besondere Haftungsnormen des Bundes, beispielsweise Art. 56 und 58 OR, Art. 679 ZGB, oder Gefährdungshaftungen, wie sie zuvor behandelt wurden, vorgehen.⁴⁷² Zum andern ist Bundesrecht anwendbar, wenn die Kantone entweder doch auf eine Regelung verzichten oder dann in ihren eigenen Bestimmungen voll bzw. teilweise auf das Obligationenrecht verweisen.⁴⁷³ Bei einem Verweis gilt das OR aber als kantonales Recht, weshalb dessen Anwendung durch das Bundesgericht wiederum nur beschränkt überprüft werden kann.⁴⁷⁴

In den folgenden Kapiteln sollen zuerst die allgemeinen Haftungsbestimmungen der kantonalen Verfassungen und kantonalen Haftungsgesetze untersucht (Kap. 3/2/IV/2 und 3) und anschliessend auf einige Spezialbestimmungen im sicherheitspolizeilichen Bereich, nämlich auf Haftungsnormen in den Polizeigesetzen und -konkordaten (Kap. 3/2/IV/4 und 5) näher eingegangen werden.

2. Kantonale Verfassungen

Appenzell Innerrhoden, Luzern sowie Tessin ausgenommen haben sämtliche Kantone in ihren Verfassungen eine generelle Haftungsbestimmung normiert.⁴⁷⁵

Nr. 1554 ff.

⁴⁷¹ BGE 118 Ia 129 ff. (130), E. 2; 117 Ia 292 ff. (294), E. 3a; 114 Ia 216 ff. (218), E. 2a; 114 Ia 25 ff. (27 f.), E. 3b; Urteil des BGer 2C_192/2015 vom 1. August 2015, E. 2.1; 1P.457/1996 vom 26. November 1996, E. 2 (ZBl 1998, S. 34 ff.) je m.w.H.; vgl. auch HÄNNI, Schutzpflichten, S. 431.

⁴⁷² GROSS/PRIBNOW, Nr. 375; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3108; WICHTERMANN, Nr. 16.

⁴⁷³ GROSS/PRIBNOW, Nr. 376; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.16; vgl. z.B. § 2 HG AG mit Verweis auf Art. 41 ff. OR; Art. 265 Abs. 3 EG-ZGB AR mit Verweis auf die Art. 42, 43 und 44 OR.

⁴⁷⁴ GROSS/PRIBNOW, Nr. 376 f.; IMBODEN/RHINOW, S. 712; MÜLLER, Handkommentar, N 9 zu Art. 61 OR; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.16; Urteil des BGer 2C_192/2015 vom 1. August 2015, E. 3.2; 2C_1087/2013 vom 28. Mai 2014, E. 1.3 und 3.2; 2C_298/2013 vom 4. April 2013, E. 2.1.

⁴⁷⁵ Vgl. hingegen die Beiträge von GROSS/PRIBNOW, Nr. 378, PRIBNOW/KEUSCH, S. 457 aus dem Jahr 2012, und PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.30 aus dem Jahr 2015, wonach insgesamt fünf Kantone von einer Normierung in der Verfassung abgesehen haben. Art. 6 KV NE sowie § 19 KV ZG scheinen aber doch eine allgemeine Haftungsnorm zu enthalten. Zu den unterschiedlichen Regelungen der Staatshaftung auf kantonaler Verfassungsstufe vgl. auch MOHLER, Polizeirecht,

Etwa in der Verfassung des Kantons Jura findet sich eine rein **materielle Haftungsnorm**, welche bestimmt, dass «der Staat und die Gemeinden [...] für den Schaden [haften], den Behörden und Beamte in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verursachen».⁴⁷⁶ Die meisten Verfassungen sehen aber nicht nur solch materielle Bestimmungen vor, welche eine zum Kanton Jura analoge Formulierung enthalten⁴⁷⁷ und sich darüber hinaus teilweise auch zu speziellen Fragen wie zur Haftung für rechtmässige Schädigung,⁴⁷⁸ zur Haftung bei der Auslagerung von Aufgaben,⁴⁷⁹ zum Rückgriff⁴⁸⁰ oder zur Genugtuung⁴⁸¹ äussern. Vielmehr beinhalten sie in der Regel auch eine **Kompetenznorm**, welche die Grundlage für ein separates Haftungsgesetz oder immerhin für Haftungsbestimmungen zu einzelnen Aspekten in anderen Erlassen begründet.⁴⁸²

So soll beispielsweise im Kanton Appenzell Ausserrhoden ein Gesetz «die Haftung der Behördenmitglieder und Angestellten gegenüber dem Kanton und den anderen Körperschaften, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen» regeln.⁴⁸³ Im Kanton Neuenburg soll ein Gesetz bestimmen, «unter welchen Voraussetzungen Staat und Gemeinden für Schäden haften, die ihre Amtsträger rechtmässig verursachen».⁴⁸⁴ Im Kanton Aargau kann das Gesetz Ausnahmen von der Haftung

Nr. 1607.

⁴⁷⁶ Art. 57 KV JU; vgl. auch Art. 6 KV NW; § 19 KV ZG; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.30.

⁴⁷⁷ Vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 KV AG; Art. 70 Abs. 1 und 2 KV AR; Art. 71 Abs. 1 KV BE (hierzu WICHTERMANN, Nr. 38); § 13 Abs. 1 KV BL; § 78 Abs. 1 KV BS (hierzu MEYER, S. 713); Art. 90 Abs. 1 KV FR; Art. 12 Abs. 1 KV GE; Art. 18 Abs. 1 KV GL; Art. 26 Abs. 1 KV GR; Art. 6 Abs. 1 KV NE; Art. 54 Abs. 1 KV OW; Art. 62 Abs. 1 KV SG; Art. 48 Abs. 1 KV SH; Art. 64 Abs. 1 KV SO; § 46 Abs. 1 KV SZ; Art. 73 Abs. 1 KV VD; Art. 21 Abs. 1 KV VS; Art. 46 Abs. 1 KV ZH.

⁴⁷⁸ Vgl. § 75 Abs. 1 Satz 2 KV AG; § 13 Abs. 2 KV BL; § 78 Abs. 2 KV BS; Art. 54 Abs. 2 KV OW.

⁴⁷⁹ Vgl. § 75 Abs. 2 KV AG; Art. 46 Abs. 2 KV ZH.

⁴⁸⁰ Vgl. § 75 Abs. 3 KV AG; Art. 5 KV UR; Art. 21 Abs. 2 KV VS.

⁴⁸¹ § 13 Abs. 3 KV BL; § 78 Abs. 3 KV BS; Art. 4 Abs. 2 KV UR.

⁴⁸² Vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 378; WICHTERMANN, Nr. 38; vgl. auch MAYHALL, S. 210, welche die kantonalen Verfassungsbestimmungen in erster Linie als Gesetzgebungsauftrag versteht.

⁴⁸³ Art. 70 Abs. 3 KV AR; ähnlich § 77 KV BS, wonach das Gesetz «die Verantwortlichkeit der Behörden und des Personals der kantonalen Verwaltung» regelt; vgl. auch Art. 71 Abs. 2 KV BE; Art. 18 Abs. 2 KV GL; Art. 54 Abs. 3 KV OW; Art. 48 Abs. 3 KV SH; Art. 64 Abs. 2 KV SO; Art. 47 Abs. 2 KV ZH.

⁴⁸⁴ Art. 6 Abs. 2 KV NE; vgl. auch Art. 90 Abs. 2 KV FR; Art. 12 Abs. 2 KV GE; Art. 26 Abs. 2 KV GR; Art. 62 Abs. 2 KV SG; Art. 48 Abs. 2 KV SH; § 46 Abs. 2 KV SZ; Art. 73 Abs. 2 KV VD.

vorsehen, «die Geltendmachung des Haftungsanspruchs» sowie «den Rückgriff von Kanton und Gemeinden auf die Person, die den Schaden [...] verursacht hat» normieren.⁴⁸⁵ Im Kanton Schwyz ordnet es «die Haftung der mit staatlicher Tätigkeit betrauten Privaten».⁴⁸⁶ Im Kanton Uri kann «die Gesetzgebung [...] die Haftung des Staates auf weitere Fälle ausdehnen».⁴⁸⁷ Und im Kanton Wallis regelt das Gesetz schlicht «die Anwendung [der in der Verfassung vorgesehenen] Grundsätze».⁴⁸⁸

Eine reine Kompetenznorm enthält die Verfassung des Kantons Thurgau, wonach «der Staat [...] nach dem Gesetz für den Schaden [haftet], der durch seine Organe verursacht wird.»⁴⁸⁹ Wie diese Gesetzgebungsaufträge durch die Stände umgesetzt wurden, soll in den nächsten Kapiteln besprochen werden.

3. Haftungsgesetze der Kantone

A) Übersicht

Die meisten Kantone haben ein separates und **allgemeines Haftungsgesetz** erlassen, in welchem sie ihre eigene wie auch die Haftung der Gemeinden für die Handlungen ihrer Behördenmitglieder und Angestellten regeln, sowie weitere verantwortungsrechtliche Fragen klären.

Lediglich vier Kantone haben eine **andere Lösung** gewählt und in anderen Gesetzen Staatshaftungsnormen vorgesehen: Der Kanton Appenzell Ausserrhoden regelt die Staatshaftung im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.⁴⁹⁰ Im Kanton Appenzell Innerrhoden finden sich in der Personalverordnung⁴⁹¹ sowie in der Behördenverordnung⁴⁹² entsprechende Bestimmungen. Auch im Kanton Bern sind die Haftungsbestimmungen nicht in einem Haftungs-, sondern im Personalgesetz normiert.⁴⁹³ Das gleiche gilt für den Kanton Jura, in welchem sich das Personalgesetz⁴⁹⁴ sowie das Gesetz über die Gemeinden⁴⁹⁵ über die Verantwortlichkeit der Behördenmitglieder aussprechen.

⁴⁸⁵ § 75 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 sowie Abs. 3 KV AG.

⁴⁸⁶ § 46 Abs. 2 KV SZ; vgl. auch Art. 18 Abs. 3 KV GL.

⁴⁸⁷ Art. 4 Abs. 3 KV UR; vgl. auch Art. 18 Abs. 3 KV GL.

⁴⁸⁸ Art. 21 Abs. 3 KV VS.

⁴⁸⁹ § 16 KV TG.

⁴⁹⁰ Art. 262 ff. EG-ZGB AR.

⁴⁹¹ Art. 26 PeV AI.

⁴⁹² Art. 5 BV AI.

⁴⁹³ Art. 100 ff. PG BE; hierzu WICHTERMANN, Nr. 39 f.

⁴⁹⁴ Art. 63 ff. PG JU.

⁴⁹⁵ Art. 36 ff. GG JU.

Einzig der Kanton Uri **verzichtet** nicht nur auf einen allgemeinen Haftungserlass, sondern sieht auch von Staatshaftungsbestimmungen in anderen Gesetzen ab und begnügt sich mit der materiellen Haftungsnorm in der Kantonsverfassung.⁴⁹⁶ In seiner Personalverordnung bestimmt er lediglich, dass «die Angestellten [...] für den Schaden verantwortlich [sind], den sie dem Kanton absichtlich oder grobfahrlässig zufügen».⁴⁹⁷

B) Geltungsbereich

a) Persönlicher Geltungsbereich

In persönlicher Hinsicht umfasst der Geltungsbereich der kantonalen Haftungsgesetze grundsätzlich Kanton und Gemeinden, bzw. deren Mitarbeiter und Organe.⁴⁹⁸ Auch hier gilt, wie im VG des Bundes, ein weiter – **funktionaler** – **Beamtenbegriff**.⁴⁹⁹

Als «**Kanton**» gelten dabei etwa die kantonale Verwaltung, die Gerichte, öffentliche Schulen sowie rechtlich unselbständige kantonale Anstalten,⁵⁰⁰ womit auch sicherheitspolizeiliche Organe wie die kantonalen Polizeikorps miterfasst sind.

Unter den Begriff der «**Gemeinde**» fallen sowohl gemeindegeseztliche Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit wie Einwohnergemeinden und Bürgergemeinden, als auch interkommunale Verbände und Organe, denen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt,⁵⁰¹ weshalb die Haftungsgesetze auch für Gemeinde- sowie Regionalpolizeien zur Anwendung gelangen können.

Uneinheitlich geregelt ist die Frage, inwiefern diese auch für selbständige, von den Gemeinwesen unabhängige juristische Personen gelten sollen, denen durch Kanton oder Gemeinden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen wird, die also amtliche Aufgaben erfüllen.⁵⁰² Sofern sich die kantonalen Verantwortlichkeitserlasse auf diese nicht für anwendbar erklären, findet mangels kantonaler Regelung grds. Zivilrecht, insbesondere die Art. 41 ff. OR Anwendung.⁵⁰³ Die meisten Kantone unterscheiden diesbezüglich zwischen juristischen Personen des öffentlichen- und des Privatrechts:

⁴⁹⁶ Art. 4 KV UR.

⁴⁹⁷ Art. 36 PV UR.

⁴⁹⁸ Vgl. anstelle vieler § 1 und 2 HG ZH; zu den Haftungssubjekten auf kantonaler Ebene vgl. auch etwa MAYHALL, S. 268.

⁴⁹⁹ Vgl. JAAG/RÜSSLI, Nr. 3114 zum HG ZH.

⁵⁰⁰ Vgl. BOPPART, S. 76; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3110; VORLAGE HG BL, S. 18.

⁵⁰¹ Vgl. BOPPART, S. 77; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3110; VORLAGE HG BL, S. 18; vgl. anstelle vieler auch etwa § 3 HG AG.

⁵⁰² Vgl. VORLAGE HG BL, S. 18.

⁵⁰³ Vgl. VORLAGE HG BL, S. 19.

Auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts**, also ausgegliederte Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, wie etwa Kantonalkassen oder Fachhochschulen, findet in der grossen Mehrheit der Kantone wie im Bund das Staatshaftungsgesetz Anwendung.⁵⁰⁴ Nur wenige Kantone lassen das Gemeinwesen allerdings direkt für Organisationen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit haften.⁵⁰⁵ Mehrheitlich haftet in erster Linie die juristische Person, nicht der Staat.⁵⁰⁶

Der Kanton Aargau geht einen eigenen Weg und nimmt juristische Personen – des öffentlichen wie des privaten Rechts – vom Anwendungsbereich seiner Staatshaftungsbestimmungen aus und sieht vor, dass sie «mit ihrem Vermögen» haften, wobei Ansprüche «nach den Bestimmungen des Bundesprivatrechts auf zivilprozessualen Weg geltend zu machen» sind.⁵⁰⁷

Ist diese Regelung für juristische Personen des öffentlichen Rechts speziell, so sieht sie doch die Mehrheit der Kantone für **juristische Personen des Privatrechts** vor: Grundsätzlich haben die Stände nämlich auf eine Regelung der Haftung privatrechtlicher Organisationen verzichtet, womit die zivilrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen.⁵⁰⁸ Nur etwa im Kanton Luzern kann wie im Bund das Verantwortlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangen, sofern «Private mit amtlichen Verrichtungen betraut werden» und bei deren Ausübung Schaden entsteht.⁵⁰⁹ Sofern also die Kantone private Unternehmen mit Aufgaben im sicherheitspolizeilichen Bereich beauftragen, richtet sich deren Haftung in den meisten Fällen nach Privatrecht.

b) Sachlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht finden die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze, wie bereits das VG, nur Anwendung, wenn eine **amtliche Handlung** zu beurteilen ist,⁵¹⁰ nicht aber, wenn das Gemeinwesen gewerbliche Verrichtungen getätigt

⁵⁰⁴ Vgl. BOPPART, S. 77; VORLAGE HG BL, S. 19 f.

⁵⁰⁵ Vgl. Art. 262 EG-ZGB AR; § 1 Abs. 2 HG BS (hierzu MEYER, S. 715); § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 VG TG; § 3 HG ZH (vgl. hierzu JAAG/RÜSSELI, Nr. 3110).

⁵⁰⁶ Vgl. BOPPART, S. 77; VORLAGE HG BL, S. 19 f.; vgl. zum HG ZH auch JAAG/RÜSSELI, Nr. 3115, wonach der Kanton Zürich bzw. die Gemeinde nur subsidiär haftet.

⁵⁰⁷ § 1 Abs. 2 HG AG; BERICHT HG AG, S. 20; MEYER, S. 715.

⁵⁰⁸ Vgl. BOPPART, S. 78; JAAG/RÜSSELI, Nr. 3115 zum HG ZH; VORLAGE HG BL, S. 20.

⁵⁰⁹ § 5a Abs. 1 HG LU.

⁵¹⁰ Vgl. anstelle vieler § 3 Abs. 1 HG BS (hierzu MEYER, S. 713 f.); § 1 Abs. 1 HG LU; vgl. zur Ausübung einer amtlichen Funktion als Haftungsvoraussetzung Kap. 3/3/II.

hat und dabei nicht hoheitlich handelt.⁵¹¹ Im zweiten Fall richtet sich eine Haftung nach Privatrecht.⁵¹²

Des Weiteren machen sie, ebenfalls wie das VG des Bundes, regelmässig zugunsten von speziellen Haftungsbestimmungen des Bundes- oder kantonalen Rechts einen **Vorbehalt**.⁵¹³

Schliesslich verweisen viele kantonale Haftungsgesetze entweder für einzelne Aspekte, wie die Bemessung des Schadenersatzes, oder dann ganz generell für den Fall, dass das Gesetz eine Frage selbst nicht regelt, auf die **Bestimmungen des Obligationenrechts**.⁵¹⁴ Wie bereits ausgeführt wurde, gilt das OR in diesem Fall aber «als ergänzendes kantonales Recht» und nicht als Bundesrecht, weshalb dessen Anwendung durch das Bundesgericht nur beschränkt überprüft werden kann.⁵¹⁵

Auch wenn sich die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze vor allem in formeller und verfahrensrechtlicher Hinsicht unterscheiden, stimmen sie bei den wichtigsten Grundsätzen des materiellen Rechts doch mehrheitlich überein. Auf die einzelnen Aspekte wird in den nächsten Kapiteln eingegangen.

C) Staatshaftung nach kantonalen Haftungsgesetzen im Aussenverhältnis

a) Wesen und Haftungsvoraussetzungen

Im Anwendungsbereich der kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze gilt im Aussenverhältnis, wie auch im VG des Bundes, grds. eine **ausschliessliche Haftung** des Kantons bzw. der Gemeinden: Dem Geschädigten haftet direkt das Gemeinwesen, «gegenüber den fehlbaren Mitarbeitern steht [ihm hingegen] kein vermögensrechtlicher Anspruch zu».⁵¹⁶

⁵¹¹ Vgl. anstelle vieler Art. 4 HG GL; vgl. auch BERICHT HG AG, S. 10; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3118.

⁵¹² Vgl. anstelle vieler § 2 Abs. 3 HG BL; § 2 Abs. 2 HG BS; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3111 und 3132.

⁵¹³ Vgl. etwa § 1 Abs. 3 HG AG; Art. 267 EG-ZGB AR; § 2 Abs. 1 HG BL; Art. 4 f. HG FR; Art. 5 HG GL; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3133 f.

⁵¹⁴ Vgl. z.B. § 2 HG AG; Art. 265 Abs. 3 EG-ZGB AR; Art. 105 PG BE; § 2 Abs. 2 HG BL; Art. 65 Abs. 2 PG JU; Art. 13 HG NW; § 12 HG SZ.

⁵¹⁵ § 2 Abs. 1 HG AG; Art. 105 PG BE; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 376 f.; IMBODEN/RHINOW, S. 712; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.16; Urteil des BGer 2C_298/2013 vom 4. April 2013, E. 2.1.

⁵¹⁶ § 3 Abs. 3 HG BL; vgl. auch § 10 Abs. 1 HG AG; Art. 102 Abs. 1 PG BE; Art. 1 Abs. 2 HG GE; Art. 37 Abs. 2 GG JU; Art. 63 Abs. 2 PG JU; Art. 3 Abs. 4 HG NW; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3102 ff. und 3137; MEYER, S. 718;

Für diese Haftung im Aussenverhältnis lassen sich den kantonalen Haftungsgesetzen primär fünf **Haftungsvoraussetzungen** entnehmen, welche grds. mit jenen im VG des Bundes übereinstimmen.⁵¹⁷ Erstens muss ein Organ bzw. Mitarbeitender des Kantons oder der Gemeinden gehandelt haben. Zweitens wird verlangt, dass dieser einen Schaden verursacht hat. Dies muss drittens in Ausübung einer amtlichen Verrichtung geschehen sein. Zwischen dieser amtlichen Verrichtung und dem Schaden muss viertens ein Kausalzusammenhang bestehen. Und fünftens muss die Schädigung widerrechtlich erfolgt sein. Für eine detaillierte Besprechung dieser Voraussetzungen kann auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden.⁵¹⁸ An dieser Stelle sind einzig drei Anmerkungen zu machen:

Zum Ersten ist bereits darauf hinzuweisen, dass grobes Selbst- und Drittverschulden sowie höhere Gewalt den Kausalzusammenhang in seltenen Fällen zu durchbrechen vermögen, sofern sie derart schwer wiegen, dass die eigentliche Schadensursache völlig in den Hintergrund rückt.⁵¹⁹ Dies kann entsprechend bereits gemäss allgemeinem Haftungsrecht zu einer Entlastung des Staates führen. Die Kantone sehen in ihren Verantwortlichkeitserlassen teilweise aber zusätzliche Bestimmungen zu Herabsetzungsgründen und zum **Haftungsausschluss** vor.

So soll die Staatshaftung etwa im Kanton Basel Land entfallen, wenn «der Schaden aufgrund höherer Gewalt, durch das Verhalten einer dritten oder der geschädigten Person eingetreten ist [oder] die geschädigte Person es unterlässt, Rechtsmittel zu ergreifen, die ihr zur Verfügung standen, um sich dem schädigenden Verhalten zu widersetzen.» «Erfolgt die Schädigung in Ausübung einer staatlichen Tätigkeit zum Schutze oder im Interesse der geschädigten Person, kann die Haftung angemessen herabgesetzt oder ausgeschlossen werden.»⁵²⁰

Insbesondere letzteres ist im sicherheitspolizeilichen Bereich von grosser Bedeutung, ist es doch gerade primäre Aufgabe der Sicherheitsbehörden, die Bürger vor Gefahren zu schützen, für welche allenfalls sie selbst oder dann Dritte (mit-)verantwortlich sind und deren Abwehr allenfalls zu Schaden führt.

PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.32; VORLAGE HG BL, S. 26; WICHTERMANN, Nr. 2, 9 und 48 f.

⁵¹⁷ BOPPART, S. 81; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3112 ff.; VORLAGE HG BL, S. 27; vgl. zum VG des Bundes Kap. 3/2/III/2/C.

⁵¹⁸ Vgl. Kap. 3/3/III-V.

⁵¹⁹ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 457 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 62; vgl. Kap. 3/3/V/B.

⁵²⁰ § 5 HG BL und hierzu BOPPART, S. 83; vgl. auch Art. 4 HG SH; § 7 VG SO; Art. 12 f. HG TI; § 8 VG ZG; § 7 HG ZH.

In Bezug auf diesen **Schaden** muss an dieser Stelle zum Zweiten bemerkt werden, dass viele kantonale Verantwortlichkeitserlasse einzelne Schadensposten, insbesondere bei Tötung und Körperverletzung, definieren.⁵²¹ Teilweise werden auch Ausführungen zur **Genugtuung** gemacht: So kann etwa im Kanton Aargau «bei Tötung oder Körperverletzung eines Menschen sowie bei schwerer Persönlichkeitsverletzung [...] in Würdigung der Umstände zusätzlich zum Schadenersatz eine angemessene Summe als Genugtuung zugesprochen werden».⁵²² Diese Bestimmungen entsprechen mehrheitlich jenen des allgemeinen Haftungsrechts, insbesondere des Obligationenrechts.⁵²³ Demgemäss begnügen sich einige Kantone auch mit einem Verweis auf die entsprechenden Normen.⁵²⁴

Zum Dritten ist an dieser Stelle in Bezug auf die Haftungsvoraussetzungen zu betonen, dass das **Verschulden** in der allgemeinen Haftungsbestimmung der kantonalen Erlasse grundsätzlich keine Haftungsvoraussetzung ist.⁵²⁵ Mit einer Ausnahme wird die Staatshaftung deshalb in allen Ständen, wie im Bund, als **Kausalhaftung** bezeichnet.⁵²⁶

Einzig im Kanton Luzern ist vorgesehen, dass das Gemeinwesen nur haftet, «sofern es nicht nachweist, dass dem Angestellten kein Verschulden zur Last fällt». Das Verschulden ist also nicht vom Geschädigten zu beweisen, sondern wird grds. vermutet, wobei etwa dem Kanton der Beweis des Gegenteils offen steht.⁵²⁷ Bei Bejahung der Widerrechtlichkeit einer Schädigung und damit eines Verstosses gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Norm der Rechtsordnung wird dieser Nachweis, alle nach den Umständen erforderliche Sorgfalt aufgewendet zu haben, wohl nur schwer zu erbringen sein. Entsprechend unterscheidet sich die allgemeine Haftungsnorm des Kantons Luzern nicht wesentlich von jenen der anderen Stände.

⁵²¹ § 8 VG SO; § 8 und 9 Abs. 1 HG ZH; vgl. Kap. 3/3/III/1.

⁵²² § 8 HG AG; vgl. auch Art. 5 f. HG SH; § 9 VG SO; § 6 VG TG; Art. 6 HG VD; Art. 6 f. HG VS; § 7 Abs. 2 VG ZG; § 10 HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSELI, Nr. 3127, wonach im Gegensatz zum Bundesrecht kein Verschulden des Angestellten für einen Genugtuungsanspruch vorausgesetzt wird).

⁵²³ Art. 45 ff. OR.

⁵²⁴ Vgl. z.B. § 2 HG AG; Art. 3 und 6 HG NE; Art. 13 HG NW; Art. 5 HG OW; Art. 12 VG SG; § 4 und 12 HG SZ; Art. 10 f. HG TI; Art. 8 HG VD; Art. 9 HG VS; vgl. auch BOPPART, S. 81.

⁵²⁵ Vgl. VORLAGE HG BL, S. 27; zum Verschulden vgl. Kap. 3/3/VI.

⁵²⁶ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 381; MEYER, S. 718; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.32; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459; RYTER, Nr. 29.32 m.w.H.; vgl. zur Kritik insbes. Kap. 3/2/II/1 und 3/3/VI; vgl. noch zur Situation Mitte des 20. Jahrhunderts KAUFMANN, S. 201a ff., insbes. S. 296a ff.

⁵²⁷ Vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 382; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.32; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459.

Die kantonalen Haftungsgesetze sehen teilweise ganz spezifische Ausnahmen vom Grundsatz vor, dass für die Staatshaftung kein Verschulden vorausgesetzt wird: So haftet der Kanton Zürich beispielsweise bei falscher Auskunft nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Angestellten.⁵²⁸

b) Verjährung und Verfahren

Die meisten Kantone sehen in ihren Verantwortlichkeitserlassen für Haftungsansprüche Dritter gegen das Gemeinwesen **Verjährungsfristen** vor. Sechzehn von ihnen haben analog zum VG des Bundes eine einjährige relative sowie eine zehnjährige absolute Verjährungsfrist normiert – sei es direkt in der entsprechenden Haftungsnorm oder dann mittels Verweis auf die Bestimmungen des OR bzw. des VG.⁵²⁹ In den Kantonen Luzern, Obwalden und St. Gallen gilt eine längere, nämlich zweijährige relative Frist.⁵³⁰

Die anderen sieben Stände haben sich für **Verwirkungsfristen** entschieden, wobei in relativer Hinsicht grds. ein Jahr, als absolute Grenze 10 Jahre vorgesehen sind.⁵³¹ Einzig der Kanton Zürich hat eine zweijährige relative Verwirkungsfrist normiert und auf die ausdrückliche Bestimmung der absoluten Frist verzichtet.⁵³² Gemäss Zürcher Rechtsprechung ist hierbei in analoger Anwendung der Regelung zu den Ansprüchen des Kantons gegen seine Angestellten sowie Art. 60 Abs. 1 OR ebenfalls von 10 Jahren auszugehen.⁵³³

⁵²⁸ § 6 Abs. 3 HG ZH; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3124.

⁵²⁹ § 2 HG AG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 2 Abs. 1 PeV AI i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 267 EG-ZGB AR i.V.m. Art. 20 Abs. 1 VG; Art. 105 PG BE i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; § 10 Abs. 1 HG BL i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR (vgl. auch BOPPART, S. 83; VORLAGE HG BL, S. 37); § 2 Abs. 1 HG BS i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR (hierzu MEYER, S. 733); Art. 6 HG GE i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 8 Abs. 1 HG GR; Art. 63 Abs. 3 PG JU; Art. 15 Abs. 1 HG NW; § 11 Abs. 3, § 15 Abs. 1 und 3 VG SO i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; § 11 Abs. 1 HG SZ; § 8 VG TG; Art. 3 PV UR i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 7 HG VD; Art. 8 Abs. 1 VG VS; vgl. hierzu GROSS/PRIBNOW, Nr. 391; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.67; PRIBNOW/KEUSCH, S. 461 f.

⁵³⁰ § 8 Abs. 1 HG LU; Art. 10 Abs. 1 HG OW; Art. 4 Abs. 1 VG SG; vgl. hierzu GROSS/PRIBNOW, Nr. 395; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.67; PRIBNOW/KEUSCH, S. 461 f.

⁵³¹ Art. 24 Abs. 1 lit. a und b HG FR; Art. 15 Abs. 1 lit. a und b HG GL; Art. 10 HG NE; Art. 18 HG SH; Art. 25 Abs. 1 HG TI; § 11 Abs. 1 VG ZG; vgl. hierzu GROSS/PRIBNOW, Nr. 396; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.67; PRIBNOW/KEUSCH, S. 461 f.

⁵³² § 24 Abs. 1 HG ZH; vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Nr. 3146.

⁵³³ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich Nr. LB110076-0/U vom 3. August 2012, E. 3.3.b.bb; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 396 und Fn. 572; kri-

Die **Verfahren** zur Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber den Gemeinwesen sind in den Kantonen sehr unterschiedlich geregelt.⁵³⁴ Grundsätzlich können vier verschiedene Systeme unterschieden werden:

In der ersten Gruppe, welche mit elf Kantonen die grösste ist, haben die Geschädigten vor Einreichung einer Klage ein spezielles **Vorverfahren** zu durchlaufen.⁵³⁵ Ein allenfalls anschliessendes Klageverfahren ist beim **Verwaltungsgericht** einzuleiten, wobei sich beide Verfahren nach dem kantonalen Verfahrensrecht richten. So sieht etwa das Haftungsgesetz des Kantons Aargau vor, dass «vor Einreichung einer Klage [...] mit dem Gemeinwesen ein Vergleich zu suchen» ist und der Regierungsrat «durch Verordnung diejenige Stelle [bestimmt], bei welcher der Haftungsanspruch gegenüber dem Kanton geltend zu machen ist», wobei «sich das Verfahren nach den Bestimmungen des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens» richtet.⁵³⁶

Ein Vorverfahren vorzusehen erscheint sinnvoll, wurden doch beispielsweise im Kanton Basel Land zwischen 1999 und 2006 von 438 Schadensfällen lediglich drei vor Gericht gezogen, die restlichen hingegen durch Vergleiche gelöst.⁵³⁷

Die zweite Gruppe, insgesamt sechs Kantone, hat zwar ebenfalls ein besonderes **Vorverfahren** normiert, verweist für den weiteren Verfahrensweg allerdings auf die **zivile Gerichtsbarkeit**.⁵³⁸ Entsprechend bestimmt etwa das Haftungsgesetz des Kantons Schaffhausen, dass «die kantonalen Zivilgerichte [...] über Ansprüche gegenüber dem Staat [entscheiden]» und «die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung [...] dabei sinngemäss anwendbar» sind, «Ansprü-

tisch PRIBNOW/KEUSCH, S. 461.

⁵³⁴ Vgl. BOPPART, S. 83 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1608 und 1648; GROSS/PRIBNOW, Nr. 384 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2304; PRIBNOW/KEUSCH, S. 460.

⁵³⁵ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 384 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.62; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459 ff.

⁵³⁶ § 11 HG AG; vgl. auch Art. 104 PG BE (hierzu WICHTERMANN, Nr. 89 ff.); § 7 HG BL (vgl. auch BOPPART, S. 83 f.; VORLAGE HG BL, S. 33 f.); Art. 20 f. HG FR; Art. 11 f. HG GL; Art. 2 HV JU; Art. 11 und 21 Abs. 1 HG NE; Art. 11 HG OW; § 11 VG SO; § 14 HG SZ und Art. 68 Abs. 1 VRP SZ; sowie Art. 6 HG GR, wobei das Gesetz zwar kein besonderes Vorverfahren vorsieht, ein solches von der Verwaltung aber wenn immer möglich durchgeführt wird (vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 385 und Fn. 541; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459 und Fn. 20).

⁵³⁷ VORLAGE HG BL, S. 14 und 33; vgl. auch BOPPART, S. 92.

⁵³⁸ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 384 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.62; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459 ff.

che gegen den Staat [aber] zunächst in einem Vorverfahren geltend» gemacht werden müssen.⁵³⁹

Die dritte Gruppe, bestehend aus vier Kantonen, verzichtet auf ein spezielles Vorverfahren und erklärt die **Verwaltungsgerichte** für zuständig, womit sich das Verfahren nach kantonalem Verfahrensrecht richtet.⁵⁴⁰ So ist etwa im Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Thurgau zu lesen, dass «über Ansprüche Dritter aus diesem Gesetz [...] gegen den Staat das Verwaltungsgericht im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage» entscheidet.⁵⁴¹

Auch die vierte Gruppe, fünf Kantone umfassend, sieht von einem Vorverfahren ab, normiert aber die Zuständigkeit der **Zivilgerichte** sowie die Anwendbarkeit der Zivilprozessordnung.⁵⁴² Entsprechend ist beispielsweise im Haftungsgesetz des Kantons Basel Stadt normiert, dass «Forderungen geschädigter Personen gegen den Staat [...] auf dem Weg des Zivilprozesses von den ordentlichen Gerichten entschieden» werden.⁵⁴³

Die Entscheide der kantonalen Instanzen über die Haftung des Gemeinwesens für das Handeln ihrer (sicherheitspolizeilicher) Beamten und Behörden können mit Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden.⁵⁴⁴

D) Staatshaftung nach kantonalen Haftungsgesetzen im Innenverhältnis

Auch wenn die fehlbaren Angestellten im Aussenverhältnis vor vermögensrechtlichen Ansprüchen Dritter geschützt sind, können sie im Innenverhältnis möglicherweise durch das Gemeinwesen belangt werden.⁵⁴⁵ Wie bereits beim VG des Bundes sind auch im Anwendungsbereich der kantonalen Haftungsgesetze diesbezüglich zwei Situationen zu unterscheiden:

⁵³⁹ Art. 13 Abs. 1 und Art. 16 HG SH; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 HG NW; Art. 18. Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 HG TI; Art. 19 Abs. 1 und Art. 21 VG VS; § 18 und 20 VG ZG (allerdings bei der Zuständigkeit differenzierend); § 19 und § 22 Abs. 1 HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSELI, Nr. 3141 ff.).

⁵⁴⁰ Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 384 ff.; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459 ff.

⁵⁴¹ § 12 Abs. 1 VG TG; dasselbe gilt in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden sowie Uri.

⁵⁴² Vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 384 ff.; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459 ff.

⁵⁴³ § 6 Abs. 1 HG BS; vgl. auch Art. 7 HG GE; § 7 HG LU; Art. 13^{bis} VG SG; Art. 17 Abs. 1 HG VD.

⁵⁴⁴ Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2304; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1651; WICHTERMANN, Nr. 93.

⁵⁴⁵ Vgl. auch MEYER, S. 727 ff.; WICHTERMANN, Nr. 99.

Zum einen ist es denkbar, dass der Beamte dem Kanton oder der Gemeinde durch sein Handeln **direkt** Schaden zufügt, ein Kantonspolizist beispielsweise Material seines Korps beschädigt.⁵⁴⁶ Diesfalls haftet er in allen Kantonen einzig dann, wenn er vorsätzlich oder grobfahrlässig eine Dienstpflicht verletzt hat.⁵⁴⁷ Zum andern können Kantone oder Gemeinden auch **indirekt** durch ihre Beamten geschädigt werden, indem sie für den Schaden ersatzpflichtig werden, welchen letztere einem Dritten zugefügt haben: Diesfalls ist der Regress in den Kantonen wiederum als Verschuldenshaftung ausgestaltet, die Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit verlangt, und bleibt selbst nach Auflösung des Dienstverhältnisses möglich.⁵⁴⁸

Die **Verjährung** der Haftungsansprüche von Kanton und Gemeinden gegen ihre fehlbaren Mitarbeiter sind in den Kantonen unterschiedlich geregelt. Die meisten Kantone sehen eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr sowie eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren vor.⁵⁴⁹ Einzelne Kantone haben aber etwa

⁵⁴⁶ Vgl. JAAG/RÜSSLI, Nr. 3138; MEYER, S. 727 f.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.31.

⁵⁴⁷ Anstelle vieler vgl. Art. 102 PG BE; § 11 HG BL (vgl. auch VORLAGE HG BL, S. 37); § 8 Abs. 1 HG BS; Art. 10 HG FR; Art. 16 HG GL; Art. 11 HG GR; Art. 64 PG JU und Art. 38 GG JU; § 10 HG LU; Art. 13 Abs. 1 HG OW; Art. 7 HG SG; Art. 8 HG SH; § 13 VG SO; § 8 HG SZ; § 9 Abs. 1 VG TG; Art. 36 PV UR; Art. 9 Abs. 1 HG VD; Art. 13 VG VS; § 12 HG ZG; vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 380, PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.31 und PRIBNOW/KEUSCH, S. 458, welche allerdings der Ansicht sind, dass im Kanton Genf mangels ausdrücklicher Regelung Art. 41 OR zur Anwendung komme, womit die Angestellten auch bei leichter Fahrlässigkeit haften. Nach der hier vertretenen Ansicht könnte genauso gut Art. 3 HG GE zum Rückgriff analog angewandt werden, womit die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt würde.

⁵⁴⁸ Anstelle vieler vgl. § 12 HG AG; Art. 103 PG BE; § 12 HG BL; § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 HG BS (hierzu MEYER, S. 728); Art. 11 HG FR; Art. 17 HG GL; Art. 63 Abs. 4 PG JU und Art. 40 GG JU; § 11 HG LU; Art. 14 Abs. 1 HG OW; Art. 8 HG SG; Art. 9 HG SH; § 14 VG SO; § 9 HG SZ; § 9 Abs. 2 VG TG; Art. 10 Abs. 1 HG VD; Art. 14 VG VS; § 13 HG ZG; § 15 HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3138); vgl. GROSS/PRIBNOW, Nr. 380 und PRIBNOW/KEUSCH, S. 458, welche allerdings der Ansicht sind, dass im Kanton Appenzell Innerrhoden keine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit normiert ist.

⁵⁴⁹ Vgl. anstelle vieler § 16 Abs. 1 HG AG; § 18 HG BL i.V.m. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 22 Abs. 1 HG GL; Art. 9 Abs. 2 HG VD; Art. 15 VG VS; § 11 Abs. 1 HG SZ; § 11 VG TG; Art. 26 HG TI; hierzu auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1660.

die absolute Frist auf fünf Jahre verkürzt⁵⁵⁰ oder die relative Frist auf zwei Jahre verlängert⁵⁵¹.

Auch bezüglich des **Verfahrens** zur Geltendmachung der Ansprüche finden sich in den kantonalen Haftungsgesetzen unterschiedliche Bestimmungen: Ein Grossteil der Kantone erklärt das Verwaltungsgericht für zuständig,⁵⁵² wobei in einigen Ständen zuerst ein Vorverfahren durchlaufen werden muss^{553 554}.

E) Staatshaftung nach kantonalen Haftungsgesetzen bei Auslagerung

Wie bereits angesprochen, ist in den Kantonen uneinheitlich geregelt, ob die kantonalen Haftungserlasse auch für selbständige, von den Gemeinwesen unabhängige juristische Personen gelten sollen, denen durch Kanton oder Gemeinden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so etwa sicherheitspolizeilicher Aufträge, übertragen wird. Sofern dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist, findet mangels kantonalen Regelung grds. Zivilrecht, insbesondere die Art. 41 ff. OR Anwendung.⁵⁵⁵

In den meisten Kantonen ist der Verantwortlichkeitserlass auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts** zwar anwendbar.⁵⁵⁶ Nur vereinzelt, etwa im Kanton Appenzell Ausserrhoden, Basel Stadt und Kanton Thurgau, haftet das Gemeinwesen aber direkt für diese.⁵⁵⁷ In den meisten Kantonen hat hingegen primär die Organisation selbst für den Schaden einzustehen, wobei nur ganz wenige eine subsidiäre Haftung des Kantons vorsehen.⁵⁵⁸

Auf eine Regelung der Haftung **privatrechtlicher Organisationen** haben die meisten Kantone verzichtet, womit die zivilrechtlichen Bestimmungen zur An-

⁵⁵⁰ Vgl. Art. 15 HG GR.

⁵⁵¹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 HG OW; Art. 11 HG SG; Art. 25 HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3149).

⁵⁵² Art. 14 HG GR; § 16 VG SO; § 12 VG TG; Art. 22 Abs. 2 HG TI, § 18 Abs. 2 HG ZG; § 19 HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3147 f.).

⁵⁵³ § 19 HG BL (hierzu BOPPART, S. 85 f.); § 13 HG BS; § 15 HG LU; Art. 20 f. HG GL; Art. 14 HG SH.

⁵⁵⁴ Etwa im Kanton Wallis scheint hingegen der Zivilrichter zuständig zu sein (vgl. 19 Abs. 1 VG VS).

⁵⁵⁵ Vgl. VORLAGE HG BL, S. 19.

⁵⁵⁶ Vgl. BERICHT HG AG, S. 6 f.; BOPPART, S. 77; VORLAGE HG BL, S. 19 f.

⁵⁵⁷ Art. 262 EG-ZGB AR; § 1 Abs. 2 HG BS (hierzu MEYER, S. 715); § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 VG TG; für eine graphische Darstellung der direkten Haftung vgl. BERICHT HG AG, S. 5 f.

⁵⁵⁸ So etwa Art. 101 Abs. 2 PG BE; vgl. hierzu WICHTERMANN, Nr. 50 ff.

wendung gelangen.⁵⁵⁹ Nur in wenigen Ständen, beispielsweise in Luzern, kann wie im Bund das Verantwortlichkeitsgesetz zur Anwendung gelangen, sofern «Private mit amtlichen Verrichtungen betraut werden» und bei deren Ausübung Schaden entsteht.⁵⁶⁰ Ganz ausnahmsweise sieht der Haftungserlass auch in dieser Konstellation eine Ausfallhaftung des Gemeinwesens vor.⁵⁶¹

Beispielsweise im Kanton Aargau haften «Private, die vom Gemeinwesen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, [...] für dabei verursachte Schäden mit ihrem Vermögen», wobei «eine Ausfallhaftung des Gemeinwesens» ausdrücklich entfällt.⁵⁶² Allerdings ist eine Aufgabenübertragung ohnehin nur dann zulässig, wenn die Privaten den Abschluss einer risikogerechten Haftpflichtversicherung nachweisen können. Eine Haftung des Gemeinwesens gestützt auf eine Sonderregelung wird vorbehalten.⁵⁶³ Eine solche findet sich denn auch in § 56 Abs. 4 PolG AG, wonach Gemeinden «für Schädigungen durch Einsätze von beauftragten privaten Sicherheitsdiensten sowie von Organen des Zivilschutzes und der Feuerwehr für die Gewährleistung der lokalen Sicherheit» haften.

Grundsätzlich wäre es wünschenswert, dass die Bürgerinnen und Bürger in einem Schadensfall die gleichen Ansprüche auf eine möglichst gleiche Art und Weise durchsetzen können, unabhängig davon, ob der Schaden durch den Staat selbst oder durch eine ausgelagerte bzw. private Organisation in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verursacht wurde.⁵⁶⁴ Eine Ausfallhaftung des Staates würde für die Privatpersonen immerhin ein Mindestmass an Rechtsschutz und Rechtssicherheit garantieren.⁵⁶⁵ Eine solche fehlt aber in vielen Kantonen, zudem sei es gerade der Polizeibereich, in welchem regelmässig Aufgaben mittels Verträgen an Private delegiert werden, ohne dass die Haftungsfragen genügend geregelt würden.⁵⁶⁶ In Bezug auf die Haftung bei Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben besteht also durchaus gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

⁵⁵⁹ Vgl. BERICHT HG AG, S. 7; BOPPART, S. 78 und 87 f.; VORLAGE HG BL, S. 20.

⁵⁶⁰ § 5a Abs. 1 HG LU.

⁵⁶¹ So etwa Art. 101 Abs. 2 PG BE; § 5a Abs. 1 HG LU; Art. 3 Abs. 2 HG OW; § 4a HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3105, 3115 und 3131); für eine graphische Darstellung der Ausfallhaftung vgl. BERICHT HG AG, S. 5 f.

⁵⁶² § 1 Abs. 2 HG AG; BERICHT HG AG, S. 20.

⁵⁶³ § 1 Abs. 2 HG AG.

⁵⁶⁴ GROSS/PRIBNOW, Nr. 341.

⁵⁶⁵ GROSS/PRIBNOW, Nr. 343.

⁵⁶⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1596.

F) Staatshaftung für rechtmässiges Verhalten nach kantonalen Haftungsgesetzen

Sämtliche Stände, mit Ausnahme der Kantone Appenzell Innerrhoden, Jura und Uri, sehen teilweise bereits auf Verfassungs-,⁵⁶⁷ teilweise (erst) auf Gesetzesstufe, eine Haftung für rechtmässiges Verhalten des Staates vor.⁵⁶⁸ Die meisten Kantone bestimmen in ihren allgemeinen Verantwortlichkeitserlassen allerdings, dass «für Schaden, der jemandem durch gesetzmässige Tätigkeit eines Beamten entsteht, [...] der Staat nur [haftet], wenn dies in einem Gesetz vorgesehen ist», verweisen also auf die **Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage**.⁵⁶⁹

Dem wird indes regelmässig angefügt, dass «das Gemeinwesen nach Billigkeit Ersatz» leistet, wenn «eine einzelne Person oder ein bestimmter, abgrenzbarer Kreis von Personen durch eine rechtmässige amtliche Massnahme einen unzumutbaren, schweren Schaden» erleidet.⁵⁷⁰ Dies entspricht dem **Sonderopfertatbestand**, auf welchen weiter unten bei der Besprechung der Haftung für rechtmässige Schädigung näher eingegangen wird.⁵⁷¹

Vereinzelt ist die Formulierung spezifischer und sieht – sofern es die Billigkeit rechtfertigt – für denjenigen einen Anspruch auf Entschädigung vor, der «durch **polizeiliche Massnahmen**, die zur Abwehr eines Polizeinotstandes ergriffen worden sind, geschädigt wird».⁵⁷² Im Bereich des sicherheitspolizeilichen Han-

⁵⁶⁷ Vgl. anstelle vieler § 75 Abs. 1 Satz 2 KV AG; § 13 Abs. 2 KV BL; § 78 Abs. 2 KV BS; Art. 54 Abs. 2 KV OW; Art. 46 Abs. 3 KV ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3106 und 3135 f.).

⁵⁶⁸ Vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 388 und PRIBNOW/KEUSCH, S. 461.

⁵⁶⁹ § 9 Abs. 1 VG ZG; vgl. auch § 4 Abs. 1 HG BS; Art. 8 Abs. 2 HG FR; Art. 7 Abs. 1 HG GL; § 5 Abs. 1 HG LU; Art. 7 HG NE; Art. 4 Abs. 1 HG NW; Art. 6 Abs. 1 HG SH; § 10 Satz 1 VG SO; § 7 HG SZ; § 5 Abs. 1 VG TG; Art. 8 HG TI; Art. 11 VG VS; § 9 Abs. 1 VG ZG; § 12 HG ZH; der Kanton Waadt sieht zwar in Art. 73 Abs. 3 KV VD eine Gesetzgebungskompetenz vor, hat aber auf Gesetzesstufe keine entsprechenden Bestimmungen erlassen; vgl. auch FAJNOR, S. 78; GROSS, *Widerrechtlichkeit*, S. 51; TANQUEREL, S. 97; zum Entschädigungspositivismus vgl. Kap. 3/2/I.

⁵⁷⁰ Art. 7 Abs. 2 HG GL; vgl. auch § 4 Abs. 2 HG BS; Art. 4 Abs. 1 HG GR; § 5 Abs. 2 Satz 1 VG TG; analoge Formulierung ohne grds. Gesetzesvorbehalt in Art. 7 HG AG; Art. 100 Abs. 2 PG BE; § 6 Abs. 1 HG BL; Art. 7 HG OW; Art. 12 Abs. 1 VG VS; einzig mit Verweis auf die Billigkeit Art. 4 HG GE; lediglich einen Gesetzesvorbehalt enthält hingegen etwa das HG SZ; vgl. hierzu auch FAJNOR, S. 80 f.; MANFRINI, S. 225 f.; TANQUEREL, S. 98 f.

⁵⁷¹ Vgl. Kap. 3/3/IV/6.

⁵⁷² Art. 8 Abs. 1 HG FR; vgl. auch § 5 Abs. 2 HG LU; Art. 8 Abs. 1 HG NE; Art. 4 Abs. 2 ff. HG NW; Art. 2 VG SG; Art. 6 Abs. 2 HG SH; § 10 VG SO; Art. 9 Abs. 1 HG TI; § 9 Abs. 2 VG ZG; § 13 Abs. 1 HG ZH; vgl. hierzu auch etwa

delns ist eine solch verschärfte Haftung denn auch von besonderer Bedeutung.⁵⁷³ Darauf wird weiter unten näher eingegangen.⁵⁷⁴

Die Haftung des Staates für rechtmässige Schädigung soll entfallen oder immerhin reduziert werden, wenn zwar etwa eine hoheitliche bzw. polizeiliche Massnahme zu beurteilen ist, diese aber durch das Opfer selbst veranlasst wurde, letzteres zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens beigetragen oder von der schädigenden Tätigkeit profitiert hat.⁵⁷⁵ Entsprechend ist der **Anwendungsbereich** dieser Haftungsnormen für rechtmässig verursachte Schäden von Vornherein **beschränkt**.⁵⁷⁶ Auch diese Thematik wird weiter unten vertieft.⁵⁷⁷

4. Haftungsnormen in den Polizeigesetzen

Wie bereits erwähnt wurde, machen die kantonalen Verantwortlichkeitserlasse regelmässig zugunsten von speziellen Haftungsbestimmungen des Bundes- oder kantonalen Rechts einen Vorbehalt.⁵⁷⁸ Sofern also etwa die Polizeigesetze der Kantone oder ein Bundesgesetz, das die Kantone zu beachten haben, eine spezielle Haftungsnorm für den sicherheitspolizeilichen Bereich vorsehen, geht diese den allgemeinen Haftungserlassen vor.⁵⁷⁹

Viele der kantonalen Polizeigesetze enthalten aber entweder überhaupt keine diesbezügliche Bestimmung, oder aber **verweisen** für die Haftungsfragen im Grundsatz zurück auf das **ordentliche Haftungsgesetz**, weshalb regelmässig dieses bei Schädigungen durch sicherheitspolizeiliche Akteure herangezogen werden muss.⁵⁸⁰ Teilweise betonen sie einzelne Gesichtspunkte, stellen etwa

GROSS, *Widerrechtlichkeit*, S. 51; MANFRINI, S. 226; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.9 und 3.12; TANQUEREL, S. 99 f.

⁵⁷³ Vgl. TANQUEREL, S. 89, allerdings auch S. 100, wonach es unbefriedigend sei, dass die Normen für verschiedene Situationen – etwa polizeiliches und anderes Staatshandeln – unterschiedliche Regelungen hinsichtlich einer Haftung für rechtmässige Schädigungen vorsehen.

⁵⁷⁴ Kap. 3/3/IV/6/D.

⁵⁷⁵ § 7 Abs. 2 HG AG; Art. 8 Abs. 2 HG NE; Art. 4 Abs. 5 HG NW; Art. 4 Abs. 2 HG GR; § 5 Abs. 2 Satz 2 VG TG; Art. 9 Abs. 2 HG TI; Art. 12 Abs. 2 VG VS; § 13 Abs. 2 HG ZH; vgl. auch VORLAGE HG BL, S. 32.

⁵⁷⁶ Vorlage HG BL, S. 30.

⁵⁷⁷ Kap. 3/3/IV/6/E.

⁵⁷⁸ Vgl. etwa § 1 Abs. 3 HG AG; Art. 267 EG-ZGB AR; § 2 Abs. 1 HG BL; Art. 4 f. HG FR; Art. 5 HG GL; Art. 59 PolG NE; § 5 Abs. 1 HG ZH.

⁵⁷⁹ Vgl. SUTTER, *Staatshaftung*, S. 31.

⁵⁸⁰ Vgl. § 69 Abs. 1 PolG BS; Art. 39 Abs. 1 PolG GL; Art. 36 Abs. 1 PolG GR; Art. 30 Abs. 2 PolG SH; § 55 PolG ZH.

klar, dass «die Haftung und die Leistung einer Genugtuung für rechtmässige Massnahmen gegen Störerinnen und Störer» ausgenommen sind.⁵⁸¹

Vereinzelt enthalten die kantonalen Polizeigesetze in Ergänzung zum ordentlichen Haftungserlass auch eigene Haftungsbestimmungen, welche zumindest spezielle Aspekte regeln: So sieht etwa der Kanton Aargau vor, dass die Gemeinden «für **Schädigungen durch Einsätze von beauftragten privaten Sicherheitsdiensten** sowie von Organen des Zivilschutzes und der Feuerwehr für die Gewährleistung der lokalen Sicherheit» haften.⁵⁸² Dies geht der Norm im allgemeinen Haftungsgesetz vor, wonach «Private, die vom Gemeinwesen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, [...] für dabei verursachte Schäden mit ihrem Vermögen» haften und «eine Ausfallhaftung des Gemeinwesens» ausdrücklich entfällt.⁵⁸³

Des Weiteren können in vielen Kantonen «Personen, die den **Polizeiorganen Hilfe geleistet haben** und dabei **Schaden** erleiden, [...] vom zuständigen Gemeinwesen für den erlittenen Schaden entschädigt werden».⁵⁸⁴ Leistet das Gemeinwesen Ersatz, kann es auf die Dritten, «die für den Schaden haften, Rückgriff» nehmen.⁵⁸⁵

Solche Normen erscheinen durchaus gerechtfertigt. In Situationen, in denen eine Person sicherheitspolizeilichen Akteuren Hilfestellung bietet und dabei geschädigt wird, ist die Person des Schädigers wohl regelmässig in einem Dritten und nicht im Gemeinwesen zu suchen, weshalb ein Schadenersatzanspruch gegenüber letzterem grds. entfällt. Dennoch hilft die geschädigte Person in solchen Situationen «bei der Ausübung einer dienstlichen Verrichtung»⁵⁸⁶, übernimmt also den Teil einer staatlichen Aufgabe, einer staatlichen Verantwortung und soll hierdurch zumindest finanziell nicht schlechter gestellt werden. Hat sie allerdings bei der Hilfeleistung «den Weisungen der Polizeiorgane zuwider gehandelt», erhält sie konsequenterweise keinen Schadenersatz.⁵⁸⁷ Da es sich in eini-

⁵⁸¹ § 69 Abs. 4 PolG BS; zum Störerprinzip vgl. Kap. 2/2/III/2.

⁵⁸² § 56 Abs. 4 PolG AG.

⁵⁸³ § 1 Abs. 2 HG AG; BERICHT HG AG, S. 20.

⁵⁸⁴ § 56 Abs. 5 PolG AG; vgl. auch Art. 24 Abs. 1 PolG AI; Art. 45 Abs. 1 PolG AR; § 70 PolG BS; Art. 43 Abs. 1 PolG FR; Art. 39 Abs. 2 PolG GL; Art. 36 Abs. 2 PolG GR; Art. 60 PolG NE; Art. 58 Abs. 1 PolG OW; Art. 50 Abs. 2 PolG SG; § 26 Abs. 1 PolG SZ; Art. 56 Abs. 1 PolG UR; Art. 7 Abs. 1 PolG VD; § 57 PolG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3136).

⁵⁸⁵ Art. 24 Abs. 2 PolG AI; Art. 45 Abs. 2 PolG AR; Art. 39 Abs. 3 PolG GL; Art. 36 Abs. 3 PolG GR; Art. 58 Abs. 2 PolG OW; § 26 Abs. 2 PolG SZ; Art. 56 Abs. 2 PolG UR.

⁵⁸⁶ § 57 PolG ZH.

⁵⁸⁷ Art. 24 Abs. 3 PolG AI; Art. 45 Abs. 3 PolG AR; Art. 58 Abs. 3 PolG OW; § 26

gen Kantonen um «Kann-»Formulierungen handelt, dürfen die Gemeinwesen beim Entscheid für oder gegen eine Schadenersatzleistung auch weitere Aspekte berücksichtigen.⁵⁸⁸

Wie bereits die allgemeinen Haftungserlasse sehen schliesslich auch einige Polizeigesetze eine Haftungsnorm für **rechtmässige polizeiliche Tätigkeit** vor. So bestimmt etwa § 56 des PolG ZH: «Wenn Dritten durch rechtmässige polizeiliche Tätigkeit Schaden entsteht, leistet der Staat nach Billigkeit Ersatz. Der Staat leistet keinen Ersatz, wenn die geschädigte Person die polizeiliche Tätigkeit verursacht hat oder wenn sie ein grobes Verschulden an der Entstehung des Schadens trifft.»⁵⁸⁹ Hierzu kann auf die Ausführungen im letzten Kapitel sowie im Kapitel zur Haftung für rechtmässige Schädigungen verwiesen werden.⁵⁹⁰

5. Haftungsnormen in den Polizeikonkordaten

Ist ein staatlicher Akteur in einen Schadensfall verwickelt, erweist sich in vielen Fällen bereits die Analyse, welche Ansprüche bei welcher Behörde geltend gemacht werden können, als anspruchsvoll.⁵⁹¹ Zuerst ist nämlich zu beurteilen, in wessen Zuständigkeitsbereich eine Aufgabe und damit verbundene (unterlassene) Handlung steht, was angesichts der unübersichtlichen Kompetenzverteilung im sicherheitspolizeilichen Bereich bereits schwierig sein dürfte.⁵⁹² Erst anschliessend kann der anwendbare Haftungserlass bestimmt werden.⁵⁹³

Als eine besondere Herausforderung erweist sich die Suche nach dem Haftungssubjekt sowie dem anwendbaren Haftungserlass, wenn mehrere sicherheitspolizeiliche Akteure, zum Beispiel Beamte unterschiedlicher Kantonspolizeien, zusammengearbeitet haben. Aus diesem Grund enthalten teilweise auch die Polizeikonkordate Bestimmungen über die Haftung:

Die vier Konkordate über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Nordwestschweiz, Westschweiz, Ostschweiz und Zentralschweiz sehen für Unterstüt-

Abs. 3 PolG SZ.

⁵⁸⁸ Vgl. § 56 Abs. 5 PolG AG; vgl. auch Art. 24 Abs. 1 PolG AI; Art. 45 Abs. 1 PolG AR; § 70 PolG BS; Art. 58 Abs. 1 PolG OW; § 57 PolG ZH; nicht aber Art. 43 Abs. 1 PolG FR; Art. 36 Abs. 2 PolG GR; Art. 60 PolG NE; Art. 50 Abs. 2 PolG SG; § 26 Abs. 1 PolG SZ; Art. 56 Abs. 1 PolG UR; Art. 7 Abs. 1 PolG VD.

⁵⁸⁹ JAAG/RÜSSELI, Nr. 3136; vgl. auch § 69 Abs. 2 PolG BS; vgl. auch den Verweis in Art. 57 Abs. 1 PolG OW.

⁵⁹⁰ Vgl. Kap. 3/2/IV/3/F und 3/3/IV/6.

⁵⁹¹ SUTTER, Staatshaftung, S. 33.

⁵⁹² Vgl. SUTTER, Naturgefahren, S. 184 und Kap. 1/2/IV, insbes. Kap. 1/2/IV/2/C.

⁵⁹³ SUTTER, Naturgefahren, S. 184.

zungseinsätze durch einen anderen Kanton⁵⁹⁴ im Grundsatz die gleiche Lösung vor: Demnach soll «für Schaden, den ausserkantonale Polizeikräfte bei ihrem Einsatz einem Dritten zufügen, [...] der Einsatzkanton» haften.⁵⁹⁵ «Haben die Polizeikräfte den Schaden widerrechtlich mit Absicht oder grobfahrlässig verursacht, kann der haftbare Einsatzkanton auf ihr Stammkorps Rückgriff nehmen».⁵⁹⁶ Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Einsatzkanton den Stammkanton belangen, wenn ihm selbst Schaden entstanden ist.⁵⁹⁷

Eine spezielle Lösung sieht das Polizeikonkordat Zentralschweiz im Falle eines Leistungskaufs vor, wenn also ein Kanton einem oder mehreren anderen die Erfüllung von eigenen Aufgaben gegen Entschädigung zur selbständigen Erfüllung überträgt.⁵⁹⁸ In diesem Fall haftet «für den Schaden, der Dritten im Rahmen der Aufgabenerfüllung durch den Leistungserbringer entsteht» nicht der Auftraggeber, sondern der Leistungserbringer «gemäss seinem Recht».⁵⁹⁹ Hiervon können die Kantone aber durch eine Vereinbarung abweichen.⁶⁰⁰ So kann etwa im Bereich der Seepolizei für die Haftung auf Art. 11 des Konkordats verwiesen werden, womit der Kanton des Einsatzortes Haftungssubjekt wird, oder aber der Leistungskäufer für haftbar erklärt werden.⁶⁰¹ In jedem Fall haftet «für den Schaden, der dem Leistungskäufer oder dem Kanton des Einsatzortes entstanden ist, [...] der Leistungserbringer, wenn ihn seine Mitarbeitenden oder der von ihm Beauftragte vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht haben».⁶⁰²

Wie die kantonalen Verantwortlichkeitserlasse sowie das VG des Bundes, sehen sämtliche Konkordate über die polizeiliche Zusammenarbeit vor, dass der schä-

⁵⁹⁴ Ein solcher kann z.B. gemäss Art. 4 PolK ZS bei einem anderen (Zentralschweizer) Kanton beantragt werden, wenn «ein Ereignis oder ein Anlass einen ausserordentlichen Umfang oder grenzüberschreitenden Charakter [hat], wie namentlich eine Katastrophe, ein Grossereignis, eine drohende schwerwiegende oder bereits eingetretene Beeinträchtigung der Inneren Sicherheit, ein Grossanlass oder ein Einsatz verkehrs- oder kriminalpolizeilicher Art, und [...] ein Kanton nicht in der Lage [ist], dies mit seinem Polizeikorps allein zu bewältigen».

⁵⁹⁵ Art. 8 Abs. 2 PolK WS; vgl. auch Art. 7 Abs. 2 PolK NWS; Art. 6 Abs. 1 PolK OS; Art. 11 Abs. 1 PolK ZS.

⁵⁹⁶ Art. 8 Abs. 2 PolK WS; vgl. auch Art. 7 Abs. 2 PolK NWS; Art. 6 Abs. 2 PolK OS; analog anwendbar wohl auch Art. 11 Abs. 2 PolK ZS.

⁵⁹⁷ Art. 7 Abs. 1 PolK NWS; Art. 6 Abs. 1 PolK OS; Art. 8 Abs. 1 PolK WS; Art. 11 Abs. 1 PolK ZS.

⁵⁹⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 1 PolK ZS und USTER, S. 4.

⁵⁹⁹ Art. 18 Abs. 1 PolK ZS.

⁶⁰⁰ Art. 18 Abs. 3 Satz 1 PolK ZS.

⁶⁰¹ Vgl. USTER, S. 4.

⁶⁰² Art. 18 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 PolK ZS.

digende Polizeibeamte nicht direkt belangt werden kann.⁶⁰³ Ein Rückgriff des ersatzpflichtigen Gemeinwesens wird aber vorbehalten und richtet sich nach dem jeweiligen kantonalen Recht.⁶⁰⁴

Sowohl im Ost- wie auch im Westschweizer Polizeikonkordat wird die Haftung für rechtmässige Schädigung angesprochen und hierzu auf die Grundsätze zur materiellen Enteignung,⁶⁰⁵ bzw. die Rechtsordnung des Einsatzkantons, verwiesen.⁶⁰⁶ Eben diese beiden Konkordate verweisen des Weiteren für den «Ausschluss der Haftung bei Selbstverschulden des Geschädigten, die Festsetzung des Schadens und die Bemessung des Schadenersatzes sowie die Leistung von Genugtuung» auf die Bestimmungen des Obligationenrechts.⁶⁰⁷

V. Rechtsgrundlagen auf internationaler Ebene

Abschliessend sei der Vollständigkeit halber anzumerken, dass auch bilaterale und multilaterale Staatsverträge Haftungsnormen enthalten können, welche für die Schweiz – auch intern – verbindlich sind, wobei die Bestimmungen der EMRK von besonderer Bedeutung sind.⁶⁰⁸

Auf der einen Seite ist **Art. 5 Abs. 5 EMRK** relevant, welcher einen Schadenersatzanspruch bei widerrechtlicher Festnahme oder Freiheitsentzug vorsieht.⁶⁰⁹ Er setzt ein amtspflichtwidriges Verhalten voraus und begründet somit keine weitergehenden Ansprüche als die Kausalhaftungen des Bundes und der Kantone.⁶¹⁰

Auf der anderen Seite ist **Art. 41 EMRK** zu erwähnen, wonach der EGMR – sofern es notwendig ist – eine Entschädigung zusprechen kann, wenn er eine Verletzung der Konvention oder der Protokolle feststellt und das innerstaatliche Recht «nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung» vorsieht.⁶¹¹

⁶⁰³ Art. 7 Abs. 3 PolK NWS; Art. 6 Abs. 1 Satz 2 PolK OS; Art. 8 Abs. 3 PolK WS; Art. 11 Abs. 3 PolK ZS.

⁶⁰⁴ Art. 7 Abs. 4 PolK NWS; Art. 6 Abs. 2 PolK OS; Art. 8 Abs. 4 PolK WS; Art. 11 Abs. 3 PolK ZS.

⁶⁰⁵ Art. 6 Abs. 3 PolK OS.

⁶⁰⁶ Art. 9 PolK WS.

⁶⁰⁷ Art. 8 Abs. 5 PolK WS; Art. 6 Abs. 4 PolK OS.

⁶⁰⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 107; MANFRINI, S. 211.

⁶⁰⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 107; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 437; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 37; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.34; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 370 m.w.H.; BGE 129 I 139 ff. (141 f.), E. 2.

⁶¹⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 98.

⁶¹¹ GROSS, Staatshaftung, S. 21; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 437; JAAG, Bundesver-

Auf dieser Grundlage wurde die Schweiz beispielsweise im Jahr 2006 durch den EGMR zur Zahlung von 12'000 Euro Genugtuung an die Familie Scavuzzo verurteilt.⁶¹² Der 28-jährige P. Scavuzzo verstarb 1994 im Tessin nach einer polizeilichen Intervention, woraufhin seine Eltern und sein Bruder Schadenersatz sowie Genugtuung forderten.⁶¹³ Das Bundesgericht verneinte eine Haftung des Kantons Tessin, da gemäss medizinischen Gutachten zwischen dem Verhalten der Polizeibeamten und dem Tod des P. Scavuzzo kein Kausalzusammenhang bestünde.⁶¹⁴ Der EGMR kritisierte, dieser Kausalzusammenhang sei nicht Gegenstand einer eingehenden Untersuchung gewesen, weshalb Art. 2 Abs. 1 EMRK verletzt worden sei und sich diesbezüglich ein Entschädigungsanspruch rechtfertige.⁶¹⁵

waltungsrecht, Nr. 37; LANDOLT, S. 394 f. und Fn. 162 m.w.H.; MANFRINI, S. 211; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 370 m.w.H.

⁶¹² Urteil des EGMR 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz, Nr. 112.

⁶¹³ Urteil des EGMR 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz, Nr. 8 ff.

⁶¹⁴ Urteil des EGMR 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz, Nr. 32 ff.

⁶¹⁵ Urteil des EGMR 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz, Nr. 74 ff., insbes. Nr. 85 f.

3. Kapitel: Voraussetzungen der Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte

I. Einleitung

Wie dem ersten Teil dieser Arbeit zu entnehmen ist, liegt der grösste Teil der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit nach wie vor im kantonalen Kompetenzbereich,¹ weshalb bei Schädigungen durch sicherheitspolizeiliche Realakte auch regelmässig kantonales Haftungsrecht zur Anwendung gelangen wird.² Es würde den Rahmen dieser Arbeit aber sprengen, sämtliche kantonalen Haftungserlasse genauer zu analysieren.

Da die meisten kantonalen Normen hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen in weiten Teilen mit dem VG des Bundes übereinstimmen, soll sich die detaillierte Darstellung der Voraussetzungen einer Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte in der Folge denn auch primär am VG des Bundes orientieren, während vereinzelt auf Unterschiede im kantonalen Recht hingewiesen wird.³

Im Gegensatz zu den bereits besprochenen Tierhalter-, Werk- und Grundeigentümer-, sowie Gefährdungshaftungstatbeständen,⁴ begründen die allgemeinen Staatshaftungserlasse keine Haftung für den Zustand einer besonderen Gefahr, sondern für ein bestimmtes **Verhalten**, sei es ein Tun oder Unterlassen.⁵ Dies rückt entsprechend etwas andere Haftungsvoraussetzungen in den Vordergrund.

Im Aussenverhältnis setzt das VG für eine Staatshaftung einen Schaden, die Ausübung einer amtlichen Tätigkeit eines Beamten, Widerrechtlichkeit sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang voraus.⁶

Dass sicherheitspolizeiliche Organe regelmässig als Beamte des Bundes bzw. als Mitarbeiter eines Kantons oder als eine mit öffentlichen Aufgaben betraute Organisation oder Person qualifiziert werden können und damit in den Anwen-

¹ Vgl. insbes. Kap. 1/2/IV/1 und Kap. 1/2/IV/3/A.

² Vgl. zur Haftung aus Naturgefahren auch SUTTER, Naturgefahren, S. 188.

³ Vgl. auch SUTTER, Naturgefahren, S. 188.

⁴ VGL. KAP. 3/2/III/3/B-D UND 3/2/III/4.

⁵ GROSS, S. 4 f.; vgl. auch SALZGEBER, S. 47; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 17.

⁶ Art. 3 Abs. 1 VG; vgl. auch JAAG, système général, S. 27; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 8 f. zu § 62; vgl. auch Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.1.1.

dungsbereich des VG oder eines kantonalen Haftungserlasses fallen, wurde bereits dargelegt.⁷

Auch die Voraussetzung der Ausübung einer amtlichen Tätigkeit sowie der Schadensbegriff stellen im sicherheitspolizeilichen Bereich keine besonderen Probleme. Auf einige Aspekte soll in der Folge dennoch kurz eingegangen werden (Kap. 3/3/II und III).

Von besonderer Bedeutung ist hingegen die Widerrechtlichkeit, welche zugleich Voraussetzung einer Staatshaftung ist, als auch deren Begrenzung dient.⁸ Die Widerrechtlichkeit sowie der adäquate Kausalzusammenhang, welchem eine ähnliche Doppelfunktion zugewiesen werden kann, sollen denn auch näher betrachtet werden (Kap. 3/3/IV und V).

Wie bereits dargelegt wurde, ist die Staatshaftung grds. als Kausalhaftung ausgestaltet und somit von einem allfälligen Verschulden des Beamten bzw. Mitarbeiters unabhängig.⁹ In gewissen Spezialfällen, so etwa bei der Beurteilung der internen Haftung oder einer Genugtuung, und vereinzelt nach besonderen kantonalen Bestimmungen, kann das Verschulden aber eine Rolle spielen,¹⁰ weshalb darauf zum Schluss dieses Kapitels kurz eingegangen wird (Kap. 3/3/VI).

II. Ausübung einer amtlichen Funktion

1. Amtliche versus gewerbliche Tätigkeit

Das Kriterium der Ausübung einer amtlichen Funktion ist für die Beurteilung der Haftung eines sicherheitspolizeilichen Akteurs in zweierlei Hinsicht von Bedeutung.¹¹ Als erstes ist zu fragen, ob es sich bei der dienstlichen Tätigkeit in der Tat um eine **amtliche** und nicht etwa um eine **gewerbliche Verrichtung** handelte und sich die Haftung des Staates somit auch wirklich nach öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitserlassen und nicht nach Privatrecht richtet.¹²

⁷ Vgl. Kap. 3/2/III/2/A/a und 3/2/IV/3/B/a.

⁸ POLTIER, S. 45.

⁹ JAAG, système général, S. 35.

¹⁰ JAAG, système général, S. 35.

¹¹ Vgl. hierzu GROSS, amtliche Funktion, S. 235; GROSS, Staatshaftung, S. 114 Fn. 431; HUNOLD, Nr. 26 f. und Fn. 44; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 81 ff.; MAYHALL, S. 270.

¹² Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 115; GUCKELBERGER, S. 177 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2243; HUNOLD, Nr. 27; IMBODEN/RHINOW, S. 712; JAAG, système général, S. 31; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 88 ff.; JAAG, Revision, S. 49 ff.; KUHN, S. 73; MOOR/POLTIER, S. 841; vgl. zu den Begrifflichkeiten etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 10 zu § 62, wonach auch gewerb-

Auch wenn diese Unterscheidung bereits Gegenstand diverser Abhandlungen war,¹³ scheint es bis heute noch keine eindeutigen Abgrenzungskriterien zu geben.¹⁴

«Gewerblich» ist dabei nicht mehr mit gewinnorientiert gleichzusetzen, sondern bezeichnet eine Situation, in welcher der Staat im privatrechtlichen Verkehr mehr oder weniger gleichwertig und gleichberechtigt gegenüber den Bürgern auftritt und deshalb auch dem Privatrecht untersteht.¹⁵ Zur Unterscheidung können somit ähnliche Kriterien herangezogen werden, welche auch der Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht dienen.¹⁶ Lehre und Rechtsprechung haben hierzu verschiedene Theorien entwickelt.¹⁷

Im sicherheitspolizeilichen Bereich erscheint auf den ersten Blick die **Subordinationstheorie** als hilfreich: Hierbei ist die Frage zentral, ob der Staat hoheitlich gehandelt hat.¹⁸ Der Begriff des hoheitlichen Handelns ist dabei aber keineswegs eindeutig.¹⁹ Teilweise wird er mit amtlichem Handeln gleich gesetzt,²⁰ teilweise enger als einseitiges Handeln von staatlichen Organen gegenüber sub-

liches Handeln des Staates immer amtlich ist, da eine private Tätigkeitssphäre des Staates nicht existiere.

¹³ Vgl. etwa die Ausführungen von GROSS, Vergleich, S. 152 ff.; WICHTERMANN, Nr. 61 ff.

¹⁴ BREHM, N 28 zu Art. 61 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 115; JAAG, système général, S. 31; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 88 ff., insbes. Nr. 92; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3118.

¹⁵ BREHM, N 28 ff. zu Art. 61 OR; vgl. zum Begriff auch KAUFMANN, S. 289a; KUHN, S. 74 ff.

¹⁶ GROSS, Staatshaftung, S. 115.

¹⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 250 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 zu § 18.

¹⁸ BREHM, N 28 zu Art. 61 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 115; MOOR/POLTIER, S. 842 f.

¹⁹ JAAG, Revision, S. 54; MAYHALL, S. 215 f. m.w.H.; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 155.

²⁰ Vgl. etwa BGE 128 I 280 ff. (281), E. 3; 111 II 149 ff. (152), E. 4b; 102 II 45 ff. (47), E. 2a; vgl. hierzu auch JAAG, Revision, S. 51 und 54 m.w.H.; MAYHALL, S. 214 m.w.H.

ordinierten Privatrechtssubjekten umschrieben²¹. Vereinzelt wird der Begriff der Hoheitlichkeit gar nur dann verwendet, wenn staatlicher Zwang ausgeübt wird.²²

Wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt wurde, sind Polizeibeamte oder Angehörige anderer Sicherheitsbehörden regelmässig legitimiert oder gar verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden und erscheinen auch bei ihrer übrigen Tätigkeit den Privaten zumeist als übergeordnet. Ihr Handeln wird folglich in den meisten Fällen als hoheitlich und somit gemäss Subordinationstheorie als öffentlich-rechtlich bezeichnet werden dürfen.

Die **Funktionstheorie**, welche danach fragt, ob eine öffentliche oder eine private Aufgabe ausgeführt wurde, führt zum gleichen Ergebnis, ist in der Anwendung aber überzeugender und in Haftungsfragen wohl massgebend.²³ RÜTSCHÉ gelangt nach einer eingehenden Analyse des Begriffs der öffentlichen Aufgaben zum einleuchtenden Fazit, dass zum Staat gehört, «wer im Auftrag des Gesetzgebers öffentliche Aufgaben erfüllt», alles andere hingegen als privates Handeln zu qualifizieren sei.²⁴ GROSS interpretiert die herrschende Lehre und Rechtsprechung demgemäss, dass amtliches Handeln sowie Handeln in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe als Synonyme zu verstehen sind und zur Anwendung der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitserlasse führen.²⁵

Sofern sicherheitspolizeiliche Akteure also im Rahmen der Gefahrenabwehr oder anderer Aufgaben handeln, die sie im Auftrag des Gesetzgebers zu erfüllen haben, üben sie eine amtliche Tätigkeit aus und es kommt folglich Staatshaftungsrecht zur Anwendung.²⁶ Dabei ist zu beachten, dass diese Aufgaben auch

²¹ Vgl. etwa BGE 114 V 219 ff. (221), E. 3c; GUCKELBERGER, S. 178; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 22 ff.; JAAG, Revision, S. 51 und 54; MEYER, S. 714; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 155 m.w.H.; SCHWEIZER, SGK, N 43 zu Art. 35 BV m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 27 und N 10 zu § 62; so wohl auch JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 94.

²² RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 155 mit Verweis auf BGE 121 I 230 ff. (239), E. 3g/dd.

²³ Der Gesetzgeber scheint bevorzugt auf die Funktionstheorie abzustellen (vgl. etwa Art. 35 Abs. 2 BV, wonach an die Grundrechte gebunden ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt); des Weiteren stützt sich etwa die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Staatshaftung öffentlicher Spitäler auf die Funktionstheorie (vgl. anstelle vieler Urteil des BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015, E. 3.1).

²⁴ RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 162; vgl. auch etwa GUCKELBERGER, S. 178; MOOR/POLTIER, S. 843 f.; RYTER, Nr. 29.54 m.w.H.

²⁵ GROSS, amtliche Funktion, S. 235.

²⁶ BREHM, N 19 zu Art. 61 OR mit Verweis auf BGE 92 I 516 ff. (522), E. 1; GROSS, Staatshaftung, S. 115 m.w.H.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 89; KUHN, S. 76; MÜLLER, Handkommentar, N 13 ff. zu Art. 61 OR; RÜTSCHÉ, öf-

im Fall einer Auslagerung an Private öffentliche Aufgaben bleiben und somit in den Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Erlasse fallen.²⁷

Im hier relevanten sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich ist die Qualifikation als amtliches Handeln in der Regel also unproblematisch.²⁸ Die schwierigen Abgrenzungsfragen liegen in erster Linie im Bereich der Leistungsverwaltung, wozu auf die umfangreiche Literatur verwiesen werden kann.²⁹

2. Amtliche versus private Tätigkeit

Das Kriterium der Ausübung einer amtlichen Funktion ist neben der Abgrenzung von amtlichen und gewerblichen Tätigkeiten für die Beurteilung der Haftung eines sicherheitspolizeilichen Akteurs noch in einer zweiten Hinsicht von Bedeutung.³⁰ Es ist nämlich zudem zu fragen, ob die Person tatsächlich dienstlich gehandelt hat, also weder **privat** noch nur bei Gelegenheit, sondern **in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung** Schaden verursachte.³¹ Falls dies verneint wird, sind die haftungsrechtlichen Folgen nicht nach öffentlichem, sondern nach Privatrecht zu beurteilen.³²

Wie bei der Besprechung der Haftung nach Art. 135 Abs. 1 MG bereits ausgeführt wurde, folgt die Abgrenzung ähnlichen Überlegungen wie im Geltungsbereich von Art. 55 OR.³³ Demgemäss ist nicht primär entscheidend, ob zwischen

fentliche Aufgaben, S. 157 ff.; SUTTER, Naturgefahren, S. 184; zur Abgrenzung von amtlicher und gewerblicher Verrichtung nach Art. 61 OR vgl. auch ausführlich GROSS, amtliche Verrichtung, S. 311 ff.; GROSS, amtliche Funktion, S. 235; GROSS, Staatshaftung, S. 113 ff.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 14 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.15; vgl. für eine analoge Argumentation im Baubereich HÄNNI/MAHAIN, S. 147 und SOBOTICH, S. 95, wonach die Aufsicht über das Bauen eine Staatsaufgabe darstellt und somit diesbezüglich grds. Staatshaftungsrecht anwendbar ist.

²⁷ SUTTER, Staatshaftung, S. 36; vgl. auch GROSS, amtliche Verrichtung, S. 316; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 160; vgl. auch SCHWEIZER, SGK, N 46 zu Art. 35 BV zur Grundrechtsbindung.

²⁸ SUTTER, Staatshaftung, S. 36.

²⁹ Vgl. etwa MAYHALL, S. 215; SUTTER, Staatshaftung, S. 36; vgl. auch etwa die Ausführungen von GROSS, Vergleich, S. 152 ff.; WICHTERMANN, Nr. 61 ff.

³⁰ Vgl. hierzu GROSS, amtliche Funktion, S. 235; GROSS, Staatshaftung, S. 114 Fn. 431; HUNOLD, Nr. 26 f. und Fn. 44; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 81 ff.; MAYHALL, S. 270.

³¹ BREHM, N 27 zu Art. 61 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 114; GUCKELBERGER, S. 179 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2244; JAAG, système général, S. 30 f.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 81 ff.; JAAG, Revision, S. 45; KUHN, S. 55; MANFRINI, S. 209; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1620 ff.

³² Vgl. bereits etwa Kap. 3/2/III/2/A/b und 3/2/IV/3/B/b.

³³ BREHM, N 27 zu Art. 61 OR; KUHN, S. 62; MOOR/POLTIER, S. 840; Urteil des

der dienstlichen Verrichtung und dem Schaden ein örtlicher oder zeitlicher Zusammenhang besteht.³⁴ Vielmehr muss ein **funktionaler Zusammenhang** bejaht werden können.³⁵ Dabei ist zu bedenken, dass Schädigungen durch öffentliche Angestellte nicht nur erfolgen können, indem sie ihre Aufgabe kompetenzgemäss, aber schlecht erfüllen, sondern auch, indem sie ihre Kompetenzen überschreiten und widerrechtlich handeln oder ihre dienstliche Stellung missbrauchen.³⁶ Es wäre verfehlt, nur für den ersten Fall eine Staatshaftung vorzusehen.³⁷

Der funktionelle Zusammenhang ist also weder von vorherein unterbrochen, wenn ein Auftrag falsch oder ungeschickt ausgeübt wird,³⁸ noch wenn Kompetenzen überschritten und Weisungen von Vorgesetzten oder andere Regeln missachtet werden.³⁹ Selbst eine strafbare Handlung schliesst die Qualifikation als dienstliche Verrichtung nicht zwingend aus.⁴⁰ Es ist zwar durchaus so, dass der funktionelle Zusammenhang zur dienstlichen Tätigkeit je eher angezweifelt werden kann, desto weiter ausserhalb des Kompetenzbereiches die Schädigung erfolgte.⁴¹ Grundsätzlich ist aber eine grosszügige Auslegung vorzunehmen,⁴² insbesondere, wenn man die Staatshaftung als Organisationshaftung versteht.⁴³ Dies gilt erst recht, wenn aus der amtlichen Stellung des Beamten eine gewisse Machtposition und ein entsprechend grosses Schadenspotential resultiert,⁴⁴ wie es bei sicherheitspolizeilichen Akteuren regelmässig der Fall ist. Je grösser die

BGer 2P.224/2005 vom 18. April 2006, E. 3.3; vgl. Kap. 3/2/III/4/F/e.

³⁴ Vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 766; MOOR/POLTIER, S. 840; OFTINGER/STARK, II/3, N 218 zu § 32; REY, Nr. 914; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 62.

³⁵ BREHM, N 27 zu Art. 61 OR; GROSS, amtliche Verrichtung, S. 313; GROSS, Staatshaftung, S. 114 und 226; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2244; JAAG, système général, S. 31; JAAG, Revision, S. 47; JAAG/RÜSSELI, Nr. 3117; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 62; BGE 130 IV 27 ff. (30), E. 2.3.2.

³⁶ GROSS, amtliche Verrichtung, S. 314.

³⁷ Vgl. auch GROSS, amtliche Verrichtung, S. 314.

³⁸ Vgl. OFTINGER/STARK, II/1, N 90 zu § 20.

³⁹ Vgl. BREHM, N 25 f. zu Art. 55 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 763 m.w.H.; KELLER, S. 175; KELLER/GABI/GABI, S. 170; KUHN, S. 64; MAYHALL, S. 270; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1621; OFTINGER/STARK, II/1, N 93 zu § 20 m.w.H.; REY, Nr. 913; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 62; BGE 95 II 93 ff. (106), E. II.4a; widersprüchlich diesbezüglich KUHN, S. 58.

⁴⁰ BREHM, N 27 zu Art. 61 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 114.

⁴¹ GROSS, amtliche Verrichtung, S. 313; GROSS, amtliche Funktion, S. 235.

⁴² SUTTER, Staatshaftung, S. 35 mit Verweis auf GROSS, Staatshaftung, S. 226.

⁴³ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.46 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 62; vgl. zur Organisationshaftung Kap. 3/1/III.

⁴⁴ GROSS, amtliche Funktion, S. 236.

Macht und damit das Schädigungspotential, desto besser muss der Bürger geschützt und entsprechend eher ein funktionaler Zusammenhang bejaht werden.⁴⁵

Ob der Staat für das Handeln seiner Angestellten haftet ist also immer anhand der Frage zu beurteilen, ob eine Schädigung noch in den «**Risikobereich**» der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit fällt,⁴⁶ wobei zu beachten ist, dass der «Risikobereich» weiter gehen kann als die formellen Kompetenzen, welche aus einer staatlichen Aufgabenstellung fließen.⁴⁷ Konnte der sicherheitspolizeiliche Akteur den Schaden gerade bewirken, weil er eine dienstliche Tätigkeit ausübte – oder erfolgte dies nur «bei Gelegenheit der[en] Verrichtung»?⁴⁸ Wurde ihm also durch die Übertragung der Staatsaufgabe ein Schädigungspotential geschaffen, mit anderen Worten die Möglichkeit gegeben, die schädigende Handlung vorzunehmen?⁴⁹

Ein Polizist, der in einem Polizeirapport bewusst falsche Angaben macht, verursacht demnach in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtung Schaden – sein Kollege hingegen, der auf einer Patrouillenfahrt einen Zigarettenstummel wegwirft und dadurch einen Brand entfacht, handelt lediglich bei deren Gelegenheit.⁵⁰ Ebenso zu beurteilen ist das Schulbuchbeispiel des Diebstahls während der Arbeitszeit: Steht das Diebesgut in direktem Zusammenhang mit der amtlichen Verrichtung oder konnte der sicherheitspolizeiliche Beamte gerade deshalb stehlen, weil er dienstlich tätig war, so ist der funktionale Zusammenhang zu bejahen.⁵¹

⁴⁵ GROSS, amtliche Verrichtung, S. 315; GROSS, amtliche Funktion, S. 236.

⁴⁶ GROSS, Staatshaftung, S. 226; MÜLLER, Handkommentar, N 14 zu Art. 55 OR; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.48; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2244.

⁴⁷ GROSS, amtliche Verrichtung, S. 313 f.

⁴⁸ Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2; vgl. auch BREHM, N 23 zu Art. 55 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 47 zu § 9; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 765 m.w.H.; HUNOLD, Nr. 26; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 86; KELLER/GABI/GABI, S. 170; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1620; MOOR/POLTIER, S. 840; OFTINGER/STARK, II/1, N 88 zu § 20; OFTINGER/STARK, II/3, N 221 zu § 32; REY, Nr. 914; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 62; WERRO, OR-Kommentar, N 14 zu Art. 55 OR.

⁴⁹ GROSS, amtliche Verrichtung, S. 314; GROSS, Staatshaftung, S. 114; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 86, KUHN, S. 61; MAYHALL, S. 270.

⁵⁰ KUHN, S. 60.

⁵¹ Anstelle vieler vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2246; JAAG, système général, S. 31; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1622; MOOR/POLTIER, S. 840 f.; MÜLLER, Handkommentar, N 14 zu Art. 55 OR; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24 zu § 62.

III. Schaden

1. Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinn

Regelmässig nennt die Lehre als erste Voraussetzung einer (Staats-)Haftung den Begriff des Schadens.⁵² Dem wird teilweise angemerkt, der Schaden an sich sei nicht selbst Haftungsvoraussetzung, sondern vielmehr nur dann zu ersetzen, wenn die eigentlichen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind.⁵³ Diese Ansicht überzeugt nicht, muss doch Schadenersatz nur geleistet werden, wenn tatsächlich ein Schaden vorliegt, womit es sich hierbei gar um die zentrale Haftungsvoraussetzung handelt.⁵⁴

Es genügt nicht irgendeiner, sondern lediglich ein **Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinn**. Dieser besteht nach gängiger Definition des Bundesgerichts in einer unfreiwilligen Verminderung des Reinvermögens, «kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte».⁵⁵

Der Schadensbegriff des Staatshaftungsrechts folgt grds. den Prinzipien des Privatrechts,⁵⁶ weshalb auf die entsprechende umfangreiche Literatur verwiesen⁵⁷

⁵² Vgl. anstelle vieler FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 70; FISCHER, N 14 ff. zu Art. 41 OR; HUNOLD, Nr. 17; JAAG, système général, S. 27; SUTTER, Staatshaftung, S. 34.

⁵³ GROSS/PRIBNOW, Nr. 29.

⁵⁴ Vgl. etwa JAAG, Revision, S. 38, wonach der Grundsatz «keine Haftung ohne Schaden» gilt; hierzu auch FISCHER, N 15 zu Art. 41 OR m.w.H.

⁵⁵ Vgl. anstelle vieler Urteil des BGer 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015, E. 3.2; BGE 132 III 321 ff. (323 f.), E. 2.2.1; 129 III 331 ff. (332), E. 2.1; 128 III 22 ff. (26), E. 2e.aa; 116 II 441 ff. (444), E. 3a.aa; 104 II 198 ff. (199), E. a je m.w.H.; vgl. auch BREHM, N 69 zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 3 ff. zu § 3; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 72; FISCHER, N 17 zu Art. 41 OR m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2238; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 27 f. zu § 1; KELLER/GABI/GABI, S. 10 f.; MAYHALL, S. 271; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1624; MÜLLER, Handkommentar, N 20 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 2 ff. zu § 2; RYTER, Nr. 29.62; SALZGEBER, S. 122 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 62; WERRO, responsabilité, Nr. 42.

⁵⁶ FELLMANN, Arzthaftung, S. 230; GROSS, Staatshaftung, S. 238; GROSS, Vergleich, S. 107 m.w.H.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 30; GUCKELBERGER, S. 177; HÄNNI/MAHAIN, S. 147; HUNOLD, Nr. 17; IMBODEN/RHINOW, S. 738; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 51; JAAG, Revision, S. 38; KUHN, S. 131 m.w.H.; MAYHALL, S. 270; MEYER, S. 719; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.59; REY, Nr. 117; RYTER,

und auf detaillierte Ausführungen verzichtet werden kann. Für diese Arbeit sei allerdings darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zu anderen staatlichen Tätigkeiten, bei denen reine Vermögensschäden im Vordergrund stehen, im sicherheitspolizeilichen Bereich **Personenschäden**, also Schäden durch Körperverletzung oder gar Tötung eines Menschen, eher und in besonderer Weise relevant sein können.⁵⁸ Man denke nur an den gravierenden Fall, dass die Polizei etwa bei einer Geiselnahme Schusswaffen einsetzen muss, wobei eine Person verletzt wird und aufgrund von Heilungskosten oder Erwerbsausfall auch finanziell Verluste erleidet.⁵⁹

Da sowohl viele kantonale Staatshaftungsgesetze als auch das VG des Bundes auf die Haftungsbestimmungen des Obligationenrechts verweisen,⁶⁰ sind in solchen Situation die Art. 45 und 46 OR anwendbar, welche die ersatzfähigen Schadensposten im Falle der Tötung oder Körperverletzung eines Menschen umschreiben.⁶¹ Einige wenige kantonale Verantwortlichkeitserlasse nehmen diese Umschreibung gar selbst vor.⁶² So bestimmt das Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Solothurn, dass «im Falle der Tötung eines Menschen [...] die entstandenen Kosten, insbesondere diejenigen der Bestattung, zu ersetzen» sind.⁶³ «Ist der Tod nicht sofort eingetreten, so muss namentlich auch für die Kosten der versuchten Heilung und für die Nachteile der Arbeitsunfähigkeit Ersatz geleistet werden. Haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist auch für diesen Schaden Ersatz zu leisten.»⁶⁴ «Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf Ersatz der Kosten sowie auf Entschädigung für die

Nr. 29.62; SOBOTICH, S. 157 m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 zu § 62; WICHTERMANN, Nr. 60; BGE 107 Ib 155 ff. (159), E. 3; Urteil des BVGE A-358/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 3; A-1269/2008 vom 13. November 2009, E. 2.1.

⁵⁷ Vgl. insbesondere BREHM, N 67 ff. zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 3 ff. zu § 3; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 70 ff.; FISCHER, N 15 ff. zu Art. 41 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 238 f. m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 26 ff. zu § 1; JAAG, Revision, S. 38 ff.; KELLER/GABI/GABI, S. 10 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 20 ff. zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 1 ff. zu § 2; REY, Nr. 149 ff.; SCHWENZER, Nr. 14.03 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 41 ff.

⁵⁸ Vgl. auch SUTTER, Staatshaftung, S. 34.

⁵⁹ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 289.

⁶⁰ Vgl. z.B. § 2 HG AG; Art. 265 Abs. 3 EG-ZGB AR; Art. 105 PG BE; § 2 Abs. 2 HG BL; Art. 65 Abs. 2 PG JU; Art. 13 HG NW; § 12 HG SZ; Art. 9 Abs. 1 VG.

⁶¹ Vgl. hierzu ausführlich etwa FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 155 ff.

⁶² § 8 VG SO; § 8 und 9 HG ZH.

⁶³ § 8 Abs. 1 VG SO.

⁶⁴ § 8 Abs. 2 VG SO.

Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens.»⁶⁵

Wie einleitend bereits festgehalten wurde, sind aber auch **Sachschäden** als Folge sicherheitspolizeilicher Realakte nicht selten, so etwa, wenn beim Besucher eines Fussballmatches ein gefährlicher Gegenstand sichergestellt und eingezogen wird oder die Polizei einen Hund töten muss, der mehrere Personen gebissen hat und sich nicht beruhigen lässt.⁶⁶

Schliesslich kann die Gefahrenabwehr auch mit **reinen Vermögensschäden** einhergehen: Man denke etwa an das Abschleppen eines falsch parkierten Fahrzeuges, dessen Halter dadurch seinen Flug verpasst, oder an eine Person, welche aufgrund einer Polizeikontrolle zu spät zu einem Bewerbungsgespräch kommt und deshalb den gutbezahlten Job nicht erhält.⁶⁷

Deutlich häufiger als eine Regelung der einzelnen Schadensposten sehen die Staatshaftungserlasse eine Bestimmung vor, wonach etwa ein Selbstverschulden des Geschädigten oder die Tatsache, dass eine staatliche Handlung im Interesse oder zum Schutz des Geschädigten vorgenommen wurde, zur **Herabsetzung oder gar zum Ausschluss des Schadenersatzes** führen kann.⁶⁸ Dies ist allerdings keine Frage des Schadens als Haftungsvoraussetzung, sondern ein Element der Schadenersatzbemessung, auf welche in dieser Arbeit nicht näher eingegangen wird. Es sei einzig anzumerken, dass die Schadenersatzbemessung durch den Richter vorzunehmen ist, welcher «sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens» zu berücksichtigen hat und somit in jedem Fall auch etwa ein allfälliges Selbstverschulden oder ein Handeln im Interesse der geschädigten Person in seine Erwägungen miteinbeziehen kann.⁶⁹

2. Immaterielle Unbill

Die Schädigung eines Rechtsgutes, die keinen Schaden im eben umschriebenen Sinne, also keinen materiellen Nachteil bewirkt, kann unter Umständen dennoch zu finanziellen Ansprüchen, nämlich Genugtuungsansprüchen führen, sofern ein

⁶⁵ § 8 Abs. 3 VG SO.

⁶⁶ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290.

⁶⁷ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290; vgl. zu den unterschiedlichen Schadensarten auch etwa BREHM, N 75d ff. zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 18 ff. zu § 3; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 127 ff.; FISCHER, N 40 ff. zu Art. 41 OR; HUNOLD, Nr. 17; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.60; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 13 zu § 62.

⁶⁸ Vgl. etwa § 5 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 HG BL; Art. 10 Abs. 2 HG GL; § 4 Abs. 3 HG LU; § 8 HG ZG; § 7 HG ZH.

⁶⁹ Art. 43 Abs. 1 OR; vgl. hierzu etwa FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 2375 ff.

ne **immaterielle Unbill** vorliegt.⁷⁰ Eine solche entsteht, wenn Rechte verletzt werden, die ideeller Natur sind und nicht einen bestimmten Vermögenswert haben.⁷¹

Im sicherheitspolizeilichen Bereich ist etwa an Eingriffe in die körperliche oder geistige Integrität zu denken, die nicht (nur) zu einer Vermögenseinbusse führen, sondern aufgrund von Schmerzen oder durch das Zufügen erheblicher Beeinträchtigungen wie Behinderungen (auch) deutlich die Lebensfreude schmälern und das Wohlbefinden beeinträchtigen.⁷² Gleiches gilt wohl, wenn andere Grundrechte bzw. deren Teilgehalte – zu denken ist etwa an die Bewegungsfreiheit – tangiert werden und dies eine erhebliche Einbusse der Lebensqualität zur Folge hat.

Der Anspruch auf Genugtuung muss sich aus der einschlägigen Haftungsnorm ergeben.⁷³ In den kantonalen Haftungserlassen wird hierzu entweder auf die entsprechenden Bestimmungen, nämlich Art. 47 und 49 des OR verwiesen,⁷⁴ oder es werden eigenständige Normen vorgesehen.⁷⁵ Die Anforderungen an die Zuspache einer Geldsumme zum Ausgleich einer immateriellen Unbill sind dabei strenger als jene im Falle eines materiellen Schadens.⁷⁶ So kommt grds. nur bei Tötung oder Körperverletzung eines Menschen bzw. bei einer Persönlichkeitsverletzung, die eine gewisse Schwere aufweist, eine Genugtuung in Frage.⁷⁷ Das VG des Bundes sowie einige kantonale Staatshaftungserlasse verlangen darüber hinaus das Vorliegen eines Verschuldens des handelnden Beamten.⁷⁸

⁷⁰ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 2611; GROSS/PRIBNOW, Nr. 29; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1625; RYTER, Nr. 29.67 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 62; WICHTERMANN, Nr. 61.

⁷¹ DESCHENAUX/TERCIER, N 44 f. zu § 3; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 2612; HUNOLD, Nr. 18; JAAG, système général, S. 27 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1625; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 62.

⁷² Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1625.

⁷³ GROSS/PRIBNOW, Nr. 29.

⁷⁴ Vgl. etwa § 4 HG BL; Art. 6 Abs. 3 OW; § 4 HG SZ; vgl. hierzu etwa ausführlich FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 2609 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa § 8 HG AG; Art. 7 HG FR; Art. 8 HG GL; Art. 6 HG VD; Art. 6 f. VG VS; Art. 7 HG ZG; § 10 f. HG ZH; wobei es keinen Unterschied macht, ob eine eigenständige Norm oder ein Verweis normiert ist, sind die entsprechenden Bestimmungen doch grds. identisch (GROSS, Vergleich, S. 110 f. m.w.H.).

⁷⁶ Vgl. etwa GROSS, Staatshaftung, S. 240.

⁷⁷ Vgl. Art. 47 und 49 Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 6 VG; § 8 HG AG; Art. 7 HG FR; Art. 8 HG GL; Art. 6 HG VD; Art. 6 f. VG VS; Art. 7 HG ZG; § 10 f. HG ZH.

⁷⁸ Art. 6 VG; Art. 6 f. VG VS; Art. 7 HG ZG; vgl. hingegen etwa § 4 HG BL, wonach explizit kein Verschulden verlangt wird; vgl. zum Verschulden Kap. 3/3/VI.

IV. Widerrechtlichkeit

1. Einleitung

Wie bei der Darstellung der Rechtsgrundlagen einer Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte ausgeführt wurde, handelt es sich bei diesen überwiegend um Kausalhaftungen – ein Verschulden des schädigenden Beamten wird also mehrheitlich nicht gefordert, dagegen grds. Widerrechtlichkeit der schädigenden Tätigkeit verlangt.⁷⁹ Die Widerrechtlichkeit ist dabei zugleich **Voraussetzung** der Haftung,⁸⁰ als auch deren **Begrenzung**.⁸¹ Damit erscheint sie als zentrales und **wichtigstes Element** der Staatshaftung, mit welcher aber gleichzeitig auch die **meisten Schwierigkeiten** verbunden sind.⁸² Denn die Grenze zwischen rechtmässiger und widerrechtlicher Staatstätigkeit scheint verschwommen zu sein.⁸³

Die Schweizer (Privatrechts-)Lehre entwickelt immer neue dogmatische Konstruktionen, um der Widerrechtlichkeit klare Konturen zu geben,⁸⁴ was allerdings bisher eher zu noch mehr Verwirrung denn zur Klärung beigetragen hat (Kap. 3/3/IV/2/A). Zudem werden im Staatshaftungsrecht zwar seit längerem die privatrechtlichen Theorien aufgenommen,⁸⁵ was im Grunde durchaus sinnvoll ist. Es ist aber zu bedenken, dass ersteres doch einige Besonderheiten aufweist, das es von den privatrechtlichen Haftungssystemen unterscheidet.⁸⁶

Einerseits ist die Staatshaftung nicht eine reine Entschädigungspflicht, sondern eine Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben.⁸⁷ Als erstes müssen deshalb jeweils die staatlichen Aufgaben im Sicher-

⁷⁹ Vgl. POLTIER, S. 45.

⁸⁰ Etwa im Gegensatz zu Frankreich, vgl. POLTIER, S. 45.

⁸¹ FISCHER, N 58 und 60 zu Art. 41 OR m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 43; OFTINGER/STARK, I, N 4 ff. zu § 4; POLTIER, S. 46 f.; SCHWENZER, Nr. 50.05; VERDE, Schutznormen, Nr. 287 und 289 m.w.H.; wobei nach der hier vertretenen Auffassung sämtliche Haftungsvoraussetzungen, insbesondere auch der adäquate Kausalzusammenhang, der Haftungsbegrenzung dienen, hierzu auch FISCHER, N 60 Fn. 112 zu Art. 41 OR; MÜLLER, Handkommentar, N 42 zu Art. 41 OR.

⁸² HÄNNI/MAHAIN, S. 147 f.; HUNOLD, Nr. 32; MAYHALL, S. 208; POLTIER, S. 47; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 26 zu § 62; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 395; vgl. fürs Privatrecht auch etwa ROBERTO, Nr. 04.17 ff.

⁸³ FAVRE, enjeux, S. 10.

⁸⁴ POLTIER, S. 45; vgl. zu den Theorien der Widerrechtlichkeit ausführlich etwa FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 473 ff.

⁸⁵ POLTIER, S. 45.

⁸⁶ FAVRE, enjeux, S. 10; vgl. auch GYGI, Widerrechtlichkeit, S. 419.

⁸⁷ GROSS, Staatshaftung, S. 134; in diesem Sinne wohl auch PRIBNOW/GROSS,

heitsbereich definiert und so der Verantwortungs- und Risikobereich der sicherheitspolizeilichen Akteure abgesteckt werden, was sich im ersten Teil dieser Arbeit bereits als Schwierigkeit erwies.⁸⁸

Andererseits ist der Staat im Gegensatz zu den Privaten an die Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden, deren Verletzung unter gewissen Voraussetzungen Widerrechtlichkeit zu begründen vermag.⁸⁹ Diese Unterschiede sind vor der Übernahme privatrechtlicher Widerrechtlichkeitstheorien ins Staatshaftungsrecht zu bedenken (Kap. 3/3/IV/2/B).

Die Situationen, in denen eine sicherheitspolizeiliche schädigende Tätigkeit als widerrechtlich und damit staatshaftungsbegründend taxiert werden könnte, sind zahlreich. In Anlehnung an MANFRINI können zwei **Hauptkategorien** unterschieden werden.⁹⁰

Auf der einen Seite ist es denkbar, dass der **individuelle sicherheitspolizeiliche Beamte**, etwa ein Polizist, sich widerrechtlich verhält, wenn er etwa unverhältnismässig Gewalt anwendet.⁹¹ Für Beispiele kann hierzu insbesondere auf das Kapitel zu den Grundrechten verwiesen werden.⁹² In Erinnerung zu rufen sind gewisse Extremsituationen, die als Folter qualifiziert werden müssen, wie etwa das «Palästinensische Hängen», bei welchem einer nackten Person die Arme hinter dem Rücken zusammengebunden und hochgezogen werden,⁹³ sowie andere sehr schmerzhaft oder schädigende körperliche Eingriffe.^{94 95}

Auf der anderen Seite kann es sein, dass nicht das individuelle Verhalten des einzelnen Beamten, sondern das **Verhalten des Staates** als widerrechtlich erscheint, weil dieser seinen Pflichten nicht nachgekommen ist.⁹⁶ Er hat also eine Tätigkeit unterlassen, zu der er verpflichtet wäre – sei es, dass er zum Schutz vor ernststen und unmittelbaren Gefährdungen des Lebens der Bürger individuelle Massnahmen hätte ergreifen,⁹⁷ sich in jeder Sicherheitsbehörde um eine genü-

Nr. 3.1.

⁸⁸ Vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 11.

⁸⁹ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 239.

⁹⁰ Vgl. MANFRINI, S. 212 ff.

⁹¹ MANFRINI, S. 212; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

⁹² Vgl. insbes. Kap. 2/3/II zur Menschenwürde, Kap. 2/3/IV zum Recht auf Leben, sowie Kap. 2/3/V zur persönlichen Freiheit.

⁹³ Urteil des EGMR 21987/93 vom 18. Dezember 1996 i.d.S. Aksoy gegen die Türkei, Nr. 64.

⁹⁴ Urteil des EGMR 59584/00 vom 1. April 2004 i.d.S. Rivas gegen Frankreich, Nr. 39.

⁹⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 411.

⁹⁶ Vgl. MANFRINI, S. 213 f.

⁹⁷ Vgl. etwa BESSON, S. 74 m.w.H.; BIAGGINI, BV, N 7 zu Art. 35 BV; EGLI, 2015,

gende Ausbildung, Kontrolle, Planung und Struktur hätte kümmern,⁹⁸ oder nach einem schädigenden Ereignis für eine unabhängige, unparteiische und sorgfältige Untersuchung hätte sorgen müssen.⁹⁹

Diesem Sonderfall, der Staatshaftung aufgrund einer **Unterlassung**, wird in der Folge ein separates Kapitel gewidmet (Kap. 3/3/IV/3). Vorweg kann bereits gesagt werden, dass Widerrechtlichkeit durch Unterlassen nur begründet werden kann, wenn die Rechtsordnung im konkreten Fall ein Handeln im Interesse des Geschädigten verlangt, mit anderen Worten eine Garantenstellung zu Gunsten des Geschädigten besteht.¹⁰⁰ Eine solche Garantenstellung kann sich aus sämtlichen geschriebenen und ungeschriebenen Normen, ja selbst aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben.¹⁰¹

Wie aufzuzeigen sein wird, geht es sowohl bei der Widerrechtlichkeit von Handlungen als auch von Unterlassungen um dieselbe Frage, ob nämlich gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, gegen eine **Norm verstossen** wurde. Nachfolgend sollen entsprechend die unterschiedlichen Quellen solcher Normen im sicherheitspolizeilichen Bereich anhand der Erkenntnisse aus den ersten beiden Teilen dieser Arbeit dargestellt werden (Kap. 3/3/IV/4). Dabei wird insbe-

S. 64; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 345a; KELLER/BÜRLI, S. 1150; MÜLLER/SCHEFER, S. 53 m.w.H.; PÉTERMANN, S. 214 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1175 und 1177; SCHWEIZER, SGK, N 51 zu Art. 10 BV; SUTTER, Naturgefahren, S. 178; TSCHENTSCHER, BSK, N 19 zu Art. 10 BV; Urteil des EGMR 74448/12 vom 18. September 2014 i.d.S. Bljakaj u.a. gegen Kroatien, Nr. 104; 37703/97 vom 24. Oktober 2002 i.d.S. Mastromatteo gegen Italien, Nr. 67.

⁹⁸ Urteil des EGMR 50196/99 vom 17. März 2005 i.d.S. Bubbins gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 135 und 141 ff.; EGLI, 2012, S. 204 m.w.H.; ZUMSTEG, S. 18; zur diesbezüglichen Ausgestaltung im Schweizer Recht ZUMSTEG, S. 22 ff.

⁹⁹ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 313 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 55 f.; PÉTERMANN, S. 242 ff.; SCHWEIZER, SGK, N 20 zu Art. 10 und N 24 zu Art. 35 BV; TSCHENTSCHER, BSK, N 22 zu Art. 10 BV; ZUMSTEG, S. 20; Urteil des EGMR 23458/02 vom 24. März 2011 i.d.S. Giuliani und Gaggio gegen Italien, Nr. 208 ff., 244 ff. und 298 ff.; 27065/05 vom 2. Dezember 2010 i.d.S. Abuyeva u.a. gegen Russland, Nr. 204 ff.; 41773/98 vom 7. Februar 2006 i.d.S. Scavuzzo-Hager gegen die Schweiz, Nr. 74 ff.; 36088/97 und 38417/97 vom 24. Mai 2005 i.d.S. Acar u.a. gegen die Türkei, Nr. 72 ff.; 50196/99 vom 17. März 2005 i.d.S. Bubbins gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 137; 8939/99 vom 30. November 2004 i.d.S. Öneriyildiz gegen die Türkei, Nr. 95; 24746/94 vom 4. Mai 2001 i.d.S. Hugh Jordan gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 105 ff.; 18984/91 vom 27. September 1995 i.d.S. McCann gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 161 und 163; zur diesbezüglichen Ausgestaltung im Schweizer Recht ZUMSTEG, S. 23; vgl. zum Ganzen auch MANFRINI, S. 213 ff. und bereits etwa Kap. 2/3/IV/3.

¹⁰⁰ BGE 116 Ib 367 ff. (374), E. 4c.

¹⁰¹ BGE 116 Ib 367 ff. (374), E. 4c; 115 II 15 ff. (20), E. 3c.

sondere zu beurteilen sein, inwieweit eine Grundrechtsverletzung als staatshaftungsrelevanter Normverstoss betrachtet, ob die Frage nach der Widerrechtlichkeit im Staatshaftungsrecht nicht gar ganz allgemein nach dem Prüfschema von Art. 36 BV ausgerichtet werden könnte (Kap. 3/3/IV/4/B/b, 3/3/IV/4/C/b und 3/3/IV/4/D).

Der Vollständigkeit halber wird im Anschluss auf die Rechtfertigungsgründe eingegangen (Kap. 3/3/IV/5), bevor die Haftung für rechtmässige Schädigung (Kap. 3/3/IV/6) thematisiert wird. Abgeschlossen wird dieses Kapitel zur Widerrechtlichkeit mit einem Fazit (Kap. 3/3/IV/7). Wie bereits erwähnt, wird aber zuerst der Widerrechtlichkeitsbegriff im Privat- und Staatshaftungsrecht näher betrachtet (Kap. 3/3/IV/2).

2. Theorie der Widerrechtlichkeit im Privat- und im Staatshaftungsrecht

A) Widerrechtlichkeit im Privatrecht

a) Objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Bis anhin folgt die herrschende Lehre und Rechtsprechung im Privatrecht der **objektiven Widerrechtlichkeitstheorie**, wonach ein Verhalten bei einem Verstoss gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung als widerrechtlich zu qualifizieren ist.¹⁰² Letztere finden sich sowohl im gesamten Privatrecht, als auch im öffentlichen und dabei insbesondere im Strafrecht.¹⁰³

Dabei werden zwei Ausprägungen der Widerrechtlichkeit unterschieden.¹⁰⁴ Wird ein absolutes Recht verletzt, zu welchen etwa Leib, Leben, Gesundheit, andere Persönlichkeitsrechte, Eigentum und Besitz gehören, ist dies per se wi-

¹⁰² BGE 120 II 331 ff. (335), E. 4; 119 II 127 ff. (128), E. 3; 118 Ib 473 ff. (476), E. 2b; 117 II 315 (317), E. 4d; vgl. BREHM, N 33c zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 9 zu § 6; FAJNOR, S. 16 f. m.w.H.; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 474; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 278 m.w.H.; FISCHER, N 62 ff. zu Art. 41 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 163 m.w.H.; GROSS, Vergleich, S. 101 f. m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 44; MÜLLER, Handkommentar, N 43 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 9 und 22 zu § 4; REY, Nr. 670 ff.; SCHWENZER, Nr. 50.04; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 6; WERRO, responsabilité, Nr. 297.

¹⁰³ BREHM, N 33c zu Art. 41 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 163 m.w.H.; OFTINGER/STARK, I, N 42 zu § 4.

¹⁰⁴ Vgl. anstelle vieler BREHM, N 34 zu Art. 41 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 279 m.w.H.; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 49; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 ff. zu § 4; BGE 129 IV 322 ff. (325), E. 2.2.2; 119 II 127 ff. (128), E. 3.

derrechtlich, es liegt also ein **Erfolgsunrecht** vor.¹⁰⁵ Von einem **Verhaltensunrecht** spricht man dagegen, wenn eine sogenannte Schutznorm verletzt wird, eine Vorschrift also, die den Geschädigten bzw. sein Rechtsgut vor Schäden der eingetretenen Art schützen will.¹⁰⁶ Diese Ausprägung der Widerrechtlichkeit ist in erster Linie von Bedeutung, wenn ein reiner Vermögensschaden zu beurteilen ist, da dem Vermögen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kein absoluter Schutz zukommt.¹⁰⁷

b) Kritik durch die Lehre

In der privatrechtlichen Lehre wird die Konzeption vom Erfolgsunrecht seit einiger Zeit **kritisch betrachtet**.¹⁰⁸ Einerseits funktioniere sie nur bei aktivem

¹⁰⁵ BREHM, N 35 zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 21 zu § 6; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 474 f. und 478 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 279 m.w.H.; GROSS, Staatshaftung, S. 163 f. m.w.H.; GYGI, Widerrechtlichkeit, S. 422 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 3 ff. zu § 4; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 101 ff.; JAAG, Revision, S. 59 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 44 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 44 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 23 und 26 ff. zu § 4; POLTIER, S. 48; PORTMANN, S. 273; REY, Nr. 672 und 682 ff.; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 374 f.; SCHWENZER, Nr. 50.05; SOBOTICH, S. 60 f. m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 189; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 7 f.; VERDE, Schutznormen, Nr. 297 m.w.H.; WERRO, responsabilité, Nr. 305 ff.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 348 ff.; zur Widerrechtlichkeit aus Rechtsgüterverletzung vgl. ausführlich FAJNOR, S. 13 ff. m.w.H., welcher hierbei allerdings von einer subjektiven Widerrechtlichkeit spricht.

¹⁰⁶ BREHM, N 38b zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 24 zu § 6; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 475 und 480 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 279 m.w.H.; GROSS, Staatshaftung, S. 163 m.w.H.; GYGI, Widerrechtlichkeit, S. 423 f.; HÄNNI, Untätigkeit, S. 342 m.w.H.; JAAG, Revision, S. 60; MÜLLER, Handkommentar, N 45 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, 35 ff. zu § 4; POLTIER, S. 48; REY, Nr. 672 und 698 ff. m.w.H.; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 374 f.; SCHWENZER, Nr. 50.19 ff.; SOBOTICH, S. 61 m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 190; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 7; VERDE, Schutznormen, Nr. 298 m.w.H.; WERRO, responsabilité, Nr. 308 ff.; zur Widerrechtlichkeit aus Normverletzung vgl. ausführlich FAJNOR, S. 13 ff.

¹⁰⁷ BGE 135 V 373 ff. (376), E. 2.4; BREHM, N 38d f. zu Art. 41 OR; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 475; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 280; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 20 ff. zu § 4; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 104 m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 45; OFTINGER/STARK, I, N 30 und 36 zu § 4; POLTIER, S. 48; SUTTER, Naturgefahren, S. 190; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 362.

¹⁰⁸ Vgl. etwa FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 483 ff. m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 306 und 311 m.w.H.; MÜLLER, Handkommentar, N 44 zu Art. 41 OR; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 14 ff.

Handeln, sei hingegen etwa bei mittelbaren Schädigungen oder Unterlassungen nicht anwendbar.¹⁰⁹ Andererseits könne auch bei einer Verletzung absoluter Rechte nicht die Verletzung an sich, der «Erfolg» die Widerrechtlichkeit begründen, sondern erst der Verstoss gegen die entsprechenden Verhaltenspflichten, also menschliches Verhalten.¹¹⁰

Ein Erfolg allein – beispielsweise die Tötung eines Menschen durch einen Blitzeinschlag – kann in der Tat zu keinem Widerrechtlichkeitsurteil führen.¹¹¹ Und selbst wenn man nicht den Erfolg allein für die Bejahung der Widerrechtlichkeit genügen lässt, doch aber ein Verhalten nur oder gerade dann als widerrechtlich betrachtet, wenn es zu einem bestimmten Erfolg führt,¹¹² bleibt diese Theorie mangelhaft: Denn aus ihr folgt zum einen, dass im Zeitpunkt einer Handlung noch unklar ist, ob letztere widerrechtlich ist, da dieses Urteil vom Eintritt eines Erfolgs abhängt.¹¹³ Zum andern wird genau gleiches Verhalten unter Umständen unterschiedlich beurteilt, je nachdem, wie sich die Ereignisse fortentwickeln und ob etwa bestimmte Zufälle auftreten oder ausbleiben.¹¹⁴ Beides ist mit der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit der Bürger unvereinbar.

Ohnehin ist hinsichtlich der absoluten Rechte zu bedenken, dass diese so zentral sind, dass sie bereits durch die Bundesverfassung geschützt und darüber hinaus in zahlreichen zivil-, öffentlich- und insbesondere strafrechtlichen Bestimmungen normiert wurden.¹¹⁵ Jedem absoluten Recht können somit unzählige Verhaltenspflichten zugeordnet werden, welche dessen Schutz dienen.¹¹⁶ Zutreffend

¹⁰⁹ FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 483; FISCHER, N 81 zu Art. 41 OR m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 6; PORTMANN, S. 275 f.; SCHWENZER, Nr. 50.29; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 24 m.w.H.; VERDE, Schutznormen, Nr. 332 m.w.H.

¹¹⁰ FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 483 ff. m.w.H.; FELLMANN, Arzthaftung, S. 233 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 335 m.w.H.; FISCHER, N 82 ff. zu Art. 41 OR m.w.H.; PORTMANN, S. 273 und 275; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 15 ff. m.w.H.; hierzu auch POLTIER, S. 50 f.

¹¹¹ PORTMANN, S. 275.

¹¹² Vgl. zu den verschiedenen Theorien über das Erfolgsunrecht, insbes. gemäss der Norm- und Erfolgswiderrechtlichkeitstheorie, VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 8; VERDE, Schutznormen, Nr. 300 ff. m.w.H.

¹¹³ PORTMANN, S. 275; VERDE, Schutznormen, Nr. 334 m.w.H.

¹¹⁴ PORTMANN, S. 275; vgl. auch VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 27 m.w.H.; VERDE, Schutznormen, Nr. 334 m.w.H.

¹¹⁵ Vgl. mit zahlreichen Beispielen etwa BREHM, N 35 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 26 ff. zu § 4.

¹¹⁶ FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 485 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 312 und 335 m.w.H.; FISCHER, N 83 ff. zu Art. 41 OR m.w.H.; vgl. auch FAJNOR, S. 17 ff. m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 46 f.; REY, Nr. 734 ff. zu den fünf

stellen einige Autoren denn auch fest, bei der Widerrechtlichkeit ginge es stets um eine Verletzung solcher Pflichten, also um ein Verhaltensunrecht.¹¹⁷ Auch das Bundesgericht scheint sich in jüngerer Zeit vermehrt auf das Verhaltensunrecht zu stützen.¹¹⁸

B) Widerrechtlichkeit im Staatshaftungsrecht

a) Objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Grundsätzlich ist es der Rechtssicherheit und Einheit der Rechtsordnung zuliebe wünschenswert, gleiche Begriffe des privatrechtlichen Haftungsrechts und des Staatshaftungsrechts auch gleich zu verstehen und anzuwenden. Wie bereits bemerkt wurde bzw. noch aufzuzeigen sein wird, ist dies für die Begriffe des Schadens, des funktionellen Zusammenhangs, des adäquaten Kausalzusammenhangs sowie des Verschuldens auch weitgehend der Fall.¹¹⁹

Auf den ersten Blick erscheint es ebenso sinnvoll, von einem **einheitlichen Widerrechtlichkeitsbegriff** für das Privat- und das öffentliche Recht auszugehen, insbesondere wenn man bedenkt, dass gewisse privatrechtliche Haftungsnormen auch auf Tatbestände zur Anwendung gelangen können, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.¹²⁰

Das Bundesgericht hat sich in den letzten Jahren denn auch immer wie mehr den privatrechtlichen Widerrechtlichkeitstheorien angenähert und bekennt sich heute, allerdings mit Verweis auf gewisse Spezialitäten des öffentlichen Rechts, zur

Grundschnitznormen nach der Lehre von KELLER; vgl. zur Norm- und Erfolgswiderrechtlichkeitstheorie VERDE, *Widerrechtlichkeit*, Nr. 8 und 20; VERDE, *Schnitznormen*, Nr. 300 ff. m.w.H.

¹¹⁷ Vgl. ausführlich FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 276 ff. und 335 m.w.H.; vgl. auch FELLMANN, *Widerrechtlichkeit*, S. 483 ff. m.w.H. und 492 f.; FELLMANN, *Arzthaftung*, S. 234 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 6; POLTIER, S. 50; PORTMANN, S. 275 und 277; REY, Nr. 701; ROBERTO, Nr. 04.08; SCHWENZER, Nr. 50.31; VERDE, *Widerrechtlichkeit*, insbes. Nr. 16 und 36 ff. m.w.H.; VERDE, *Schnitznormen*, Nr. 331 ff. m.w.H.; WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, S. 366 ff.; ebenfalls kritisch zum Erfolgsunrecht WERRO, *responsabilité*, Nr. 341 ff.

¹¹⁸ Vgl. ROBERTO, Nr. 04.12 ff., insbes. mit Verweis auf BGE 137 III 539 ff. (544 ff.), E. 5.2.

¹¹⁹ Vgl. Kap. 3/3/II/2 zum funktionalen Zusammenhang, Kap. 3/3/III zum Schaden, Kap. 3/3/V/A zum adäquaten Kausalzusammenhang und Kap. 3/3/VI zum Verschulden.

¹²⁰ FAVRE, *Naturgefahren*, S. 3 f.; GROSS, *Staatshaftung*, S. 166; vgl. auch GYGI, *Widerrechtlichkeit*, S. 419.

objektiven Widerrechtlichkeitstheorie.¹²¹ Demnach gelte eine Handlung als widerrechtlich, wenn sie entweder ohne Rechtfertigungsgrund ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder bloss dessen Vermögen schädigt, gleichzeitig aber gegen eine Norm verstösst, welche vor eben solchen Schäden schützen soll (Handlungsunrecht).¹²²

Eine Amtspflichtverletzung bzw. eine Ordnungswidrigkeit habe allerdings neben der Beurteilung eines reinen Vermögensschadens allenfalls noch Bedeutung, wenn eine Haftungsnorm zusätzlich zu einer Widerrechtlichkeit ein Verschulden voraussetzt, wenn die Beurteilung eines Schadens infolge eines Rechtsaktes zur Diskussion steht, welcher sich nachträglich als unrichtig herausstellt, (teilweise) wenn eine Staatshaftung für medizinische Behandlungen in einem öffentlichen Spital zu prüfen ist oder wenn eine Haftung des Staates auf eine Unterlassung gestützt werden soll.¹²³ Ausserhalb solcher Konstellationen – also in erster Linie bei Realakten – müsse die Widerrechtlichkeit bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes auch im Staatshaftungsrecht bejaht werden, selbst wenn keine spezifische Sorgfaltspflicht verletzt wurde.¹²⁴

In der Tat prüft das Bundesgericht aber auch bei Verletzung eines absoluten Rechtsguts – zumindest im Rahmen finaler Schädigungen – allfällige Rechtfertigungsgründe, insbesondere jenen der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt, und beurteilt somit ebenfalls, ob der Beamte amtspflichtgemäss bzw.

¹²¹ BGE 139 IV 137 ff. (140 f.), E. 4.2; 135 V 373 ff. (376), E. 2.4; 133 V 14 ff. (19), E. 8.1; 132 II 449 ff. (457), E. 3.3; 132 II 305 ff. (318), E. 4.1; 123 II 577 ff. (581 f.), E. 4d.bb; 118 Ib 473 ff. (476), E. 2b; 116 Ib 367 ff. (373 f.), E. 4b; 113 Ib 420 ff. (423), E. 2; 91 I 449 ff. (452 f.), E. 3; Urteil des BGer 2C_1150/2014 vom 9. Juni 2015, E. 3.2; 2C_936/2012 vom 14. Januar 2013, E. 2.2; vgl. hierzu auch etwa Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.1; BREHM, N 33d zu Art. 41 OR; FAJNOR, S. 28 ff. m.w.H.; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 49; GROSS, Vergleich, S. 127 m.w.H.; GROSS/PRIENOW, Nr. 43; GUCKELBERGER, S. 180 f.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 97; KUHN, S. 175 ff. m.w.H.; MAYHALL, S. 225 ff.; POLTIER, S. 47; SOBOTICH, S. 70 f. m.w.H.; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 27 ff. zu § 62.

¹²² Vgl. die eben zitierten Urteile und auch etwa Urteil des BVGE A-1432/2011, A-1449/2011, A-1470/2011 vom 1. September 2011, E. 8.1 und 8.2 m.w.H.; A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.1.

¹²³ BGE 123 II 577 ff. (582 f.), E. 4d.cc-4d.ff; vgl. hierzu auch etwa GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 49 ff.; POLTIER, S. 49, 58 ff. und 62 ff.; RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 4; SOBOTICH, S. 71 m.w.H.; zu den Schwierigkeiten der Lehre vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht in Bezug auf die Arzthaftung vgl. etwa FELLMANN, Arzt-
haftung, S. 232.

¹²⁴ BGE 123 II 577 ff. (584), E. 4d.gg; hierzu auch etwa RYTER, Nr. 29.87.

sorgfältig gehandelt hat.¹²⁵ Auch wenn in der Theorie so geäussert, vermag in der bundesgerichtlichen Praxis der widerrechtliche Erfolg alleine also kaum je eine Staatshaftung zu begründen.¹²⁶ Ausnahmen betreffen in erster Linie Fälle, in denen eine Gefährdungshaftung, so insbesondere Art. 64 LFG und Art. 135 MG, zur Anwendung gelangten, bei welchen das Verhalten der schädigenden Person ohnehin ohne Belang ist.¹²⁷

b) Kritik durch die Lehre

Angesichts der Ausführungen im letzten Kapitel erscheint die Praxis zur Widerrechtlichkeit im Staatshaftungsrecht als sehr kompliziert. Etwas so Kompliziertes ist der Rechtssicherheit abträglich und vermutlich nicht die tatsächlich sinnvollste Lösung. Obwohl ein Grossteil der Lehre der Rechtsprechung des Bundesgerichts folgt und diese kaum hinterfragt,¹²⁸ gibt es denn vermehrt auch **kritische Stimmen**.¹²⁹

Die einen kritisieren an der Theorie vom Erfolgsunrecht, bei deren Anwendung würde jegliche Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts durch einen Beamten in Ausübung hoheitlicher Funktion eine Staatshaftung bewirken, selbst wenn es sich um nicht vermeidbare Risiken handle.¹³⁰ Es seien jeweils Rechtfertigungsgründe zu prüfen, um doch noch das massgebliche Verhalten beurteilen und eine Rechtswidrigkeit allenfalls ausschliessen zu können.¹³¹ Falls diese kritischen Stimmen vor allem eine Ausuferung der Staatshaftung befürchten, ist ihnen entgegen zu halten, dass eine Haftungsbegrenzung auch auf andere Weise,

¹²⁵ GROSS, Staatshaftung, S. 171; WERRO, Staatshaftung, S. 131 mit Verweis auf BGE 120 Ib 411 ff.; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 47 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5; SOBOTICH, S. 71 m.w.H.; WICHTERMANN, Nr. 88.

¹²⁶ WERRO, Staatshaftung, S. 131; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 350 f.

¹²⁷ WERRO, Staatshaftung, S. 131 mit Verweis auf BGE 123 II 577 ff. und 112 II 118 ff.

¹²⁸ FAVRE, Naturgefahren, S. 5; GROSS, Vergleich, S. 128 ff.; GUCKELBERGER, S. 180 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2248; HÄNNI/MAHAIN, S. 148; HUNOLD, Nr. 33; JAAG, système général, S. 32; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 97; JAAG, Revision, S. 59 f.; JAAG/RÜSSELI, Nr. 3119; LANDOLT, S. 386; MANFRINI, S. 212; MEYER, S. 720 f.; MOOR/POLTIER, S. 856 ff.; POLTIER, S. 47; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.35; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 374 f.; RYTER, Nr. 29.83 ff.; SUTTER, Naturgefahren, S. 189; WICHTERMANN, Nr. 67 ff.

¹²⁹ Vgl. neben den aufgeführten auch etwa FELLMANN, Arzthaftung, S. 232 ff.; MAYHALL, S. 236 ff.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1627; MOOR/POLTIER, S. 858 f.; POLTIER, S. 51; SALZGEBER, S. 160 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 32 zu § 62; zu den vielfältigen Lehrmeinungen vgl. auch FAJNOR, S. 30 ff. m.w.H.

¹³⁰ GROSS/PRIBNOW, Nr. 45.

¹³¹ GROSS/PRIBNOW, Nr. 47.

etwa mittels der Haftungsvoraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs, erreicht werden kann.¹³²

In der Tat ist allerdings das zweistufige Vorgehen, zuerst eine Schädigung per se als widerrechtlich zu betrachten und anschliessend mittels Prüfung von Rechtfertigungsgründen nach Auswegen zu suchen, unbefriedigend. Generell hat die Annäherung an die privatrechtliche Konzeption mit der Unterscheidung in Erfolgs- und Verhaltensunrecht für die staatshaftungsrechtliche Gerichtspraxis in erster Linie Schwierigkeiten mit sich gebracht.¹³³ Diese äussern sich zum einen eben darin, dass sich das Bundesgericht bei Bejahung der Widerrechtlichkeit wegen Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes insbesondere zur Prüfung einer Rechtfertigung aufgrund amtspflichtgemässen Handelns gezwungen sieht.¹³⁴ Zum andern versucht es Tatbestandskategorien zu definieren, in denen trotz Bestehen eines Erfolgsunrechts zusätzlich eine Amtspflichtverletzung gegeben sein muss.¹³⁵

RÜTSCHÉ ist der Ansicht, dass eine Haftung des Staates, für welche allein ein Erfolgsunrecht genüge, einer Gefährdungshaftung gleich komme.¹³⁶ Das staatliche Handeln an sich sei aber keineswegs generell gefährlich und rechtfertigt deshalb zum einen in keiner Weise eine entsprechend strenge Haftung.¹³⁷ Zum andern sei die Widerrechtlichkeitskonzeption des Bundesgerichts in der Staatshaftung mangels einer Norm, die eine solche Gefährdungshaftung vorsieht, nicht nur ohne gesetzliche Grundlage, sondern gar gesetzeswidrig.¹³⁸ Denn absolut geschützte Rechte sind aus Sicht des öffentlichen Rechts in erster Linie Grundrechte. Greift der Staat in diese ein, wobei er die Voraussetzungen von Art. 36 BV wahrt, so handelt er aus Blick des Verfassungsrechts rechtmässig. Würde nun das Haftungsrecht zu einem anderen Ergebnis kommen, ergäbe sich eine Haftung für rechtmässiges Handeln.¹³⁹

c) *Fazit*

Wie bereits dargestellt wurde, wird die Theorie vom Erfolgsunrecht im Privatrecht seit längerem kritisiert. Selbst wenn die Rechtsprechung zur privatrechtlichen Haftung dennoch an der bisherigen Widerrechtlichkeitskonzeption festhält, ist der eben aufgezeigten Kritik zustimmend zu prüfen, ob im Staatshaftungs-

¹³² Vgl. Kap. 3/3/V.

¹³³ POLTIER, S. 45 und 49; ROBERTO, Nr. 17.08 f.

¹³⁴ ROBERTO, Nr. 17.08.

¹³⁵ POLTIER, S. 49, 58 ff. und 62 ff.; ROBERTO, Nr. 17.09.

¹³⁶ RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 9.

¹³⁷ RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 10; vgl. hierzu auch Kap. 3/4/III/B/b.

¹³⁸ RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 11.

¹³⁹ RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 11.

recht nicht auch eine andere Widerrechtlichkeitskonzeption (besser) funktionieren würde. Denn dem zuvor angeführten Postulat eines einheitlichen Widerrechtlichkeitsbegriffs ist anzufügen, dass Differenzierungen zwischen Privat- und öffentlichem Recht durchaus gerechtfertigt sein können, wenn sie bezüglich bestimmten Punkten Unterschiede aufweisen.¹⁴⁰ Und eben solche bedeutsamen **Unterschiede** existieren in Bezug auf die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit, wobei an dieser Stelle vor allem einer hervorzuheben ist:

Im Privatrecht bestehen für das Verhalten von Privaten – glücklicherweise – nur sehr wenige Vorschriften, was der Konzeption des Erfolgsunrechts allenfalls noch eine gewisse Berechtigung verleiht, erleichtert sie doch dem Geschädigten die Beweisführung.¹⁴¹

Im öffentlichen Recht würde eine Abkehr vom Erfolgsunrecht die Haftung des Staates zwar ebenfalls einschränken. Im Vergleich zum Privatrecht wäre es für die Geschädigten aber weniger problematisch, würde auf die Konzeption des Erfolgsunrechts im Staatshaftungsrecht verzichtet und wieder das **Handlungsunrecht in den Vordergrund** gestellt.¹⁴² Denn im öffentlichen Recht gilt das Legalitätsprinzip, wonach der Staat nur handeln darf, wenn und soweit dies in einem Gesetz vorgesehen ist.¹⁴³ Entsprechend ist (bzw. sollte) seine Tätigkeit relativ genau determiniert (sein).¹⁴⁴ Insbesondere die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit ist durch ausdrückliche Gesetzesnormen, Grundrechte und rechtsstaatliche Grundsätze durchgehend rechtlich geprägt.¹⁴⁵ Im Schadensfall kann das Verhalten des Staates demnach anhand einer konkreten Bestimmung überprüft werden, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip im Vordergrund stehen dürfte, oder aber – bei keiner oder nicht ausreichender Regelung – der Geschädigte sich auf eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips berufen.¹⁴⁶ Denn nach der hier vertre-

¹⁴⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 166; vgl. auch GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 54, zu den Argumenten, welche gegen eine unbesehene Übernahme der privatrechtlichen Widerrechtlichkeitskonzeption sprechen.

¹⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 34 zu § 62.

¹⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 34 zu § 62.

¹⁴³ Vgl. hierzu auch etwa EPINEY, BSK, N 40 f. zu Art. 5 BV; FAJNOR, S. 61 f.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 45; SCHWEGLER, Nr. 12; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 19; vgl. zum Legalitätsprinzip Kap. 2/2/I.

¹⁴⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 34 zu § 62.

¹⁴⁵ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1627; vgl. hierzu den ersten und zweiten Teil dieser Arbeit.

¹⁴⁶ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1627; vgl. auch RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 37 f., welcher sich zwar für eine lückenlose Prüfung des Handlungsunrechts ausspricht, Widerrechtlichkeit aber nicht als Gesetzeswidrigkeit verstehen will, weil zum einen das staatliche Handeln nicht immer ausreichend gesetzlich geregelt ist und dies zum andern für den Geschädigten prozessuale Nachteile hätte;

tenen Meinung sollte im Staatshaftungsrecht im Rahmen von Grundrechtseingriffen auch die Verletzung von rechtsstaatlichen Grundsätzen Widerrechtlichkeit begründen.¹⁴⁷

Tatsächlich war die Amtspflichtgemässheit und damit das Handlungsunrecht im Staatshaftungsrecht ursprünglich ein zentrales Kriterium zur Beurteilung der Widerrechtlichkeit. In der frühen bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde ausschliesslich auf eine objektive Normwidrigkeit, also ein Verhaltensunrecht abgestellt.¹⁴⁸ Erst später hat sie sich der privatrechtlichen Rechtsprechung angenähert und insbesondere die Konzeption des Erfolgsunrechts übernommen.¹⁴⁹ Und selbst heute prüft das Bundesgericht zumindest im Rahmen finaler Schädigungen auch bei Verletzung eines absoluten Rechtsguts allfällige Rechtfertigungsgründe, insbesondere jenen der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt, womit es ebenfalls beurteilt, ob der Beamte amtspflichtgemäss bzw. sorgfältig gehandelt hat.¹⁵⁰

Erscheint die Ansicht doch bereits im Privatrecht gerechtfertigt, bei der Widerrechtlichkeit ginge es stets um eine Verletzung von Verhaltenspflichten, also um ein Verhaltensunrecht,¹⁵¹ gilt dies erst recht fürs öffentliche Recht, speziell für den sicherheitspolizeilichen Bereich.¹⁵²

zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III, zum Legalitätsprinzip Kap. 2/2/I.

¹⁴⁷ Vgl. etwa GROSS, Staatshaftung, S. 238 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1622 und 1627; POLTIER, S. 53 mit Verweis auf BGE 133 III 323 ff. (330), E. 5.1; 118 Ib 473 ff. (476), E. 3b.

¹⁴⁸ BGE 113 Ib 420 ff. (423), E. 2; 109 II 123 ff. (124), E. 2a; 107 Ib 5 ff. (7), E. 2; 106 Ib 357 ff. (360), E. 2b; 95 III 83 ff. (91), E. 6c; 93 II 170 ff. (183), E. 9; GROSS, Staatshaftung, S. 170 m.w.H.; KUHN, S. 175 ff. m.w.H.; ROBERTO, Nr. 17.07; zur Praxis des Bundesgerichts zur Widerrechtlichkeit und der diesbezüglichen Bedeutung des Handlungsunrechts vgl. auch HÄNNI, Untätigkeit, S. 338 ff.; SOBOTICH, S. 62 ff. m.w.H.

¹⁴⁹ Die Rechtsprechungsänderung erfolgte bereits in BGE 113 Ib 420 ff. (423), E. 2 und wurde etwa in BGE 118 Ib 473 ff. (476), E. 2b; 116 Ib 367 ff. (373 f.), E. 4b und insbesondere BGE 123 II 577 ff. (581 f.), E. 4d.bb bestätigt; vgl. hierzu GROSS, Staatshaftung, S. 170; KUHN, S. 178 ff. m.w.H.; POLTIER, S. 49; ROBERTO, Nr. 17.08; SOBOTICH, S. 70 f. m.w.H.

¹⁵⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 171; WERRO, Staatshaftung, S. 131; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 50 f.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5.

¹⁵¹ FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 483 ff. und 492 f.; FELLMANN, Arzthaftung, S. 234 m.w.H.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 335 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 zu § 6; PORTMANN, S. 275 und 277; SCHWENZER, Nr. 50.29; VERDE, Widerrechtlichkeit, insbes. Nr. 16 und 36 ff. m.w.H.; VERDE, Schutznormen, Nr. 331 ff. m.w.H.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung,

3. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen sicherheitspolizeilicher Realakte

A) Theorie der Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen

Der mit der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie verbundene dogmatische Disput, ob denn ein Erfolgsunrecht allein die Widerrechtlichkeit zu begründen vermag oder nicht eher immer an ein Verhaltensunrecht angeknüpft werden muss, bezieht sich hauptsächlich auf Situationen, in denen der Staat bzw. seine Angestellten aktiv tätig werden und so Schaden verursachen. Ist dagegen eine Unterlassung zu beurteilen, so kann die Theorie vom Erfolgsrecht nach herrschender Ansicht keine Anwendung finden und das **Verhaltensunrecht** rückt in den Vordergrund, fehlt es doch an einer allgemeinen Pflicht (des Staates), im Interesse von anderen bzw. der Bürger aktiv zu werden.¹⁵³ Verpflichtet die Rechtsordnung den Staat nicht zu einem Handeln, so wird er durch seine Untätigkeit auch dann nicht schadenersatzpflichtig, wenn sie zur Schädigung eines absoluten Rechtsgutes kausal ist.¹⁵⁴

Gemäss Bundesgericht muss denn auch immer an einer **Amtspflichtverletzung** angeknüpft werden können, soll der Staat aufgrund einer Unterlassung schadenersatzpflichtig werden.¹⁵⁵ Seine Haftpflicht ist in diesen Fällen also nur dann gerechtfertigt, wenn er eine Garantenpflicht verletzt hat. Diese wiederum muss

S. 366 ff.

¹⁵² Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1627; vgl. auch RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 35 ff., welcher ebenfalls der Ansicht ist, das Handlungsunrecht müsse durchgehend geprüft werden, hierzu aber nach einer eingehenden Prüfung der Variante, Widerrechtlichkeit als Gesetzeswidrigkeit zu verstehen, den Rechtfertigungsgrund des rechtmässigen Amtshandelns auf nicht-finale Schädigungen ausdehnen will; vgl. auch ROBERTO, Nr. 17.08 f.

¹⁵³ BGE 123 II 577 ff. (583), E. 4d. ff.; 118 Ib 473 ff. (476), E. 2b; 116 Ib 367 ff. (374), E. 4c; Urteil des BGer 2A.402/2000 vom 23. August 2001, E. 2c; vgl. auch FAJNOR, S. 52; FAVRE, Naturgefahren, S. 5; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 50; GYGI, Widerrechtlichkeit, S. 424 ff.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432 m.w.H.; HÄNNI, Untätigkeit, S. 339 ff.; HÄNNI/MAHAIN, S. 148; MAYHALL, S. 228; MOOR/POLTIER, S. 864 m.w.H.; POLTIER, S. 58 f.; PORTMANN, S. 276; SOBOTICH, S. 72 m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 189; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 40 zu § 62; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 24; WERRO, Staatshaftung, S. 132; WICHTERMANN, Nr. 75.

¹⁵⁴ HÄNNI/MAHAIN, S. 148; HUNOLD, Nr. 35; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 40 zu § 62.

¹⁵⁵ BGE 123 II 577 ff. (583), E. 4d. ff.

sich aus einer gesetzlichen Bestimmung ergeben, welche die Natur und Reichweite dieser Garantenpflicht definiert.¹⁵⁶

Aus diesen Aussagen des Bundesgerichts leitet die Lehre drei **Voraussetzungen** ab: Zum Ersten braucht es eine Schutznorm, welche zum Zweiten eine Garantenstellung des Staates für die geschädigte Person vorsieht. Zum Dritten muss die Handlungspflicht, welche sich aus dieser Schutznorm bzw. der Garantenstellung ergibt, verletzt worden sein.¹⁵⁷ Dies geschieht entweder, indem ein einzelner Beamter einer seiner Amtspflichten oder aber der Staat einer Schutzpflicht nicht nachkommt.¹⁵⁸ Diese Voraussetzungen sollen im nächsten Kapitel in Bezug auf den sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich näher betrachtet werden.

B) Missachtung des sicherheitspolizeilichen Schutzauftrages als staatshaftungsrelevante Unterlassung

Neben der Vernachlässigung von staatlichen Aufsichtspflichten sowie Rechtsverzögerung und Untätigkeit staatlicher Institutionen, insbesondere Gerichten,¹⁵⁹ ist die Missachtung des sicherheitspolizeilichen Schutzauftrages im Staatshaftungsrecht ein zentraler Anwendungsfall von widerrechtlichen Unterlassungen.¹⁶⁰

Erste entscheidende Frage ist dabei jeweils, woraus sich entsprechende **Schutznormen** ergeben können. Diese finden sich grds. in der gesamten Rechtsordnung – sowohl in den Gesetzen, wie auch in allgemeinen Rechtsgrundsätzen,

¹⁵⁶ BGE 123 II 577 ff. (583), E. 4d. ff.

¹⁵⁷ BREHM, N 56b f. zu Art. 41 OR; FAVRE, Naturgefahren, S. 6; FISCHER, N 103 ff. zu Art. 41 OR m.w.H.; HÄNNI/MAHAIN, S. 148; vgl. auch BGE 133 V 14 ff. (19), E. 8.1; 123 II 577 ff. (583), E. 4d. ff.; 116 Ib 367 ff. (374), E. 4c; 115 II 15 ff. (19), E. 3b; GROSS, Staatshaftung, S. 175; GUCKELBERGER, S. 181; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 433; HÄNNI, Untätigkeit, S. 342; HUNOLD, Nr. 35; JAAG, système général, S. 32; MAYHALL, S. 228; MOOR/POLTIER, S. 863 f.; RYTER, Nr. 29.103 ff.; SOBOTICH, S. 72 f. m.w.H.; SUTTER, Staatshaftung, S. 40; SUTTER, Naturgefahren, S. 189; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 40 zu § 62; WERRO, Staatshaftung, S. 133; WICHTERMANN, Nr. 75 f.

¹⁵⁸ GROSS/PRIBNOW, Nr. 37 mit Verweis auf BGE 123 II 577 ff. (580 ff.), E. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2249 m.w.H., etwa auf BGE 133 V 14 ff. (19 f.), E. 8; vgl. auch JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 98.

¹⁵⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 183 m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; zur Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung vgl. ausführlich HÄNNI, Untätigkeit, S. 337 ff., insbesondere zur mangelhaften Staatsaufsicht S. 344 ff.; zur Staatshaftung bei der Verletzung von Aufsichtspflichten vgl. ganz allgemein die Diss. von MAYHALL sowie WÜRMLI, Finanzmarktaufsicht.

¹⁶⁰ HÄNNI/MAHAIN, S. 148; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.38; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 39 zu § 62.

nach der hier vertretenen Auffassung insbesondere auch bei den Verfassungsbestimmungen zu den Grundrechten.¹⁶¹ Auf relevante Schutznormen im sicherheitspolizeilichen Bereich soll im nächsten Kapitel näher eingegangen werden.¹⁶² Entscheidend ist, den Schutzzweck der jeweiligen Norm zu eruieren.¹⁶³ Wer soll durch die Norm geschützt werden, wessen Interessen stehen im Vordergrund? Und welche Rechtsgüter werden davon erfasst – lediglich Leib und Leben, die öffentliche Sicherheit generell oder gar etwa das Vermögen?

Gehört die geschädigte Person bzw. deren verletzte Rechtsgüter im konkreten Fall zum Schutzbereich einer solchen Schutznorm, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob tatsächlich der Staat, genauer ein sicherheitspolizeilicher Akteur zuständig war, um gegen die Gefahr Massnahmen zu ergreifen, ob er also eine **Garantenstellung** hatte.¹⁶⁴ Diese Frage zu beantworten dürfte nicht immer einfach sein, sind doch zum einen die sicherheitspolizeilichen Aufgaben des Staates nicht abschliessend normiert und werden gerade in letzter Zeit vermehrt ausgeweitet, zum andern erscheint die Kompetenzverteilung im sicherheitspolizeilichen Bereich unüberschaubar, was die Ermittlung der allenfalls haftpflichtigen staatlichen Stelle erschwert.¹⁶⁵

Eine solche Schutznorm und daraus abgeleitete Garantenstellung reichen aber noch nicht aus: Das Gemeinwesen muss die daraus fliessenden **Handlungspflichten** durch seine Untätigkeit tatsächlich **verletzt** haben, damit Widerrechtlichkeit vorliegt.¹⁶⁶ Wann dies der Fall ist, kann nicht allgemein gesagt werden.¹⁶⁷ Der Staat ist nämlich nicht zu sämtlichen erdenklichen Massnahmen verpflichtet, welche einen Schaden verhindern könnten.¹⁶⁸ Er muss nur diejenigen ergreifen, welche ihm ausdrückliche Normen klar vorschreiben oder welche allgemein als zumutbar und zweckmässig erscheinen.¹⁶⁹

¹⁶¹ GROSS, Staatshaftung, S. 176 m.w.H.; JAAG, Revision, S. 22 und 60; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 40 zu § 62; BGE 116 Ib 367 ff. (374), E. 4c; 115 II 15 ff. (20), E. 3c je m.w.H.; vgl. auch VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 40 m.w.H.; VERDE, Schutznormen, Nr. 416 ff. m.w.H.

¹⁶² Vgl. Kap. 3/3/IV/4.

¹⁶³ FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 482 f.; GROSS, Staatshaftung, S. 176 ff.; HÄNNI/MAHAIN, S. 149; vgl. auch VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 41 m.w.H.

¹⁶⁴ HÄNNI/MAHAIN, S. 149.

¹⁶⁵ Vgl. Kap. 1/2/IV, insbes. Kap. 1/2/IV/2/C und 1/2/IV/5.

¹⁶⁶ HÄNNI/MAHAIN, S. 149.

¹⁶⁷ HÄNNI/MAHAIN, S. 149; MOOR/POLTIER, S. 864.

¹⁶⁸ HÄNNI/MAHAIN, S. 149; POLTIER, S. 58; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 41 zu § 62; WICHTERMANN, Nr. 76.

¹⁶⁹ HÄNNI/MAHAIN, S. 149; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 41 zu § 62.

Im sicherheitspolizeilichen Bereich ist eine Haftung des Staats insbesondere dann begründet, wenn seine Angestellten eine erkennbare Gefahr nicht bemerken, falsch beurteilen, überhaupt nicht beachten oder die nötigen und zumutbaren Schutzvorkehrungen nicht vornehmen, um einen Schaden abzuwehren.¹⁷⁰ Diesbezüglich ist zu bedenken, dass den Sicherheitskräften in Bezug auf ihre Interventionen ein gewisser **Ermessensspielraum** zukommt. Grundsätzlich erlaubt ihnen etwa das Opportunitätsprinzip, bei mangelnden Ressourcen und gleichzeitig auftretenden Gefahren Prioritäten zu setzen.¹⁷¹ Beispielsweise ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wenn sich die Frage stellt, ob die Polizei bei Ausschreitungen oder Demonstrationen eingreifen muss.¹⁷² Hierbei wird dahingegen argumentiert, die Ressourcen der Polizei seien in personeller und sachlicher Hinsicht beschränkt, weshalb es ihr nicht möglich sei, etwa jede unbewilligte Demonstration mit verhältnismässigen Massnahmen aufzulösen.¹⁷³ Solange vertretbare Entscheidungen gefällt werden, welche nicht auf unsachlichen Gründen beruhen und dem Ziel des Einsatzes, für Sicherheit zu sorgen, nicht widersprechen, handle die Polizei nicht widerrechtlich, weshalb kein Schadenersatz geschuldet sei.¹⁷⁴ An dieser Stelle soll aber noch einmal betont werden, dass das Opportunitätsprinzip nicht dazu dienen darf, dass sich die Sicherheitsbehörden ihrer Verpflichtung entziehen.¹⁷⁵ Eine Prioritätensetzung und damit ein Nicht- bzw. erst verspätetes Eingreifen der Polizei ist einzig bei Vorliegen objektiver, gewichtiger Gründe zulässig.¹⁷⁶

C) Zumutbare Sorgfalt als zentrales Kriterium

WERRO hält mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, entgegen der theoretisch vertretenen Ansicht prüfe das Bundesgericht in der Praxis kaum je das Vorliegen und den Umfang einer Garantenstellung, sondern stelle fest, ob der Schädiger die **notwendigen und zumutbaren Vorsichtsmassnahmen**

¹⁷⁰ FAVRE, Naturgefahren, S. 6 und 13 ff. m.w.H.; HÄNNI/MAHAIN, S. 149; vgl. auch etwa BGE 120 Ib 411 ff. (414), E. 4b.

¹⁷¹ Vgl. zum Opportunitätsprinzip Kap. 2/2/III/3; vgl. auch etwa SUTTER, Staatshaftung, S. 41.

¹⁷² Urteil des Obergerichts Zürich vom 1. November 1984, E. 5a (ZBI 1985, S. 220 ff.).

¹⁷³ Urteil des Obergerichts Zürich vom 1. November 1984, E. 5b (ZBI 1985, S. 220 ff.).

¹⁷⁴ Urteil des Obergerichts Zürich vom 1. November 1984, E. 5i (ZBI 1985, S. 220 ff.); vgl. zum Rechtsfolge- und Tatbestandsermessens auch etwa FAJNOR, S. 37 ff. m.w.H.

¹⁷⁵ RAUBER, S. 86; REINHARD, S. 171; vgl. auch FAVRE, enjeux, S. 18 und 20.

¹⁷⁶ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 69 f.; SUTTER, Staatshaftung, S. 41; vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 14.

men getroffen, mit anderen Worten die erforderliche Sorgfalt aufgewendet habe.¹⁷⁷ Seiner Meinung nach ist dies nicht zu beanstanden, sei es doch die zentrale Frage, welche **Sorgfalt** dem Staat zumutbar war, welche Massnahmen, die geeignet gewesen wären, einen voraussehbaren Schaden zu verhindern, vernünftigerweise hätten von ihm verlangt werden dürfen.¹⁷⁸ Diese Beurteilung hätten die Gerichte im Einzelfall vorzunehmen, wobei insbesondere Faktoren wie die Bedeutung der Gefahr sowie die mit den Massnahmen verbundenen Kosten zu berücksichtigen seien.¹⁷⁹ Zu Recht insistiert WERRO in diesem Punkt darauf, dass die Gerichte beim Staat keinen milderen Massstab ansetzen dürfen als bei Privatpersonen.¹⁸⁰

4. Normverstoss als zentrales Kriterium der Widerrechtlichkeit

A) Einleitung

Dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Widerrechtlichkeit mit ihrer Unterscheidung von Erfolgs- und Handlungsunrecht nach der hier vertretenen Ansicht nicht überzeugt und im Staatshaftungsrecht nicht aufrecht erhalten werden sollte, wurde bereits dargelegt.¹⁸¹

Ein weiteres Argument hierfür betrifft die unterschiedliche Handhabung des Widerrechtlichkeitsbegriffs bei Handlungen und Unterlassungen: Indem bei Handlungen auf ein Erfolgsunrecht abgestützt, bei Unterlassungen hingegen eine Schutznorm, daraus fliessende Garantenstellung und die Verletzung der entsprechenden Handlungspflicht verlangt wird, ist es für den Staat in gewissen Situationen die bessere Entscheidung, auf eine Gefahr überhaupt nicht zu reagieren, als seinen Aufgaben gemäss einzugreifen und so allenfalls Schaden zu verursachen.¹⁸² Es wäre demnach zu begrüssen, die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit in Bezug auf Handlungen und Unterlassungen gleich zu handhaben.¹⁸³ Ohnehin ist deren Unterscheidung nicht immer einfach.¹⁸⁴

¹⁷⁷ WERRO, Staatshaftung, S. 133 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2A.402/2000 vom 23. August 2001, E. 3c; BGE 130 I 337 ff. (342), E. 5.1.2; 116 Ib 367 ff. (374 f.), E. 5.

¹⁷⁸ WERRO, Staatshaftung, S. 133; vgl. auch WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 366 ff.

¹⁷⁹ WERRO, Staatshaftung, S. 133.

¹⁸⁰ WERRO, Staatshaftung, S. 133 f.

¹⁸¹ Auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1627, will im Polizeirecht einzig auf ein Verhaltensunrecht abstützen.

¹⁸² Vgl. hierzu auch RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 23 ff., insbes. Nr. 27.

¹⁸³ POLTIER, S. 61; vgl. auch MOOR/POLTIER, S. 859; RÜTSCHKE, Staatshaftung,

Verabschiedet man sich von der aktuellen bundesgerichtlichen Praxis zum Widerrechtlichkeitsbegriff und verzichtet auf das Erfolgsunrecht, kommt man wieder zur ursprünglichen Umschreibung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, wonach ein schädigendes Verhalten widerrechtlich ist, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung, also **gegen eine Norm verstösst**.¹⁸⁵ Diese Normen finden sich grds. in der **gesamten Rechtsordnung**: Im geschriebenen und ungeschriebenen Recht, sowohl in den Gesetzen, als auch in allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere bei den Verfassungsbestimmungen zu den Grundrechten.¹⁸⁶ Letzteres, dass im Gegensatz zum Privatrecht im öffentlichen Recht auch **Grundrechte** bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit zu berücksichtigen sind, ist dabei ein entscheidender Punkt.¹⁸⁷

Sowohl bei Handlungen als auch um Unterlassungen geht es schliesslich um dieselbe entscheidende Frage: Hat der Staat gegen eine Norm verstossen, welche die geschädigte Person vor den Schädigungen der eingetretenen Art an den konkret betroffenen Rechtsgütern schützen wollte?¹⁸⁸

Im Sinne einer Zusammenfassung der bisher gefassten Erkenntnisse seien die möglichen Quellen solcher Normen im sicherheitspolizeilichen Bereich in den

Nr. 27.

¹⁸⁴ POLTIER, S. 60.

¹⁸⁵ BGE 113 Ib 420 ff. (423), E. 2; 109 II 123 ff. (124), E. 2a; 107 Ib 5 ff. (7), E. 2; 106 Ib 357 ff. (360), E. 2b; 95 III 83 ff. (91), E. 6c; 93 II 170 ff. (183), E. 9; vgl. auch jeweils den ersten Teil der Formulierung in BGE 120 II 331 ff. (335), E. 4; 119 II 127 ff. (128), E. 3; 118 Ib 473 ff. (476), E. 2b; 117 II 315 (317), E. 4d; vgl. BREHM, N 33c zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 9 zu § 6; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 278 m.w.H.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 105; KUHN, S. 173 m.w.H.; MÜLLER, Handkommentar, N 43 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 42 zu § 4; POLTIER, S. 47 und 53; REY, Nr. 670 ff.; RYTER, Nr. 29.91; SCHWENZER, Nr. 50.04; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 6; WERRO, responsabilité, Nr. 297.

¹⁸⁶ FAJNOR, S. 13; GROSS, Staatshaftung, S. 176 m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 26 ff. zu § 4; JAAG, Revision, S. 60; RYTER, Nr. 29.83 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 40 zu § 62; BGE 116 Ib 367 ff. (374), E. 4c; 115 II 15 ff. (20), E. 3c je m.w.H.; vgl. auch VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 40 m.w.H.; VERDE, Schutznormen, Nr. 416 ff. m.w.H.

¹⁸⁷ Vgl. etwa GROSS, Staatshaftung, S. 238; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 105 m.w.H.; JAAG, Revision, S. 60; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1622 und 1627; POLTIER, S. 53 mit Verweis auf BGE 133 III 323 ff. (330), E. 5.1; 118 Ib 473 ff. (476), E. 3b.

¹⁸⁸ Vgl. DESCHENAUX/TERCIER, N 24 ff. zu § 6; FAJNOR, S. 13; FELLMANN, Widerrechtlichkeit, S. 482 f.; GROSS, Staatshaftung, S. 176 ff.; HÄNNI/MAHAIN, S. 149; vgl. auch etwa JAAG, Revision, S. 61 f.

nächsten beiden Kapiteln – getrennt für die Handlungen (Kap. 3/3/IV/4/B) sowie Unterlassungen (Kap. 3/3/IV/4/C) – noch einmal zusammengefasst. In Frage kommen primär ausdrückliche, geschriebene Normen, die kleine sowie Polizeiliche Generalklausel und die Grundrechte. Da die ersten, die Befugnisnormen, bei den Handlungen, die zweiten, die Generalklauseln, hingegen bei den Unterlassungen im Vordergrund stehen, werden sie jeweils nur im entsprechend einschlägigen Kapitel behandelt (Kap. 3/3/IV/4/B/a und 3/3/IV/4/C/b). Da die Grundrechte hingegen für beide Tätigkeitsformen, allerdings auf etwas unterschiedliche Weise, relevant sind, werden sie in beiden Kapiteln thematisiert (Kap. 3/3/IV/4/B/b und 3/3/IV/4/C/c). Aufgrund deren besonderer Bedeutung für den sicherheitspolizeilichen Bereich, wird abschliessend im Sinne eines Exkurses der Frage nachgegangen, ob die Widerrechtlichkeit im sicherheitspolizeilichen Bereich nicht generell als Verstoss gegen die Pflicht, Grundrechte nicht zu verletzen, aufgefasst werden könnte (Kap. 3/3/IV/4/D).

B) Normverstoss bei Handlungen

a) Befugnisnormen

Als erstes kann der Verstoss gegen ausdrückliche, **geschriebene Normen**, welche dem Staat bzw. seinen Beamten ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, staatshaftungsrelevante Widerrechtlichkeit begründen. Es handelt sich dabei insbesondere um die im ersten Teil dieser Arbeit angesprochenen **Befugnisnormen**, welche (vorwiegend) in den kantonalen Polizeigesetzen,¹⁸⁹ des Weiteren aber auch in zahlreichen anderen Spezialgesetzen zu finden sind.¹⁹⁰ Insbesondere auf Bundesebene, auf welcher ein einheitlicher Polizeierlass fehlt, gibt es ein (unübersichtliches) Geflecht von unzähligen Normen,¹⁹¹ welche sicherheitspolizeiliche Befugnisse – und damit verbunden auch (Schutz-)Pflichten – beinhalten.

Bei diesen Befugnisnormen ist etwa an die Bestimmungen der Polizeigesetze zur Anwendung polizeilichen Zwangs zu denken. Beispielsweise darf die Kantonspolizei des Kantons Aargau, wenn «Angehörige der Polizei oder andere Personen mit einem gefährlichen Angriff unmittelbar bedroht oder gefährlich angegriffen werden» und «andere verfügbare Mittel nicht ausreichen, in einer den Umständen angemessenen Weise von der Schuss- oder einer anderen Waffe Gebrauch machen».¹⁹² Greift ein Polizist zur Waffe, obwohl andere, mildere Mittel zur Verfügung ständen oder obwohl keine konkrete Gefahr vorliegt, so handelt er widerrechtlich und der Staat wird für allfällige Schäden haftbar.

¹⁸⁹ GAMMA, S. 42 f.; RAUBER, S. 68; REINHARD, S. 207.

¹⁹⁰ Vgl. auch SCHWEGLER, Nr. 64; SOBOTICH, S. 113.

¹⁹¹ Vgl. bereits RITTER, S. 97 ff.

¹⁹² § 46 Abs. 1 lit. a PolG AG.

Was in der Theorie einfach klingt, ist in der Praxis relativ komplex und bedarf einiger Anmerkungen: Als erstes ist zu bedenken, dass diese Normen oft sehr offen formuliert, **unpräzise** sind.¹⁹³ Wann sind «Angehörige der Polizei oder andere Personen mit einem gefährlichen Angriff unmittelbar bedroht»? Anhand von was entscheidet sich, ob «andere verfügbare Mittel nicht ausreichen»? Und wie macht man «in einer den Umständen angemessenen Weise von der Schuss- oder einer anderen Waffe Gebrauch»? Geht es um rein formelle oder prozessuale Vorschriften, etwa um die maximal zulässige Dauer des Polizeigewahrsams, kann deren Verletzung noch relativ problemlos beurteilt werden.¹⁹⁴ In den meisten anderen Fällen, in denen über die materielle Rechtmässigkeit befunden werden muss, erweist sich ein Urteil als deutlich komplexer, geht es doch schliesslich darum, die Ermessensausübung der sicherheitspolizeilichen Behörden zu kontrollieren.¹⁹⁵

In gewissen Fällen werden solch offene Normen in blossen Verwaltungsvorschriften oder **Dienstreglementen** konkretisiert.¹⁹⁶ In diesen Ausnahmefällen kann sich die Widerrechtlichkeit auch aus diesen komplementären Bestimmungen ergeben – vorausgesetzt, sie stimmen mit dem Gesetz überein.¹⁹⁷ Dies ist insofern problematisch, als viele dieser Bestimmungen gar nicht publiziert sind.¹⁹⁸ Zudem fehlt ihnen der Rechtssatzcharakter, weshalb sie als interne Amtspflichten grds. nur zur Begründung einer Sorgfaltswidrigkeit im Sinne eines Verschuldens, nicht aber zur Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden sollten.¹⁹⁹

Gerade auch wegen dieser Problematik dürfen diese geschriebenen Normen, deren Verletzung im sicherheitspolizeilichen Bereich widerrechtlichkeitsbegründend sein könnte, grds. nicht als individuelle Verhaltenspflichten einzelner Beamter verstanden werden, sondern als **Organisationspflichten** des Staates.²⁰⁰ Auch wenn der Staat schliesslich mittels seines Beamten handelt und so mit

¹⁹³ POLTIER, S. 53; vgl. hierzu ausführlich etwa Kap. 1/3/IV und 1/3/VII.

¹⁹⁴ MANFRINI, S. 217.

¹⁹⁵ MANFRINI, S. 217.

¹⁹⁶ MANFRINI, S. 217; POLTIER, S. 53.

¹⁹⁷ JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 106; JAAG, Revision, S. 61; MANFRINI, S. 217; POLTIER, S. 53; BGE 115 IV 162 ff. (164 f.), E. 2a; 111 IV 113 ff. (116), E. 4; 100 Ib 13 ff. (16), E. 4 ff.; 94 IV 5 ff. (7), E. 1; Urteil des BGer 2C_869/2008 vom 20. November 2009, insbes. E. 5.5; vgl. etwa KUHN, S. 189 ff. m.w.H., welcher wohl noch viel weitergehend eine Widerrechtlichkeit aus Verletzung von Dienstvorschriften bejaht.

¹⁹⁸ MANFRINI, S. 217.

¹⁹⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 232 f. m.w.H.

²⁰⁰ Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 232 und POLTIER, S. 52 zur deutschen Amtshaftung.

Dritten in Kontakt tritt, muss der Fokus doch auf der Pflicht der Gemeinschaft und nicht des Einzelnen liegen.²⁰¹ Insbesondere im Anwendungsbereich der Kausalhaftungen darf es nicht um irgendein Amtsverschulden gehen, um die Verletzung einer konkreten Amtspflicht, sondern um das Funktionieren oder eben Versagen des Staates als Organisation.²⁰²

b) Grundrechte

Wie bereits ausgeführt wurde, ist es ursprünglicher Zweck der Grundrechte, die Bürger vor staatlichen Eingriffen zu schützen, weshalb sie auch gewisse Verhaltensanweisungen an die sicherheitspolizeilichen Behörden enthalten.²⁰³ Der Staat muss sich also **aktiven Grundrechtsverletzungen** enthalten, darf etwa nicht derart heftige Gewalt gegenüber einem Ausschaffungshäftling anwenden, sodass dieser geschädigt wird oder gar an den Folgen stirbt.²⁰⁴

In Bezug auf die nach wie vor vom Bundesgericht vertretene Widerrechtlichkeitstheorie mit der Unterscheidung in Erfolgs- und Verhaltensunrecht ist anzumerken, dass nur wenige Grundrechte absoluten Schutz vermitteln und entsprechend zu einem **Erfolgsunrecht** führen können, so insbesondere die persönliche Freiheit, speziell der Teilgehalt der körperlichen Integrität, sowie die Eigentumsgarantie.²⁰⁵ Die anderen Grundrechte gelten nicht als absolute Rechte. Allerdings entspricht deren Verletzung, welche dem Staat untersagt ist, einer Normverletzung und führt entsprechend zu einem Handlungsunrecht.²⁰⁶ Anderes

²⁰¹ POLTIER, S. 52.

²⁰² Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 232 und POLTIER, S. 52 mit Verweis auf die deutsche Amtshaftung; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.6; vgl. hierzu auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 52; WERRO, Staatshaftung, S. 131, 139 f. und 142; Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003, E. 5.1.3; vgl. bereits Kap. 3/1/III.

²⁰³ Vgl. Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 2 BV; BESSON, S. 49 ff. und 70; BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 35 BV; EGLI, 2012, S. 196; GROSS, Staatshaftung, S. 245; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 256 ff.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432; HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 30; KELLER/BÜRЛИ, S. 1149 m.w.H.; KOLLER/SCHINDLER, S. 279; LEUTERT, S. 71 ff.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 127 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 82 m.w.H.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 30; MÜLLER/SCHEFER, etwa S. 74 ff.; REINHARD, S. 202; SCHÄRMELI, S. 52; SCHEFER, S. 1134; SCHWEGLER, Nr. 10; SCHWEIZER, SGK, N 13 zu Art. 35 BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6 m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 ff. zu § 7; BGE 126 II 300 ff. (314), E. 5a; vgl. zu den staatlichen Schutzpflichten ausführlich PÉTERMANN, zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen insbes. S. 31 ff.; vgl. bereits Kap. 2/3, insbes. Kap. 2/3/I. LANDOLT, S. 381.

²⁰⁵ GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 375.

²⁰⁶ RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 375 f. und S. 62 zur Natur von Art. 35 BV; vgl. auch GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431; JAAG, Revision, S. 22

gilt einzig für das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot sowie das Willkürverbot, da diese keine bestimmten Individualgüter schützen.²⁰⁷

Nach der hier vertretenen Ansicht ist aber ohnehin einzig von einem **Handlungsunrecht** auszugehen, folglich immer eine Grundrechtsverletzung und nicht bloss -einschränkung nötig, um eine Widerrechtlichkeit bejahen zu können. In diesem Sinne können die Grundrechte alsdann als weitere mögliche Normen betrachtet werden, deren Verletzung Widerrechtlichkeit zu bewirken vermag.²⁰⁸

Ist ein schädigender sicherheitspolizeilicher Realakt zu beurteilen und wurde nicht klarerweise gegen eine Gesetzes- oder teilweise gegen eine Verordnungsbestimmung verstossen, muss folglich immer geprüft werden, ob dieser ein Grundrecht der betroffenen Person tangiert hat.²⁰⁹ Als erstes muss also der **Schutzbereich** des entsprechenden Grundrechts ermittelt werden: Bezweckt es gerade die Abwehr von schädigenden Handlungen der vorgenommenen Art?

Ist der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen, so muss eine Prüfung nach **Art. 36 BV** erfolgen. Der Realakt hat also durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig zu sein, den Kerngehalt des Grundrechts zu wahren, sowie insbesondere über eine genügende gesetzliche Grundlage zu verfügen.²¹⁰ Kommt man zum Schluss, die sicherheitspolizeiliche Handlung habe zu einem ungerechtfertigten Eingriff in ein Grundrecht, also einer Grundrechtsverletzung geführt, ist deren Widerrechtlichkeit zu bejahen und der Staat bei Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen zu einer Entschädigung zu verpflichten.

C) Normverstoss bei Unterlassungen

a) Generalklauseln

aa) Kleine und polizeiliche Generalklauseln

Speziell bei Unterlassungen kommen auch die bereits erwähnten «**kleinen Generalklauseln**» der kantonalen Polizeigesetze als Normen in Betracht, deren Verletzung staatshaftungsbegründende Widerrechtlichkeit auszulösen ver-

und 60; MAYHALL, S. 240.

²⁰⁷ RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 376.

²⁰⁸ Vgl. RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 375 f.; vgl. auch etwa MAYHALL, S. 240; SCHWEIZER, SGK, N 33 zu Art. 35 BV.

²⁰⁹ Vgl. auch RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 376; zu den Grundrechten als Schranke sicherheitspolizeilichen Handelns vgl. bereits Kap. 2/3.

²¹⁰ Vgl. EPINEY, BSK, N 29 ff. zu Art. 36 BV; GAMMA, S. 38; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 302 ff.; vgl. auch GUSY, Nr. 168 ff.; SCHAUB, S. 461; zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen vgl. Kap. 2/2.

mag.²¹¹ Diese sehen vor, dass die Polizei «im Einzelfall auch ohne besondere gesetzliche Grundlage» gewisse Massnahmen treffen kann bzw. muss.²¹² Bei der Formulierung lehnen sich zwar gewisse Kantone an die Voraussetzungen des Bundesgerichts zur eigentlichen polizeilichen Generalklausel an und fordern etwa, dass die Massnahmen zur Abwehr erheblicher oder ernster Gefahren notwendig sein müssen.²¹³ Die meisten lassen es allerdings genügen, dass die Gefährdung bzw. Störung unmittelbar ist.²¹⁴ Zudem fordern die kantonalen Bestimmungen nicht eine Gefährdung für fundamentale Rechtsgüter, sondern geben sich mit beliebigen Gütern «der öffentlichen Sicherheit und Ordnung», sowie teilweise generell mit Bedrohungen für Mensch, Tier, Umwelt, ja gar für Gegenstände zufrieden.²¹⁵

Diese Normen entsprechen also nicht der eigentlichen polizeilichen Generalklausel mit ihren restriktiven Voraussetzungen, sondern sind eben eine Art «kleine Generalklausel», welche auch ungeschrieben gelten würde.²¹⁶ Sie dienen als Grundlage für die allgemeine, alltägliche Abwehr von Gefahren und werden teilweise auch so, als «Allgemeine Ermächtigung zur Gefahrenabwehr»,²¹⁷ bezeichnet.²¹⁸ Angesichts der grds. uneingeschränkten Geltung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht dürfen solche Klauseln aber nur als Grundlage für Massnahmen herangezogen werden, welche zu keinen schweren Beeinträchtigungen der Rechte Privater führen.²¹⁹ Kommt es hingegen zu einem schweren Eingriff in die Rechte der Betroffenen, bedarf die Massnahme einer formell-gesetzlichen Grundlage oder muss den strengen Voraussetzungen der «grossen polizeilichen Generalklausel» genügen.²²⁰

Unter restriktiven Voraussetzungen können Ermächtigungs- und Befugnisnorm nämlich in der **polizeilichen Generalklausel** zusammenfallen und sich das sicherheitspolizeiliche Handeln direkt auf diese stützen.²²¹ Auch diese kommt sodann als Norm in Betracht, deren Verletzung unter Umständen staatshaftungsbegründende Widerrechtlichkeit zu bewirken vermag. Normalerweise wird sie

²¹¹ Vgl. hierzu bereits Kap. 2/2/I/4/C.

²¹² § 5 PolG ZG.

²¹³ Art. 22 PolG BE; Art. 7 PolG GR; § 5 PolG ZG.

²¹⁴ § 9 PolG BS; § 26 PolG SO.

²¹⁵ Anstelle vieler vgl. § 25 Abs. 2 PolG AG; § 9 PolG BS; Art. 8 PolG GL.

²¹⁶ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11; unpräzis somit etwa die Formulierung bei LIENHARD/HÄSLER, Nr. 58; zu Recht kritisch KAUFMANN/WALTI, S. 67.

²¹⁷ § 26 PolG SO.

²¹⁸ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11.

²¹⁹ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11.

²²⁰ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 11; vgl. auch KAUFMANN/WALTI, S. 67.

²²¹ GAMMA, S. 43 f.; RAUBER, S. 68; SCHWEGLER, Nr. 64; SOBOTICH, S. 113; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, Nr. 4 Fn. 6; vgl. hierzu bereits Kap. 2/2/I/4/B.

nur thematisiert, wenn es darum geht, eine Grundlage für einen freiheitsbeschränkenden Eingriff des Staates zu finden.²²² Sie kann aber wie die «kleinen Generalklauseln» ebenso als Grundlage für eine Schutzpflicht, also ein Tätigwerden, herangezogen werden.²²³ Auch dies muss aber angesichts des Legalitätsprinzips absolute Ausnahme bleiben und die restriktiven Voraussetzungen des Bundesgerichts erfüllen.²²⁴

Sowohl bei der kleinen wie auch bei der echten polizeilichen Generalklausel geht es im Endeffekt darum, eine Grundlage für die sogenannt **polizeigüterrechtlichen Schutzpflichten** zu haben.

bb) Polizeigüterrechtliche Schutzpflichten

Die Bürger haben aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols mit wenigen Ausnahmen kein Recht mehr, selbst Gewalt auszuüben – sie haben dieses Recht zur Sicherung des Bürgerfriedens an den Staat abgetreten.²²⁵ Entsprechend ist die **Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit** gemäss Art. 2 BV, wie im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt wurde, eine zentrale, ja gar originäre und primäre Staatsaufgabe.²²⁶ Dazu gehört insbesondere ein über den zivilrechtlichen Rechtsschutz hinausreichenden Schutz der polizeilichen Schutzgüter.²²⁷ Dieser Schutz wird in Form der Gefahrenabwehr umgesetzt.²²⁸ Wie bereits aufgezeigt wurde, beinhaltet dies nicht nur die Befugnis sicherheitspolizeilicher Behörden, Gefahrenabwehrmassnahmen zu ergreifen, sondern auch die Pflicht, zum Schutz dieser Güter tätig zu werden.²²⁹

²²² GROSS, Staatshaftung, S. 341.

²²³ GROSS, Staatshaftung, S. 341.

²²⁴ Vgl. hierzu bereits Kap. 2/2/I/4/B und etwa EGLI, 2012, S. 197; GAMMA, S. 43; GYGI, Polizeibegriff, S. 242; REINHARD, S. 74 und 207 f.; SCHWEGLER, Nr. 13.

²²⁵ Vgl. zum staatlichen Gewaltmonopol etwa GAMMA, S. 50 ff. m.w.H.; LEUTERT, S. 77 m.w.H.

²²⁶ Vgl. bereits die Einleitung und ausführlich Kap. 1/2; vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 244 und 341; HÄNNI/MAHAIN, S. 145; MANFRINI, S. 205; SCHWEIZER, SGK, N 5 zu Art. 57.

²²⁷ BERICHT SIPOL 2010, S. 5205; DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 28; EICHENBERGER, aBV-Kommentar, N 153 und Fn. 101 zu Art. 102 aBV; FAVRE, 100 ans, S. 267; GROSS, Staatshaftung, S. 243 und 341 f.; HÄNNI/MAHAIN, S. 145; HÜRLIMANN, S. 38; REINHARD, S. 68; RUCH, äussere und innere Sicherheit, Nr. 4; RUCH, Regulierungsfragen, S. 387; SALADIN, S. 344; SCHWEGLER, Nr. 2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 und 14 ff. zu § 54; vgl. ausführlich Kap. 1/2/II/2/B/b und 1/2/II/2/C.

²²⁸ HÄNNI/MAHAIN, S. 145; SOBOTICH, S. 21 m.w.H.

²²⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 243 m.w.H. und 341 f.; LEUTERT, S. 81 m.w.H.

Auf staatliche Unterlassungen bezogen bedeutet dies, dass der Staat und insbesondere die sicherheitspolizeilichen Behörden in gewissem Umfang eine **Garantenstellung** haben, Gefahren für diese polizeilichen Schutzgüter abzuwehren.²³⁰ Verletzen sie die daraus fliessenden Handlungspflichten, wird der Staat für allfällige Schädigungen haftbar.²³¹

Da Art. 2 BV aber nicht als Grundlage für unmittelbare Schutzansprüche der Bürger und somit auch nicht für eine (finanzielle) Verantwortlichkeit des Staates angesehen werden kann, müssen diese polizeigüterrechtlichen Schutzpflichten soweit als möglich im Polizeirecht von Bund und Kantonen **normiert** werden.²³² In absoluten Ausnahmefällen kann aber, wie aufgezeigt wurde, die polizeiliche Generalklausel sowohl als Befugnisnorm, als auch als Grundlage für die Begründung der Widerrechtlichkeit dienen.²³³

b) Grundrechte

aa) Grundrechte als Schutznorm

Teilweise den polizeigüterrechtlichen Schutzpflichten des Staates entsprechend, teilweise darüber hinausgehend, folgen auch aus den Grundrechten gewisse Ansprüche auf sicherheitspolizeiliche Massnahmen.²³⁴ Denn wie bereits ausgeführt wurde, schützen Grundrechte nach heutigem Verständnis vor staatlichen Eingriffen, begründen aber auch Schutzrechte der Bürger gegenüber dem Staat.²³⁵ Der Staat muss also auch **passive Grundrechtsverletzungen** unterlassen. Mit anderen Worten ist er verpflichtet, Massnahmen zum Schutz der Grundrechte der Bürger vor Gefahren zu ergreifen – egal, ob letztere von Dritten, von der Na-

²³⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 244.

²³¹ GROSS, Staatshaftung, S. 244 und 342; SOBOTICH, S. 113 f.

²³² GROSS, Staatshaftung, S. 244.

²³³ GROSS, Staatshaftung, S. 341 f.

²³⁴ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 245; LEUTERT, S. 71 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 ff. zu § 7.

²³⁵ Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 2 BV; BESSON, S. 49 ff. und 70; BIAGGINI, BV, N 4 zu Art. 35 BV; EGLI, 2012, S. 196; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 256 ff.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432; HENSLER, Schusswaffengebrauch, S. 30; KELLER/BÜRLI, S. 1149 m.w.H.; KOLLER/SCHINDLER, S. 279; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 127 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 82 m.w.H.; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 30; MÜLLER/SCHEFER, etwa S. 74 ff.; REINHARD, S. 202; SCHÄRMELI, S. 52; SCHEFER, S. 1134; SCHWEGLER, Nr. 10; SCHWEIZER, SGK, N 13 zu Art. 35 BV; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 6 m.w.H.; SUTTER, Naturgefahren, S. 178; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 ff. zu § 7; BGE 126 II 300 ff. (314), E. 5a; vgl. zu den staatlichen Schutzpflichten ausführlich PÉTERMANN, zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen insbes. S. 31 ff.; vgl. bereits Kap. 2/3, insbes. Kap. 2/3/I.

tur oder unter Umständen gar vom betroffenen Grundrechtsträger selbst ausgehen.²³⁶

Schutzrechte der Bürger gegenüber dem Staat, verstanden als Verbot, Grundrechte zu verletzen, bzw. Pflicht, sie zu verwirklichen, können nicht nur Art. 35 BV entnommen, sondern werden teilweise auch aus spezifischen Grundrechten abgeleitet.²³⁷ Wie bereits ausgeführt wurde,²³⁸ muss nach hier vertretener Ansicht, wonach das Handlungsunrecht in den Vordergrund zu rücken ist, immer eine Grundrechtsverletzung und nicht bloss -einschränkung vorliegen, um eine Widerrechtlichkeit bejahen zu können.

Ist also ein schädigender sicherheitspolizeilicher Realakt in Form einer Unterlassung auf seine Widerrechtlichkeit bzw. Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, und ergibt sich nicht aus einer Befugnisnorm oder Generalklausel eine staatliche Handlungspflicht, kann auch an der Grundrechtskonformität der Unterlassung angeknüpft werden. Als erstes muss wiederum der **Schutzbereich** des entsprechenden Grundrechts ermittelt werden: Bezweckt es gerade, die betroffenen Rechtsgüter vor Schädigungen der eingetretenen Art zu schützen?

Ist der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen, so muss wie bei Schädigungen durch eine staatliche Handlung eine Prüfung nach **Art. 36 BV** erfolgen. Der Unterschied zu den Handlungen ist nun aber, dass der Staat, etwa der sicherheitspolizeiliche Akteur, die Schädigung bei Unterlassungen nicht unmittelbar selbst bewirkt. Ihm werden vielmehr **Schädigungen**, die durch nicht oder mangelhaft abgewehrte Gefahren entstanden sind, **zugerechnet** – egal, ob als unmittelbarer Schädiger Dritte, die Natur oder unter Umständen gar der Grundrechtsträger selbst involviert ist. Bleibt der Staat trotz Bestehen einer Schutzpflicht untätig, so ist in erster Linie er es, der die Grundrechte der bedrohten Person beeinträchtigt, nicht etwa der private Störer.²³⁹

²³⁶ BESSON, S. 62 f.; vgl. auch BOTSCHAFT BV, S. 192 f.; HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432; LANDOLT, S. 381; LEUTERT, S. 71 ff., insbes. S. 76; SOBOTICH, S. 17 ff. m.w.H.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 72 und 77 zu § 7; zur Definition der Schutzpflichten vgl. PÉTERMANN, S. 41 ff.

²³⁷ BESSON, S. 70 ff. insbes. S. 74 f.; BIAGGINI, BV, N 7 zu Art. 35 BV; KELLER/BÜRLI, S. 1149 f.; LANDOLT, S. 381 und Fn. 17; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 zu § 7; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, S. 290 je m.w.H.; vgl. hierzu auch KAUFMANN/WALTI, S. 78 ff.; RHINOW/SCHEFER, Nr. 1173; SCHEFER, S. 1133 f.; für Beispiele zu Schutzpflichten aus internationalen Menschenrechtspakten vgl. etwa HÄNNI, Schutzpflichten, S. 433 ff., für Beispiele aus der schweizerischen Rechtsprechung S. 437 ff.

²³⁸ Vgl. Kap. 3/3/IV/4/B/b und 3/3/IV/4/C/b.

²³⁹ TSCHANNEN, Staatsrecht, N 72 zu § 7.

Als zweites ist die Zuständigkeit bzw. die Garantenstellung der konkreten Behörde, für uns also der sicherheitspolizeilichen Behörde, zu überprüfen (Kap. 3/3/IV/4/C/b/bb) und als drittes zu beurteilen, ob der sicherheitspolizeiliche Akteur tatsächlich eine daraus fließende Handlungspflicht verletzt hat (Kap. 3/3/IV/4/C/b/cc).

bb) Eingeschränkte Garantenstellung der Sicherheitsbehörden im Grundrechtsschutz

Wird durch eine sicherheitspolizeiliche Unterlassung der Schutzbereich eines Grundrechts tangiert, muss als zweites die Garantenstellung der sicherheitspolizeilichen Behörde überprüft, mit anderen Worten gefragt werden, ob tatsächlich sie zuständig gewesen wäre, gegen die Grundrechtsverletzung Massnahmen zu ergreifen. Denn nicht immer, wenn ein Grundrecht staatliche Tätigkeit verlangt, ist auch tatsächlich ein sicherheitspolizeilicher Akteur zuständig. Selbstverständlich gibt es mehrere Güter, welche nicht nur Schutzobjekt der Grundrechte, sondern auch des Polizeirechts sind.²⁴⁰ Der Grundrechtsschutz reicht aber weiter: Zum einen beinhaltet er mehr Güter als nur die sicherheitspolizeilichen, so etwa auch die sozialen Grundrechte.²⁴¹ Zum andern wird der Grundrechtsschutz durch die verschiedensten staatlichen Stellen und die unterschiedlichsten staatlichen Massnahmen umgesetzt, ist also nicht nur Aufgabe der sicherheitspolizeilichen Behörden.²⁴²

Zum Verhältnis von polizeigüterrechtlichen Schutzpflichten sowie Schutzpflichten, die aus den Grundrechten folgen, kann folglich angemerkt werden, dass nicht alle Grundrechte in vollem Umfang vom Sicherheitsbegriff erfasst werden und entsprechend von den sicherheitspolizeilichen Akteuren zu schützen sind.²⁴³ Die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates reichen also weiter, als die Pflichten aus dem sicherheitspolizeilichen Schutzauftrag.

In Bezug auf die Beurteilung der Widerrechtlichkeit sicherheitspolizeilicher Unterlassungen bedeutet dies Folgendes: Allenfalls sind in Bezug auf eine Schädigung grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, also das Vorliegen einer Schutznorm, zu bejahen. In einem zweiten Schritt, bei der Beurteilung der daraus fließenden Garantenstellung, ergibt sich aber unter Umständen, dass der entsprechende Schutzauftrag nicht in den Kompetenzbereich der sicherheitspolizeilichen, sondern einer anderen Behörde fällt. Der Staat wird in dieser Situation

²⁴⁰ MOHLER, Vernetzung, Nr. 23.

²⁴¹ MOHLER, Vernetzung, Nr. 25; vgl. auch Kap. 1/1/III/2 und 1/1/III/4/B/a zum (materiellen und sicherheitspolizeilichen) Polizeibegriff, Kap. 1/2/II/2/C zu den sicherheitspolizeilichen Schutzgütern und Kap. 2/3 zu den Grundrechten.

²⁴² MOHLER, Vernetzung, Nr. 28; vgl. auch etwa Kap. 1/1/III zum Polizeibegriff.

²⁴³ MOHLER, Vernetzung, Nr. 23.

also möglicherweise haftbar, nicht aber aufgrund eines sicherheitspolizeilichen Realaktes.

cc) Eingeschränkte Handlungspflichten der Sicherheitsbehörden im Grundrechtsschutz

Wie bereits ausgeführt wurde, reichen eine Schutznorm und daraus abgeleitete Garantienstellung noch nicht aus, damit die Widerrechtlichkeit einer Unterlassung bejaht werden kann: Der Staat muss die daraus fließenden Handlungspflichten durch seine Untätigkeit tatsächlich verletzt haben.²⁴⁴ Er und insbesondere die sicherheitspolizeilichen Akteure sind nämlich nicht zu sämtlichen erdenklichen Massnahmen verpflichtet, welche einen Schaden verhindern könnten.²⁴⁵ Sie müssen nur diejenigen ergreifen, welche ihnen ausdrückliche Normen klar vorschreiben oder welche allgemein als **zumutbar und zweckmässig** erscheinen.²⁴⁶

Zweierlei ist dabei in Bezug auf grundrechtliche Schutzpflichten zu bedenken: Zum einen können zwar aus der Verfassung gewisse Schutzpflichten abgeleitet werden.²⁴⁷ Diese sind aber regelmässig **nicht konkret** genug, um als klare Verhaltensanweisung aufgefasst werden zu können, was die Beurteilung einer allfälligen Handlungspflicht schwierig macht.²⁴⁸

Zum andern ist zu bedenken, dass diese positiven Schutzpflichten auch eine Kehrseite haben:²⁴⁹ Denn wie bereits festgestellt wurde, geht das Bundesgericht und Teile der Lehre bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten von einem weiten Anwendungsbereich der Polizeilichen Generalklausel aus.²⁵⁰ Positive Schutzpflichten können also zum einen die eigentlich notwendige **gesetzliche Grundlage** für Eingriffe in Grundrechte Dritter ersetzen.²⁵¹ Zum andern ist es auch vorstellbar, dass aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten der Bund **ohne explizite Kompetenzbestimmung** tätig wird, womit gestützt auf die Grundrechte

²⁴⁴ HÄNNI/MAHAIN, S. 149.

²⁴⁵ HÄNNI/MAHAIN, S. 149; POLTIER, S. 58; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 41 zu § 62; WICHTERMANN, Nr. 76.

²⁴⁶ HÄNNI/MAHAIN, S. 149; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 41 zu § 62.

²⁴⁷ LANDOLT, S. 381 m.w.H.

²⁴⁸ LANDOLT, S. 382 m.w.H.

²⁴⁹ Vgl. bereits Kap. 2/3/I/2; vgl. auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 83.

²⁵⁰ Vgl. Kap. 2/2/I/4/B; vgl. auch HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432.

²⁵¹ HÄNNI, Schutzpflichten, S. 432 m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, Nr. 83 m.w.H.; LIENHARD, innere Sicherheit, S. 128 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 70 ff., insbes. N 73 zu § 7.

gleich zwei wesentliche Grundsätze unserer Rechtsordnung verletzt würden – eine Paradoxie.²⁵²

Dies bedingt, dass die grundrechtlichen Schutzpflichten **beschränkt** und hierzu an klare Voraussetzungen gebunden werden, wie sie zuvor bereits dargelegt wurden.²⁵³ Aus diesen Voraussetzungen folgt, dass nur dann von einer Schutzpflicht ausgegangen werden kann, wenn eine schwere Verletzung fundamentaler Rechtsgütern droht, die vergleichbar oder gar höher zu gewichten sind als diejenigen, welche durch die Schutzmassnahmen verletzt würden.²⁵⁴ Mit anderen Worten müssen Massnahmen, welche sich auf grundrechtliche Schutzpflichten stützen, ihrerseits grundrechtskonform sein, müssen also die Rechte Dritter respektieren.²⁵⁵ So muss etwa trotz gegebenen Voraussetzungen auf den Einsatz einer Schusswaffe verzichtet werden, wenn dadurch mit grosser Wahrscheinlichkeit Dritte verletzt werden könnten.²⁵⁶

Bei einer (Weiter-)Entwicklung positiver grundrechtlicher Schutzpflichten sollten sich Lehre und Rechtsprechung entsprechend eine gewisse **Zurückhaltung** auferlegen, wäre es doch Aufgabe des Gesetzgebers, den Rahmen der staatlichen, insbesondere sicherheitspolizeilichen Tätigkeit festzulegen.²⁵⁷ Ohnehin können die meisten sicherheitspolizeilichen Handlungspflichten heute wohl direkt aus dem Polizeirecht abgeleitet werden.²⁵⁸

D) Exkurs: Widerrechtlichkeit als Grundrechtsverletzung

Wie zu Beginn dieses Kapitels festgehalten wurde, ist es ein entscheidender **Unterschied zum Privatrecht**, dass im öffentlichen Recht auch **Grundrechte**, welche bestimmte individuelle Rechtsgüter bzw. Interessen schützen, bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit einer Schädigung zu berücksichtigen sind.²⁵⁹

²⁵² LIENHARD/HÄSLER, Nr. 83.

²⁵³ Vgl. Kap. 2/3/I/2; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, N 73 zu § 7, welcher es als heikel empfindet, die Notwendigkeit staatlicher Interventionen aus grundrechtlichen Schutzpflichten herzuleiten, die Eingriffsgrundlage dagegen in den einschlägigen Polizeigesetzen oder – bei deren Fehlens – in der polizeilichen Generalklausel sucht.

²⁵⁴ KELLER/BÜRLI, S. 1150; vgl. auch BGE 119 Ia 28 ff. (31), E. 2; BESSON, S. 76.

²⁵⁵ KÄLIN/KIENER, S. 40; vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1629, wonach die Rechtfertigung einer Intervention mittels Interessenabwägung überprüft werden muss.

²⁵⁶ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1629.

²⁵⁷ BGE 126 II 300 ff. (315), E. 5b; MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, Nr. 59 f.; SUTTER, Naturgefahren, S. 179; vgl. zum Stufenmodell Kap. 1/2/III.

²⁵⁸ LIENHARD/HÄSLER, Nr. 84; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 73 zu § 7.

²⁵⁹ Vgl. etwa GROSS, Staatshaftung, S. 238; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 105 m.w.H.; JAAG, Revision, S. 60; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1622 und 1627; POL-

Anders ausgedrückt gibt es im öffentlichen Recht mehr Güter und Interessen, die geschützt werden und deren Verletzung Widerrechtlichkeit begründen kann, als im Privatrecht.²⁶⁰

Dies entspricht dem bereits einleitend Ausgeführten,²⁶¹ wonach die Staatshaftung nicht eine reine Entschädigungspflicht ist, sondern eine **Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben**.²⁶² Es geht also nicht um die Schadensbegleichung zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten,²⁶³ sondern um eine bestimmte Form von Rechtsschutz, welche insbesondere irreversible (schädigende) Eingriffe in Grundrechte durch finanzielle Wiedergutmachung ausgleichen will.²⁶⁴ Die Staatshaftung hat damit eine rechtsstaatlich-grundrechtsbezogene Funktion und erscheint «als Spiegelbild der primären Abwehr der Grundrechtsverletzung».²⁶⁵

Ist ein schädigender sicherheitspolizeilicher Realakt zu beurteilen – sei es eine Handlung oder Unterlassung – und wurde nicht klarerweise gegen eine Gesetzes- oder teilweise gegen eine Verordnungsbestimmung verstossen, muss folglich immer noch geprüft werden, ob dieser in unzulässiger Weise ein Grundrecht der betroffenen Person tangiert hat. Ist der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen, so muss eine **Prüfung nach Art. 36 BV** erfolgen. Das schädigende Ereignis hat also durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig zu sein, den Kerngehalt des Grundrechts zu wahren, sowie insbesondere über eine genügende gesetzliche Grundlage zu verfügen.²⁶⁶

Geht es um eine sicherheitspolizeiliche Handlung, muss diese selbst nach Art. 36 BV beurteilt werden. Geht es dagegen um eine sicherheitspolizeiliche Unterlassung, ist das Augenmerk auf die Schädigung zu legen, die durch nicht oder mangelhaft abgewehrte Gefahren seitens Dritter, der Natur oder gar des

TIER, S. 53 mit Verweis auf BGE 133 III 323 ff. (330), E. 5.1; 118 Ib 473 ff. (476), E. 3b.

²⁶⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 238.

²⁶¹ Kap. 3/1/II.

²⁶² GROSS, Staatshaftung, S. 134; SUTTER, Naturgefahren, S. 179; in diesem Sinne wohl auch PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.1.

²⁶³ Der Schadenausgleich kann indes wohl als primäre Funktion des privatrechtlichen Haftpflichtrechts bezeichnet werden (SCHLÜCHTER, S. 8 f.).

²⁶⁴ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 134; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 54; MOOR/POLTIER, S. 884; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 128 f.; SCHAUB, S. 461 f.

²⁶⁵ GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1430 ff.

²⁶⁶ Vgl. EPINEY, BSK, N 29 ff. zu Art. 36 BV; GAMMA, S. 38; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 302 ff.; vgl. auch GUSY, Nr. 168 ff.; SCHAUB, S. 461; zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen vgl. Kap. 2/2.

Grundrechtsträgers selbst entstanden ist und dem Staat zugerechnet wird. Nach der Prüfung von Art. 36 BV hat bei Unterlassungen zudem eine Analyse der Garantstellung und der tatsächlichen Handlungspflicht des sicherheitspolizeilichen Akteurs zu folgen.

Kommt man zum Schluss, der sicherheitspolizeiliche Realakt habe zu einem ungerechtfertigten Eingriff in ein Grundrecht, also einer Grundrechtseinschränkung geführt, ist dessen Widerrechtlichkeit zu bejahen und der Staat bei Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen zu einer Entschädigung zu verpflichten.

Dieses Vorgehen, die Frage nach der Widerrechtlichkeit im Staatshaftungsrecht nach dem Prüfschema von Art. 36 BV auszurichten, hat diverse Vorteile: Zum Ersten erübrigt sich die **fragliche Unterscheidung in Erfolgs- und Verhaltensunrecht**, wird doch in jedem Fall danach gefragt, ob gegen ein Verhaltensgebot oder -verbot verstossen wurde. Damit würde den Schwierigkeiten der Gerichtspraxis entgegen gewirkt, welche sich seit der Annäherung an die privatrechtliche Konzeption ergeben haben.²⁶⁷

Zum Zweiten ist bei diesem Vorgehen **keine Prüfung von Rechtfertigungsgründen**, insbesondere des amtspflichtgemässen Handelns, mehr nötig, fliesst dies doch bereits in die Beurteilung der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit ein. Mit anderen Worten führt eine Grundrechtsverletzung zu einer unwiderlegbaren Widerrechtlichkeitsvermutung.²⁶⁸

Zum Dritten könnte insbesondere den Besonderheiten der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit besser Rechnung getragen werden, da beispielsweise im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung auch das **Opportunitäts- und Störerprinzip** berücksichtigt werden.²⁶⁹

Bereits FAJNOR vertrat eine **ähnliche Theorie** und bejahte die Widerrechtlichkeit eines schädigenden Staatsaktes immer dann, wenn der Staat objektiv gesehen keine Rechtfertigung hatte, in die Rechtssphäre des Geschädigten einzugreifen.²⁷⁰ Ob eine Rechtfertigung vorlag, wollte er nach dem gleichen Schema prüfen, welches auch für die Eingriffe in die Freiheitsrechte gilt.²⁷¹

²⁶⁷ ROBERTO, Nr. 17.08 f.

²⁶⁸ LANDOLT, S. 394 m.w.H., insbesondere auf GROSS, Staatshaftung, S. 180, sowie RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 376, welche Rechtfertigungsgründe aber nicht ausdrücklich ausschliessen.

²⁶⁹ Zum Störerprinzip vgl. Kap. 2/2/III/2, zum Opportunitätsprinzip Kap. 2/2/III/3.

²⁷⁰ FAJNOR, S. 44 ff.

²⁷¹ FAJNOR, S. 46 mit Verweis auf WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 342 f. und 344 f.

Durchaus überzeugend erscheint an der Idee von FAJNOR, dass er die Staatshaftung als Konsequenz des Verbotes sieht, ohne überwiegende öffentliche Interessen oder aber in deren mangelhafter Umsetzung hoheitlich in die Rechte der Bürger einzugreifen.²⁷² An dieser Stelle ist indes zu betonen, dass der Staat notwendigerweise das Recht hat, zur Erfüllung seiner Aufgaben die Rechtssphären seiner Bürger zu tangieren.²⁷³ Verletzt er dabei aber bestimmte Grundrechte, bzw. in diesem Zusammenhang rechtsstaatliche Grundsätze, soll er für allenfalls entstandenen Schaden haften.²⁷⁴

In diesem Zusammenhang erstaunt die Kritik von GROSS an der Theorie von FAJNOR. Demnach seien die rechtsstaatlichen Grundsätze von Art. 36 BV, insbesondere das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, in erster Linie auf finales Staatshandeln ausgerichtet. Realakte hingegen, welche bei der Staatshaftung im Vordergrund stehen, würden sich diesen in der Regel entziehen.²⁷⁵ In den ersten beiden Teilen dieser Arbeit wurde verschiedentlich aufgezeigt, dass gerade im Bereich des faktischen Staatshandelns eben jene Grundsätze von eminenter Bedeutung sind.²⁷⁶

5. Rechtfertigung

A) Rechtfertigungsgründe im sicherheitspolizeilichen Bereich

Wie bereits ausgeführt wurde, bekennt sich das Bundesgericht auch im Bereich der Staatshaftung grds. zur objektiven Widerrechtlichkeitstheorie. Bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes folgt es dabei einem zweistufigen Vorgehen: In einem ersten Schritt stellt es fest, dass die Verletzung per se die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung bewirkt, mithin ein Erfolgsunrecht vorliegt. In einem zweiten Schritt prüft es dann aber Rechtfertigungsgründe, um doch noch das massgebliche Verhalten beurteilen und eine Rechtswidrigkeit allenfalls ausschliessen zu können.

²⁷² FAJNOR, S. 46 mit Verweis auf WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 342 f. und 344 f.

²⁷³ Vgl. auch GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 52 f.

²⁷⁴ Vgl. auch GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 52.

²⁷⁵ GROSS, Staatshaftung, S. 173.

²⁷⁶ Vgl. zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen Kap. 2/2.

Im sicherheitspolizeilichen Bereich stehen vor allem zwei Rechtfertigungsgründe im Vordergrund: Zum einen die **Notwehr** bzw. der **Notstand**, welche im Haftpflichtrecht ganz allgemein gelten.²⁷⁷

Zum andern die **rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt**, wonach ein staatlicher Realakt gerechtfertigt ist, wenn der eingetretene Schaden entweder als beabsichtigter, vom Gesetz vorgesehener Sinn und Zweck oder dann als unvermeidbare Nebenfolge der staatlichen Aufgabenerfüllung erscheint.²⁷⁸ Letzteres bedeutet, dass der Staat gezwungen ist, schädigend tätig zu werden, will er seinen Aufgaben nachkommen, dass die Schädigung also unumgänglich mit der Durchsetzung des Gesetzes einhergeht.²⁷⁹ Rechtfertigend wirkt dies allerdings nur, wenn die schädigenden Massnahmen **ordnungsgemäss** vorgenommen wurden, speziell den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips und dabei insbesondere des Störerprinzips genügen.²⁸⁰ Des Weiteren ist der Rechtfertigungsgrund gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf **finale Schädigungen** begrenzt.²⁸¹ Ist die amtliche Tätigkeit an sich rechtmässig, die Schädigung allerdings vom Gesetz nicht gewollte Nebenfolge und somit nicht-final, so wird letztere nicht gerechtfertigt.²⁸²

²⁷⁷ DESCHENAUX/TERCIER, N 38 ff. zu § 6; FISCHER, N 129 zu Art. 41 OR und N 1 ff. zu Art. 52 OR; GROSS, Vergleich, S. 141 f. m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 2 ff. zu § 5; JAAG, Revision, S. 66; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1630; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 36 zu § 62; vgl. hierzu auch etwa KELLER/GABI/GABI, S. 55 f.; REY, Nr. 776 ff.; ROBERTO, Nr. 04.124 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 354 ff.

²⁷⁸ GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 51; GROSS, Vergleich, S. 140 f. m.w.H.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 50; GUCKELBERGER, S. 181 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2250; HUNOLD, Nr. 34; JAAG, système général, S. 33; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 130 ff.; JAAG, Revision, S. 64; MANFRINI, S. 212; MEYER, S. 720; MOOR/POLTIER, S. 860; POLTIER, S. 55; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 38 zu § 62; BGE 123 II 577 ff. (586), E. 4i; zu Recht kritisch bzgl. des Rechtfertigungsgrundes der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt GYGI, Staatshaftung, S. 229 f.

²⁷⁹ BGE 123 II 577 ff. (586), E. 4i; vgl. auch GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 51.
²⁸⁰ FISCHER, N 117 zu Art. 41 OR m.w.H.; GUCKELBERGER, S. 182 m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2250; HUNOLD, Nr. 34; JAAG, système général, S. 33; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 131 und 140; JAAG, Revision, S. 64 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1629; MOOR/POLTIER, S. 860; POLTIER, S. 55; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.41; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 38 zu § 62; WICHTERMANN, Nr. 79; vgl. auch etwa Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.2; vgl. Kap. 2/2/III, insbes. Kap. 2/2/III/2.

²⁸¹ RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 6 f. mit Verweis auf BGE 123 II 577 ff. (586), E. 4i; vgl. auch etwa RYTER, Nr. 29.114.

²⁸² GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 51; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2250; JAAG,

Würden die Gerichte auf diese Begrenzung verzichten und **auch nicht-finale Schädigungen** in den Anwendungsbereich des Rechtfertigungsgrundes mit einschliessen, so müssten sie in jedem Fall prüfen, ob der Staat dem Gesetz entsprechend gehandelt hat, womit die Staatshaftung in sämtlichen Fällen durch ein Handlungsrecht bedingt wäre.²⁸³ Die aktuelle Praxis zum Widerrechtlichkeitsbegriff des Staatshaftungsrechts kritisierend fordert deshalb RÜTSCHÉ eben dies, den Rechtfertigungsgrund des rechtmässigen Amtshandelns auf nicht-finale Schädigungen zu erweitern, um sich so von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie und dem Erfolgsunrecht verabschieden und das **Handlungsunrecht** in den Mittelpunkt stellen zu können.²⁸⁴

Wie zuvor bereits ausgeführt wurde, wäre eine Hinwendung zum Handlungsunrecht im Staatshaftungsrecht nach der hier vertretenen Auffassung durchaus zu begrüssen. An sich ist es auf den ersten Blick ebenso einleuchtend, dass Schädigungen, welche im Rahmen staatlicher Tätigkeiten entstehen, die rechtmässig sind, ebenso rechtmässig sein sollten.²⁸⁵ Auf das Handeln des Staates, insbesondere auf den sicherheitspolizeilichen Bereich, der aufgrund der Macht der einzelnen Beamten ein grosses Missbrauchspotential aufweist, sollte allerdings ein nuancierter und kritischer zweiter Blick geworfen werden:

Nimmt die Polizei einen mutmasslichen Terroristen in Gewahrsam oder überwältigt sie unter Einsatz von Zwangsmitteln den Entführer eines Kindes, so können gewisse Schädigungen des Störers vermutlich nicht vermieden werden und müssen gerechtfertigt sein.²⁸⁶ Schlagen die Polizisten in den gleichen Fällen aber auf den Terroristen ein, obwohl er sich nicht gegen die Festnahme wehrt, oder schädigen beim Überwältigen des Entführers gleichzeitig eine völlig unbeteiligte Drittperson, so dürfen diese Schädigungen nicht rechtmässig sein, sondern müssen entsprechende (finanzielle) Konsequenzen haben.²⁸⁷

Diese Überlegungen sind mit der Ansicht von RÜTSCHÉ aber durchaus zu vereinbaren, wenn man bedenkt, dass schädigende Massnahmen immer ordnungsgemäss vorgenommen werden, speziell den Anforderungen des Verhältnismäs-

Bundesverwaltungsrecht, Nr. 131; MEYER, S. 720; POLTIER, S. 56; SUTTER, Naturgefahren, S. 190; hierzu auch FAJNOR, S. 49 ff.; Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.2.

²⁸³ RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 6.

²⁸⁴ RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 39 ff., insbes. Nr. 44; kritisch ebenso POLTIER, S. 56, welcher auch auf die Schwierigkeit hinweist, finale von nicht-finalen Schädigungen zu unterscheiden.

²⁸⁵ Vgl. OFTINGER/STARK, II/3, N 265 zu § 32.

²⁸⁶ Vgl. OFTINGER/STARK, II/3, N 266 zu § 32.

²⁸⁷ Vgl. OFTINGER/STARK, II/3, N 266 zu § 32; vgl. auch etwa JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 136 und 141.

sigkeitsprinzips genügen müssen, damit überhaupt ein Rechtfertigungsgrund in Frage kommt, ansonsten es sich ja gar nicht um eine «rechtmässige» Ausübung öffentlicher Gewalt handelt.²⁸⁸ Erneut scheint sich die Frage nach der Widerrechtlichkeit oder Rechtmässigkeit einer sicherheitspolizeilichen Handlung also in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu entscheiden.²⁸⁹

B) Rechtfertigungsgründe im Rahmen einer Widerrechtlichkeitsprüfung nach Art. 36 BV

Diese Diskussion und die Prüfung der Rechtfertigungsgründe erübrigt sich, wenn man der Widerrechtlichkeitskonzeption folgt, wie sie zuvor skizziert wurde. Vereinfacht gesagt wird diesfalls jeder schädigende Realakt einer Prüfung nach Art. 36 BV unterzogen. Insbesondere die Prüfung des amtspflichtgemässen Handelns fliesst so bereits in die Beurteilung der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit ein und muss nicht mehr separat betrachtet werden.²⁹⁰ Denn eine Grundrechtsverletzung führt zu einer unwiderlegbaren Widerrechtlichkeitsvermutung.²⁹¹ Wie bereits gesagt wurde, kann die Ausübung öffentlicher Gewalt bzw. das amtspflichtgemässe Handeln ohnehin nur rechtfertigend wirken, wenn es «rechtmässig» erfolgt ist, also den Kerngehalt der Grundrechte respektiert, sich eben auf eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse stützen kann sowie verhältnismässig erscheint.²⁹²

Im Endeffekt kommt man mit einer Theorie, welche Widerrechtlichkeit im sicherheitspolizeilichen Tätigkeitsbereich hauptsächlich als Grundrechtsverletzung versteht, folglich einer standardmässigen Prüfung von Art. 36 BV, zu einem ähnlichen Ergebnis wie RÜTSCHKE, welcher den Rechtfertigungsgrund des rechtmässigen Amtshandelns auf sämtliche Schädigungen erweitern möchte.²⁹³

²⁸⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2250; HUNOLD, Nr. 34; JAAG, système général, S. 33; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 131 und 140; POLTIER, S. 55; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.41; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 38 zu § 62; vgl. auch etwa Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.2.

²⁸⁹ Zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

²⁹⁰ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 234 und GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 52, welcher bemerkt, dass die Prüfung des Rechtfertigungsgrundes eine Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erfordert, welche jener ähnlich ist, die auch bei Eingriffen in Grundrechte vorzunehmen ist; zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen vgl. Kap. 2/2.

²⁹¹ LANDOLT, S. 394 m.w.H., insbesondere auf GROSS, Staatshaftung, S. 180, sowie RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 376, welche Rechtfertigungsgründe aber nicht ausdrücklich ausschliessen.

²⁹² GROSS, Staatshaftung, S. 234; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 52; POLTIER, S. 55.

²⁹³ Vgl. RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 39 ff., insbes. Nr. 44; vgl. auch GROSS, Staats-

Beide Vorgehen bezwecken, das Handlungsunrecht in den Mittelpunkt stellen zu können. Bei der Konzeption von RÜTSCHKE bleibt es allerdings dabei, dass grds. nur Beeinträchtigungen absolut geschützter Rechtsgüter, in erster Linie also Personenschäden, eine Haftung begründen, ausser es läge eine Schutznorm vor, die den Geschädigten bzw. sein Rechtsgut vor Schäden der eingetretenen Art schützen will. Zudem unterscheiden sich die beiden Theorien in Bezug auf die Frage nach der Beweislastverteilung.

C) Differenzierte Beurteilung der Verantwortung des Staates und des Beamten

Insbesondere im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen sollte nach der hier vertretenen Auffassung die Frage, ob ein sicherheitspolizeilicher Beamter auf eine bestimmte Art und Weise handeln durfte und allenfalls persönlich zur Verantwortung gezogen werden muss, von der Frage getrennt werden, ob der Staat aufgrund seiner Handlung oder Unterlassung Entschädigung schuldet:

Entwenden beispielsweise Polizisten das Fahrzeug eines Dritten, um eine Person zu verfolgen, welche mutmasslich ein Delikt begehen will, so sind die **Beamten** selbst auf der einen Seite nicht individuell zu verfolgen und zu bestrafen, sofern sie von ihren Notrechten Gebrauch gemacht und somit rechtmässig gehandelt haben.²⁹⁴

Bei der Frage nach einer **staatlichen Entschädigung** auf der anderen Seite soll dies allerdings keine Rolle spielen, insbesondere, da einzig aus dem öffentlichen Recht, nicht aber etwa aus den Notrechten eine Eingriffsgrundlage für die sicherheitspolizeilichen Behörden abgeleitet werden kann.²⁹⁵ Insbesondere die Rechtfertigungsgründe des Strafrechts nach Art. 32 ff. StGB stellen keine Befugnisnormen dar.²⁹⁶ Sie sprechen sich lediglich über die Strafbar- bzw. Straflosigkeit einer Handlung, nicht aber über deren verwaltungsrechtliche Rechtmässigkeit aus.²⁹⁷

Kommt man entsprechend bei einer Analyse von Art. 36 BV zum Schluss, der staatliche Realakt, das Entwenden und Beschädigen des Fahrzeugs, sei ohne ge-

haftung, S. 234; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 52.

²⁹⁴ Vgl. hierzu auch RAUBER, S. 81 f.; das gleiche gilt, wenn die Beamten rechtmässig, das bedeutet vor allem auch in verhältnismässiger Weise, von ihrer Schusswaffe Gebrauch machen – vgl. hierzu etwa BAUMGARTNER, NZZ, zu zwei Schusswaffeneinsätzen in der Stadt Zürich im Jahr 2015.

²⁹⁵ Vgl. auch RAUBER, S. 82 m.w.H.

²⁹⁶ GAMMA, S. 44 ff., insbes. S. 46 f.; REINHARD, S. 208 f.; vgl. auch GUSY, Nr. 176 ff.

²⁹⁷ GAMMA, S. 44 ff., insbes. S. 48; REINHARD, S. 209; vgl. auch GUSY, Nr. 177; BGE 115 IV 162 ff. (164 ff.), E. 2.

nügende gesetzliche Grundlage erfolgt oder widerspreche dem Störerprinzip, so erscheint er widerrechtlich und verpflichtet den Staat – falls auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen vorliegen – zu einer Schadenersatzzahlung an den unbeteiligten Dritten.²⁹⁸

Eine Staatshaftung zu bejahen bedeutet also nicht, allfällig hierfür verantwortliche Personen oder Institutionen bestrafen zu wollen, sondern die finanziellen Folgen der Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben, welche für die Gesellschaft unabdingbar sind, dem Staat und damit der Allgemeinheit aufzuerlegen.²⁹⁹ Dies entspricht nicht nur den Interessen der Bürger, welche immerhin von den finanziellen Konsequenzen solcher Massnahmen verschont bleiben, sondern dient auch den sicherheitspolizeilichen Beamten, ist es doch der Staat, welcher zur Verantwortung gezogen wird, was ihnen die Angst vor möglicherweise vernichtenden Schadenersatzforderungen nehmen und sie entsprechend in ihrem täglichen Berufsalltag entlasten sollte.³⁰⁰

6. Haftung für rechtmässige Schädigung durch sicherheitspolizeiliche Realakte

A) Grundlage einer Haftung für rechtmässige Schädigungen

Wie bereits erläutert wurde, geht es bei der Staatshaftung nicht bloss um eine reine Entschädigungspflicht, sondern um eine Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben.³⁰¹ Der Staat ist Garant für die öffentliche Sicherheit, woraus ihm gewisse polizeiliche Schutzpflichten entstehen, deren Verletzung ein Recht auf staatliche Entschädigung begründen.³⁰² Es handelt sich folglich um eine bestimmte Form von Rechtsschutz, welche (schädigende) Eingriffe in die Rechte der Bürger durch finanzielle Wiedergutmachung ausgleichen will.³⁰³ Entsprechend ist die Staatshaftung eine Kompensation für die Ver-

²⁹⁸ Zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen vgl. Kap. 2/2, zum Störerprinzip insbes. Kap. 2/2/III/2.

²⁹⁹ Vgl. auch MANFRINI, S. 225.

³⁰⁰ GROSS/PRIBNOW, Nr. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2225; in diesem Sinne wohl auch BOPPART, S. 93.

³⁰¹ GROSS, Staatshaftung, S. 134; SUTTER, Naturgefahren, S. 179; in diesem Sinne wohl auch PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.1.

³⁰² Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 2.

³⁰³ Vgl. auch GROSS, Staatshaftung, S. 134; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 54; MOOR/POLTIER, S. 884.

letzung des Rechts und setzt somit grds. einen **widerrechtlichen Akt** des Staates voraus.³⁰⁴

Ein **rechtmässiger Akt** dagegen ist gerade definitionsgemäss gesetzeskonform, verletzt also kein Recht.³⁰⁵ Hier müsste eine Haftung des Staates auf andere Weise begründet werden können.³⁰⁶ Dabei ist zu bedenken, dass es für das Gemeinwesen unmöglich wäre, eine allgemeine staatliche Risikoversicherung bereitzustellen, also bei jedem schädigenden Akt eine Entschädigung zu leisten.³⁰⁷ Vielmehr muss jeder einzelne Bürger, der als Teil der Gesellschaft von den staatlichen Institutionen und Leistungen profitieren kann, auch gewisse Opfer auf sich nehmen.³⁰⁸ Die Frage ist nun, welche Opfer von den Bürgern verlangt werden dürfen: Wo ist die Grenze zu ziehen zwischen zumutbaren Beiträgen des Einzelnen auf der einen Seite sowie Situationen, die nach einer staatlichen Entschädigung verlangen, da die Schadenstragung für das Individuum unverhältnismässig wäre, auf der anderen Seite?³⁰⁹

Ausgangspunkt der Antwort bildet der sogenannte **Entschädigungspositivismus**, der zuvor bereits behandelt wurde.³¹⁰ Demnach gilt das Legalitätsprinzip auch im Staatshaftungsrecht grds. uneingeschränkt: Sofern nicht eine Norm eine Haftung des Staates vorsieht, trifft ihn keine Entschädigungspflicht.³¹¹ Tatsächlich ist die Frage nach dem Entschädigungspositivismus grds. nur im Rahmen von rechtmässigen Schädigungen relevant. Für widerrechtliches Staatshandeln sehen sowohl der Bund als auch die Kantone in ihren Verantwortlichkeitsgesetzen nämlich genügende Haftungsgrundlagen vor.³¹²

³⁰⁴ Vgl. TANQUEREL, S. 85.

³⁰⁵ TANQUEREL, S. 85.

³⁰⁶ TANQUEREL, S. 85.

³⁰⁷ MOOR/POLTIER, S. 884; TANQUEREL, S. 85 und 92.

³⁰⁸ TANQUEREL, S. 85 f.

³⁰⁹ TANQUEREL, S. 86.

³¹⁰ Vgl. Kap. 3/2/I.

³¹¹ BREHM, N 7 zu Art. 61 OR; FAJNOR, S. 61 ff., insbes. S. 71 ff.; FAVRE, enjeux, S. 15; GROSS, Vergleich, S. 56 f.; GROSS, Staatshaftung, S. 19 f. und 345 f.; GROSS/PRIBNOW, Nr. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2216; HÄNNI/MAHAIN, S. 146; JAAG, système général, S. 34; JAAG, Revision, S. 68; KAUFMANN, S. 352a; KUHN, S. 213 ff. m.w.H.; LANDOLT, S. 386 f. m.w.H.; MAYHALL, S. 207; MOOR/POLTIER, S. 881 und 884; OFTINGER/STARK, II/1, N 39 zu § 20; RYTER, Nr. 29.3 mit Verweis auf BGE 118 Ib 241 ff. (250), E. 5d; SCHAUB, S. 460; SOBOTICH, S. 55 m.w.H.; SUTTER, Staatshaftung, S. 33; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 60; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 393;
WICHTERMANN, Nr. 10; vgl. auch BGE 126 II 145 ff. (167 f.), E. 5a.

³¹² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 7 zu § 60; vgl. auch GROSS, Vergleich, S. 56 f.

B) Rechtsgrundlagen in den Kantonen

Wie bereits aufgezeigt wurde, sehen die meisten Kantone in ihren Verfassungen oder auf Gesetzesebene vor, dass der Staat unter Umständen auch für rechtmässige Schädigungen Ersatz zu leisten hat.³¹³ Viele Kantone verweisen aber als erstes lediglich auf die **Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage** und halten fest, dass «für Schaden, der jemandem durch gesetzmässige Tätigkeit eines Beamten entsteht, [...] der Staat nur [haftet], wenn dies in einem Gesetz vorgesehen ist».³¹⁴

Dem wird regelmässig eine Formulierung angefügt, welche dem **Sonderopferatbestand** entspricht, nämlich dass «das Gemeinwesen nach Billigkeit Ersatz» leistet, wenn «eine einzelne Person oder ein bestimmter, abgrenzbarer Kreis von Personen durch eine rechtmässige amtliche Massnahme einen unzumutbaren, schweren Schaden» erleidet.³¹⁵ Teilweise ist die Formulierung spezifischer und sieht – sofern es die Billigkeit rechtfertigt – für denjenigen einen Anspruch auf Entschädigung vor, der «durch **polizeiliche Massnahmen**, die zur Abwehr eines Polizeinotstandes ergriffen worden sind, geschädigt wird».³¹⁶

Die Voraussetzungen für eine Entschädigung bei rechtmässiger Schädigung sind also im kantonalen Recht verhältnismässig **restriktiv**: So muss eine bzw. mehrere Einzelpersonen betroffen sein, denen es nicht zumutbar ist, den eingetretenen schweren Schaden selbst zu tragen und die den schädigenden Akt weder

³¹³ Vgl. Kap. 3/2/IV/3/F; vgl. auch MANFRINI, S. 225 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1637; vgl. zu den älteren Bestimmungen des kantonalen Rechts auch etwa KAUFMANN, S. 367a ff.

³¹⁴ § 9 Abs. 1 VG ZG; vgl. auch § 4 Abs. 1 HG BS; Art. 8 Abs. 2 HG FR; Art. 7 Abs. 1 HG GL; § 5 Abs. 1 HG LU; Art. 7 HG NE; Art. 4 Abs. 1 HG NW; Art. 6 Abs. 1 HG SH; § 10 Satz 1 VG SO; § 7 HG SZ; § 5 Abs. 1 VG TG; Art. 8 HG TI; Art. 11 VG VS; § 9 Abs. 1 VG ZG; § 12 HG ZH; der Kanton Waadt sieht zwar in Art. 73 Abs. 3 KV VD eine Gesetzgebungskompetenz vor, hat aber auf Gesetzesstufe keine entsprechenden Bestimmungen erlassen; vgl. auch FAJNOR, S. 78; GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 51; TANQUEREL, S. 97.

³¹⁵ Art. 7 Abs. 2 HG GL; vgl. auch § 4 Abs. 2 HG BS; Art. 4 Abs. 1 HG GR; § 5 Abs. 2 Satz 1 VG TG; analoge Formulierung ohne grds. Gesetzesvorbehalt in Art. 7 HG AG; Art. 100 Abs. 2 PG BE; § 6 Abs. 1 HG BL; Art. 7 HG OW; Art. 12 Abs. 1 VG VS; einzig mit Verweis auf die Billigkeit Art. 4 HG GE; lediglich einen Gesetzesvorbehalt enthält hingegen etwa das HG SZ; vgl. hierzu auch FAJNOR, S. 80 f.; MANFRINI, S. 225 f.; TANQUEREL, S. 98 f.

³¹⁶ Art. 8 Abs. 1 HG FR; vgl. auch § 5 Abs. 2 HG LU; Art. 8 Abs. 1 HG NE; Art. 4 Abs. 2 ff. HG NW; Art. 2 VG SG; Art. 6 Abs. 2 HG SH; § 10 VG SO; Art. 9 Abs. 1 HG TI; § 9 Abs. 2 VG ZG; § 13 Abs. 1 HG ZH; vgl. hierzu auch etwa GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 51; JAAG/RÜSSELI, Nr. 3136; MANFRINI, S. 226; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.9 und 3.12; TANQUEREL, S. 99 f.

selbst veranlasst noch davon profitiert haben.³¹⁷ Darüber hinaus sind die verwendeten Begriffe sehr unbestimmt, was gewisse Auslegungsschwierigkeiten mit sich bringt.³¹⁸

C) Rechtsgrundlagen im Bund

Weder Art. 146 BV,³¹⁹ noch das VG des Bundes kennen eine den kantonalen Normen entsprechende Bestimmung, dennoch kann auch dem Bund für rechtmässige Eingriffe eine Entschädigungspflicht erwachsen.³²⁰

Zum einen sieht sich das VG nämlich als subsidiäres Gesetz, das die Haftung des Bundes nur regelt, wenn kein Spezialgesetz einschlägig ist.³²¹ Solche **Spezialgesetze** können indes eine Haftung für rechtmässige Schädigung vorsehen – so bestimmt etwa das Militärgesetz, dass der Bund «für nicht vermeidbare Land- und Sachschäden» haftet, «die in direktem Zusammenhang mit der ausserdienstlichen Tätigkeit der Truppe oder militärischer Verbände oder Vereine stehen», wozu etwa Wettkämpfe von militärischen Vereinen gehören, «soweit sie nicht versicherbar sind».³²²

Zum andern kann den Bund für rechtmässige Eingriffe eine Entschädigungspflicht treffen, wenn der sogenannte **Sonderopfertatbestand** erfüllt ist.³²³ Ein solcher liegt vor, wenn eine Person oder einzelne Personen eher zufällig oder unfallbedingt Opfer von staatlichem Handeln oder Unterlassen werden, was sie klar schwerer belastet als andere Bürger bzw. die Allgemeinheit.³²⁴ Fehlt eine gesetzliche Grundlage für eine Entschädigung, so muss der Einzelperson dennoch Ersatz geleistet werden, sofern der Eingriff für sie eine Notlage bewirkt,

³¹⁷ GROSS, *Widerrechtlichkeit*, S. 51; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 1638; zu den Voraussetzungen der Haftung für rechtmässige Schädigung vgl. auch ausführlich TANQUEREL, S. 100 ff.

³¹⁸ TANQUEREL, S. 100.

³¹⁹ TANQUEREL, S. 93.

³²⁰ FAJNOR, S. 74 f.

³²¹ FAJNOR, S. 74; TANQUEREL, S. 96.

³²² Art. 136 MG; BOTSCHAFT MG, S. 112 f.; FAJNOR, S. 75; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 62 zu § 22; vgl. noch zum alten Haftungstatbestand KAUFMANN, S. 360a ff.; vgl. für weitere Beispiele ausserhalb des sicherheitspolizeilichen Bereichs auch etwa KAUFMANN, S. 363a ff.; TANQUEREL, S. 96 f.

³²³ Vgl. GROSS, *Staatshaftung*, S. 10; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2299; MOHLER, *Polizeirecht*, Nr. 1640; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 47 zu § 62; WEBER-DÜRLER, *Entschädigungspflicht*, S. 349 ff.

³²⁴ Vgl. FAJNOR, S. 105; GROSS, *Staatshaftung*, S. 10 f.; TANQUEREL, S. 94 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 47 zu § 62; VORLAGE HG BL, S. 31; WEBER-DÜRLER, *Entschädigungspflicht*, S. 345 und 349 ff. m.w.H.

die aus dem Blickwinkel der Rechts- und sozialen Sicherheit auszugleichen ist.³²⁵ Dieser Entschädigungsanspruch stützt sich also insbesondere auf die Rechtsgleichheit: Sofern ein Eingriff nicht etwa durch ein Anfechtungsverfahren ausgeglichen werden kann, soll zugunsten eines unverhältnismässig schwer belasteten Individuums entsprechend dem Gebot der Gleichbehandlung ein Lastenausgleich erfolgen.³²⁶

Zusammenfassend sind die positiven Voraussetzungen des Sonderopferatbestandes also ein schwerer Schaden, der nur einzelne Personen betrifft sowie die Unzumutbarkeit für letztere, diesen selbst zu tragen. Negativ wird vorausgesetzt, dass eben diese Personen die schädigende staatliche Tätigkeit nicht selbst veranlasst oder primär davon profitiert haben.³²⁷

D) Bedeutung im sicherheitspolizeilichen Bereich

Im Bereich des sicherheitspolizeilichen Handelns ist die Frage nach einer Haftung bei rechtmässiger Schädigung von besonderer Bedeutung.³²⁸ Wie im ersten Teil dieser Arbeit aufgezeigt wurde, weist es nämlich gewisse Besonderheiten auf, welche nach einem besonderen Schutz der betroffenen Personen verlangen.³²⁹ So kann die Polizei für die Durchsetzung ihrer Massnahmen unter Umständen Zwang anwenden, wodurch oft Grundrechte der Bürger beeinträchtigt werden und möglicherweise erheblicher Schaden entsteht.³³⁰ Solche sicherheitspolizeiliche Massnahmen dienen indes der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und somit klar einem öffentlichen Interesse, nicht bloss einem privaten Anliegen.³³¹

Regelmässig wird als Beispiel der Fall vorgebracht, dass eine unschuldige Person bei einem rechtmässigen Polizeieinsatz verletzt oder gar getötet wird.³³² Weitere Beispiele wären etwa die Schadensverursachung durch Entwendung ei-

³²⁵ Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 10 f.; MANFRINI, S. 225.

³²⁶ Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 9 f.; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 342 f. m.w.H.; kritisch zur Ableitung eines Entschädigungsanspruchs etwa KUHN, S. 217 ff. m.w.H.

³²⁷ FAJNOR, S. 105; GROSS, Staatshaftung, S. 10 f.; TANQUEREL, S. 100 ff.; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 47 zu § 62.

³²⁸ Vgl. TANQUEREL, S. 89, allerdings auch S. 100, wonach es unbefriedigend sei, dass die Normen für verschiedene Situationen – etwa polizeiliches und anderes Staatshandeln – unterschiedliche Regelungen hinsichtlich einer Haftung für rechtmässige Schädigungen vorsehen.

³²⁹ Vgl. VORLAGE HG BL, S. 32.

³³⁰ Vgl. insbes. Kap. 1/3/IV/2 und 1/4.

³³¹ Vgl. insbes. Kap. 2/2/II.

³³² JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 135; MOOR/POLTIER, S. 880; TANQUEREL, S. 89; BGE 47 II 176 ff.; 47 II 497 ff.; 47 II 554 ff.

nes privaten Autos für einen Polizeieinsatz³³³ oder durch Zerstörung einer Haustür zur Bekämpfung des Brandes in einem Nachbarhaus³³⁴.

Es erscheint entsprechend durchaus gerechtfertigt, dass einige Kantone die Haftung des Staates für rechtmässige Schädigung ausdrücklich auf den Bereich des hoheitlichen Handelns³³⁵ oder gar ausdrücklich auf polizeiliche Massnahmen³³⁶ beschränken, gewerbliche Tätigkeiten hingegen ausnehmen.³³⁷

E) Beschränkter Anwendungsbereich

Der **Anwendungsbereich** dieser Normen zur Haftung des Staates für rechtmässig verursachte Schäden ist allerdings von vornherein **beschränkt**.³³⁸ Stützt man sich wie das Bundesgericht auf die objektive Widerrechtlichkeitstheorie, erscheint eine Handlung nämlich bereits dann als rechtswidrig, wenn absolute Rechtsgüter wie etwa das Leben, die körperliche Integrität, die persönliche Freiheit, die Persönlichkeit oder das Eigentumsrecht verletzt werden.³³⁹ Wird beispielsweise einem unbeteiligten Passanten während einer polizeilichen Intervention in eine gewalttätige Demonstration der Arm gebrochen, so liegt aufgrund der Verletzung seiner körperlichen Integrität eine rechtswidrige Handlung vor, für welche der Staat nach der allgemeinen Haftungsnorm für widerrechtliche Schädigung zu haften hat.³⁴⁰

Auf den ersten Blick muss auf die Haftungsbestimmungen für rechtmässiges Verhalten immerhin dann zurückgegriffen werden, wenn entweder ein **reiner Vermögensschaden** vorliegt, vor welchem keine besondere Norm der Rechtsordnung schützt, oder aber wenn für eine eigentlich rechtswidrige Handlung ein **Rechtfertigungsgrund** vorgebracht werden kann.³⁴¹

Geht es, wie im zuvor erwähnten Beispiel mit dem verletzten Passanten, um die Schädigung einer **unbeteiligten Person**, ist der Rechtfertigungsgrund der

³³³ BERICHT HG AG, S. 21.

³³⁴ VORLAGE HG BL, S. 31.

³³⁵ § 6 Abs. 2 lit. a HG BL (hierzu BOPPART, S. 88 f.); vgl. auch Art. 4 Abs. 2 HG GR.

³³⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 1 HG NE; Art. 2 VG SG; Art. 6 Abs. 2 HG SH; § 10 VG SO; Art. 9 Abs. 1 HG TI; § 9 Abs. 2 VG ZG; § 13 Abs. 1 HG ZH.

³³⁷ Vgl. auch VORLAGE HG BL, S. 32.

³³⁸ VORLAGE HG BL, S. 30; vgl. auch FAJNOR, S. 9 und 77 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2292; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 140; TANQUEREL, S. 106; hierzu kritisch WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 348 f. m.w.H.

³³⁹ Vgl. Kap. 3/3/IV/2/A/a und 3/3/IV/2/B/a.

³⁴⁰ VORLAGE HG BL, S. 30; vgl. auch JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 140 f.

³⁴¹ VORLAGE HG BL, S. 30.

rechtmässigen Ausübung öffentlicher Gewalt nach der gegenwärtigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgeschlossen, sofern die Schädigung wie in diesem Beispiel als vom Gesetz nicht gewollte Nebenfolge und somit als nicht-final erscheint.

In anderen Situationen, in denen eine unbeteiligte Person geschädigt wird, kommt als Rechtfertigungsgrund alsdann eine **Notstandssituation** in Frage: Es sei an die Situation zu erinnern, dass ein sicherheitspolizeilicher Akteur ein privates Grundstück betritt und etwa die Haustür zerstört, um den Brand in einem Nachbarhaus bekämpfen zu können. Wenn er aber so «in fremdes Vermögen eingreift, um drohenden Schaden oder Gefahr von sich oder einem andern abzuwenden»,³⁴² muss der Geschädigte ohnehin nicht (gänzlich) auf den Ersatz seines Schadens verzichten, da nach allgemeinem Haftpflichtrecht der Schadenersatz in Notstandssituationen nicht völlig entfällt, sondern «nach Ermessen des Richters [...] zu leisten» ist.³⁴³ In solchen Fällen sind also keine Haftungsbestimmungen für rechtmässiges Verhalten nötig.

Handelt es sich nicht um einen Kollateralschaden bei einem unbeteiligten Dritten, sondern um die Schädigung des **Störers** selbst,³⁴⁴ kommen zweierlei Rechtfertigungsgründe in Frage, welche die Schädigung rechtmässig machen können:

Gänzlich gerechtfertigt und somit grds. auch ohne Schadenersatzfolgen ist ein Eingriff gemäss allgemeinem Haftpflichtrecht im ersten Fall, wenn ein sicherheitspolizeilicher Beamter «in berechtigter **Notwehr** einen Angriff abwehrt».³⁴⁵ Diesfalls kann auch aus den kantonalen Normen zu den rechtmässigen Schädigungen kein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden, richtet sich doch in diesen Situationen der Eingriff direkt gegen den Aggressor, welcher die sicherheitspolizeiliche Massnahme selbst (mit-)verschuldet hat.³⁴⁶

Dasselbe gilt mehrheitlich im zweiten Fall, beim Rechtfertigungsgrund der **rechtmässigen Ausübung öffentlicher Gewalt** im Rahmen von finalen Schädigungen, da in der Regel auch in dieser Fallkonstellation eine Person geschädigt wird, welche die staatliche Tätigkeit zumindest mitverschuldet hat.

³⁴² Art. 52 Abs. 2 1. Satzteil OR, welcher regelmässig auch im Rahmen der allgemeinen Staatshaftungserlasse gilt, da diese auf die Bestimmungen des OR und insbes. die Rechtfertigungsgründe verweisen; vgl. etwa § 5 Abs. 3 HG BL.

³⁴³ Art. 52 Abs. 2 2. Satzteil OR.

³⁴⁴ Zum Begriff des Störers vgl. Kap. 2/2/III/2.

³⁴⁵ Art. 52 Abs. 1 OR.

³⁴⁶ § 7 Abs. 2 HG AG, Art. 8 Abs. 2 HG NE; Art. 4 Abs. 5 HG NW; Art. 4 Abs. 2 HG GR; § 5 Abs. 2 Satz 2 VG TG; Art. 9 Abs. 2 HG TI; Art. 12 Abs. 2 VG VS; § 13 Abs. 2 HG ZH; vgl. auch VORLAGE HG BL, S. 32; vgl. bereits Kap. 3/2/IV/3/F.

Das Opfer einer staatlichen Massnahme soll grds. keinen Anspruch auf Entschädigung haben, sofern es den Eingriff durch grob schuldhaftes Verhalten selbst herbeigeführt hat.³⁴⁷ Es erscheint logisch, dass ein Störer die (finanziellen) Konsequenzen seiner Handlung in der Regel selbst tragen muss.³⁴⁸ Zudem ist es auch zu berücksichtigen, wenn eine Person einen Schaden zwar nicht selbst verursacht, aber immerhin mitverschuldet hat und der Staat etwa in ihrem Interesse tätig wurde.³⁴⁹

Insofern erscheinen die Haftungsnormen für rechtmässiges Verhalten des Staates primär als reine **Normierung allgemeiner Haftpflichtrechtgrundsätze**.³⁵⁰ So werden sie teilweise beispielsweise auch unter dem Titel «Notstand» aufgeführt.³⁵¹ Was in erster Linie verbleibt sind blosse Haftungstatbestände für reine Vermögensschäden. Ob die Normen hierzu – als Schutznormen – nicht viel zu offen formuliert sind, kann an dieser Stelle offenbleiben.

Folgt man indes der Widerrechtlichkeitskonzeption, wie sie zuvor skizziert wurde, wonach jeder schädigende Realakt einer Prüfung nach Art. 36 BV unterzogen wird, können die Haftungsgrundlagen für rechtmässige Schädigungen einzeln wieder an Bedeutung gewinnen. Wird, wie im Ausgangsbeispiel, einem unbeteiligten Passanten während einer polizeilichen Intervention in eine gewalttätige Demonstration der Arm gebrochen, so wird zwar sein Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt. Erfolgte der Eingriff aber gestützt auf eine genügende gesetzliche Grundlage, war durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und vor allem verhältnismässig, so erscheint er rechtmässig und eine Haftung würde eigentlich entfallen.³⁵² Eigentlich – wären da nicht die Haftungsgrundlagen für rechtmässige Schädigungen, welche bei einem unzumutbaren und schweren Schaden eine Entschädigung ermöglichen.

An dieser Stelle ist indes vorweg zu nehmen, dass am Ende dieses dritten Teils der Arbeit im Sinne eines Exkurses ein allgemeiner Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte skizziert wird, welcher für bestimmte, gefährliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten eine Gefährdungshaftung normiert.³⁵³ In de-

³⁴⁷ GROSS, Staatshaftung, S. 10; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 136; VORLAGE HG BL, S. 31; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 351.

³⁴⁸ TANQUEREL, S. 108; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 351 m.w.H.; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 293 f.

³⁴⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 10; TANQUEREL, S. 109; VORLAGE HG BL, S. 31; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 352.

³⁵⁰ Ebenso kritisch hinsichtlich der Rechtsfigur einer Haftung für rechtmässiges Handeln WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 354 f.

³⁵¹ Vgl. § 13 HG ZH.

³⁵² Vgl. Kap. 2/2 zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen.

³⁵³ Vgl. Kap. 3/4/III/C.

ren Anwendungsbereich verlieren die Haftungstatbestände für rechtmässige Schädigungen dementsprechend wieder an Bedeutung.

7. Fazit

A) Verhältnismässigkeit als zentrales Kriterium

Ist ein grobes Fehlverhalten eines sicherheitspolizeilichen Beamten zu beurteilen, wird der Beweis eines widerrechtlichen Realaktes relativ problemlos erbracht werden können.³⁵⁴ Dasselbe gilt, wenn die Verletzung rein formeller oder prozessualer Vorschriften, etwa die maximal zulässige Dauer des Polizeigewahrsams, zur Diskussion steht.³⁵⁵ In allen anderen Fällen – welche überwiegend dürften – ist die Beurteilung allerdings mit einigen Schwierigkeiten verbunden.³⁵⁶

Wie in den letzten Kapiteln mehrfach festgestellt wurde, wird sich in der Mehrzahl der Fälle, in denen über die Widerrechtlichkeit eines sicherheitspolizeilichen Realaktes diskutiert wird, die Debatte auf die Frage nach der **Verhältnismässigkeit** des schädigenden Aktes nach Art. 36 BV konzentrieren.³⁵⁷ Verstösse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip können nach gegenwärtiger Rechtsprechung indes bei genügender Schwere für sich alleine eine Staatshaftung bewirken.³⁵⁸ Gemäss aktueller Lehre und Rechtsprechung kann auch etwa eine Überschreitung oder ein Missbrauch des bestehenden Ermessensspielraums ein Verstoß gegen eine Handlungspflicht darstellen und somit widerrechtlich erscheinen.³⁵⁹

Bereits im zweiten Teil dieser Arbeit wurde erläutert, dass gerade die Beurteilung der Verhältnismässigkeit für die Richter vor allem insofern eine Herausforderung darstellt, als sie **erst im Nachhinein**, erst mehrere Monate, ja gar Jahre nach der umstrittenen sicherheitspolizeilichen Handlung erfolgt.³⁶⁰ Gleichzeitig stützt sie sich aber regelmässig auf den Sachverhalt, wie er sich für den handelnden Beamten zur Zeit der Handlung präsentierte (ex ante) und nicht auf die

³⁵⁴ MANFRINI, S. 224.

³⁵⁵ MANFRINI, S. 217.

³⁵⁶ MANFRINI, S. 224.

³⁵⁷ MANFRINI, S. 218; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

³⁵⁸ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1622.

³⁵⁹ FAJNOR, S. 38 f. m.w.H.; HÄNNI/MAHAIN, S. 150; HUNOLD, Nr. 33; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 108; JAAG, Revision, S. 62; KUHN, S. 185 ff. m.w.H.; Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003, E. 7; BGE 112 II 231 ff. (234), E. 4; 107 Ib 160 ff. (164), E. 3a; 103 Ib 65 ff. (68), E. 3.

³⁶⁰ MANFRINI, S. 219; vgl. bereits Kap. 2/2/III/4.

Faktenlage, die sich erst nachträglich ergibt (ex post).³⁶¹ In diesem Zusammenhang ist zweierlei zu bedenken:

Insbesondere, wenn man die Staatshaftung als eine Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben verstehen will, kann es bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit zum einen nur darum gehen, ob ein Akt aufgrund der objektiv gegebenen Situation, aufgrund der tatsächlichen Umstände als (un)verhältnismässig erschien.³⁶² Eine Beurteilung ex ante bewegt sich also im Bereich des Verschuldens – nur eine Beurteilung **ex post** würde die Widerrechtlichkeit korrekt als objektives, von der Unvollkommenheit des Menschen unabhängiges Kriterium auffassen.³⁶³ Fakten, die erst nachträglich bekannt werden, können für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit indes nur dann relevant sein, wenn es dem Staat tatsächlich zumutbar gewesen wäre, sich das entsprechende Wissen zu verschaffen.

Dass demgegenüber die Rechtslage bei der Beurteilung relevant ist, die unmittelbar vor dem Schadenseintritt bestand, erscheint selbstverständlich.³⁶⁴ Auch wird eine allfällige (finanzielle) Verantwortlichkeit der individuell handelnden sicherheitspolizeilichen Beamten aus dem Moment der Entscheidung heraus, also aus ex ante-Sicht, zu beurteilen sein.³⁶⁵ Denn der individuelle Mensch soll für sein Verhalten grds. nur dann einstehen müssen, wenn es ihm tatsächlich vorgeworfen werden kann, womit die tatsächlich bekannten oder erkennbaren Tatsachen relevant sind.³⁶⁶

Zum andern ist zu bedenken, dass sich die Richter eine **grosse Zurückhaltung** auferlegen, dem Ermessensspielraum der Sicherheitsbehörden Rechnung tragen wollen und gar verneinen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip von der Polizei in jedem Fall streng beachtet werden muss.³⁶⁷ Insbesondere lässt das Bundesgericht für die Bejahung einer Staatshaftung nicht eine bloss falsche Ermessenaus-

³⁶¹ BGE 120 Ib 411 ff. (415), E. 4c.aa; 115 Ib 175 ff. (184 f.), E. 3b; 94 IV 5 ff. (9), E. 2a; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 100 m.w.H.; JAAG, Revision, S. 62 f.; MANFRINI, S. 220 ff. m.w.H.; RYTER, Nr. 29.101; WEBER-DÜRLER, Bauwesen, S. 399 f.

³⁶² Vgl. auch FAJNOR, S. 42 f. und 46 ff. m.w.H.

³⁶³ Vgl. auch FAJNOR, S. 43 und 46 ff. m.w.H.; vgl. hierzu auch MANFRINI, S. 220 ff. m.w.H.

³⁶⁴ MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1627.

³⁶⁵ FAJNOR, S. 46 f.; vgl. hierzu auch etwa DENNINGER, Polizeiaufgaben, Nr. 46 ff.; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 223; GUSY, Nr. 121; REINHARD, S. 107; SCHENKE, Nr. 82; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Nr. 25.

³⁶⁶ FAJNOR, S. 46 f.

³⁶⁷ BGE 100 Ib 13 ff. (18) E. 5; hierzu auch etwa FAVRE, enjeux, S. 18.

übung, sondern erst einen klaren Ermessensfehler genügen.³⁶⁸ Dies scheint Ausdruck der Gewaltenteilung zu sein: die Judikative will sich nicht anmassen, an Stelle der Exekutive zu entscheiden – wobei die mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip verbundenen Wertungen eigentlich direkt durch die Legislative vorgenommen werden sollten.

Diese Zurückhaltung, ja generell die oft restriktive Haltung im Bereich der Staatshaftung im Kontrast zur zivilrechtlichen Haftung, ist zu hinterfragen: Geschädigte Personen sollten doch grds. gleich behandelt werden, egal ob ihnen staatliche Akteure oder Private als Schädiger entgegenstehen – ja im ersten Fall gar eine stärkere Position haben.³⁶⁹ Zudem ist es ebenfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung, welcher erfordert, dass Bürger nicht infolge von reinen Zufälligkeiten ungleich behandelt werden: Es darf nicht zu Lasten des Bürgers gehen, wenn er das Pech hat, einem Beamten gegenüber zu stehen, der seinen Ermessensspielraum etwas grosszügiger auslegt, als es seine Kollegen tun würden.³⁷⁰

B) Modifizierte Widerrechtlichkeitskonzeption

Die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit bietet also ohnehin gewisse praktische Probleme. Deshalb sollte immerhin angestrebt werden, die theoretische Konzeption der Widerrechtlichkeit möglichst einfach und einheitlich zu handhaben.

Nach der hier vertretenen Auffassung überzeugt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Widerrechtlichkeit mit ihrer Unterscheidung von Erfolgs- und Handlungsunrecht nicht. Ebenso wäre es zu begrüssen, die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit in Bezug auf Handlungen und Unterlassungen gleich zu handhaben.³⁷¹ Entsprechend sollte bei der Widerrechtlichkeit stets die Verletzung von Verhaltenspflichten, also ein **Verhaltensunrecht**, im Zentrum stehen.

Aufgrund der immensen Bedeutung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze fürs Polizeirecht wäre es eine Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit im sicherheitspolizeilichen Bereich nach dem **Prüfschema von Art. 36 BV** aus-

³⁶⁸ BGE 132 II 305 ff. (317), E. 4.1 mit Verweis auf BGE 118 Ib 473 ff. (476), E. 2b; 116 Ib 193 ff. (196), E. 2b; Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.3.1; hierzu auch etwa FAJNOR, S. 38 ff. m.w.H.; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 108; JAAG, Revision, S. 62; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3119 welche noch einschränkender davon sprechen, dass ein blosser Ermessensfehler keine Widerrechtlichkeit begründet.

³⁶⁹ WERRO, Staatshaftung, S. 128.

³⁷⁰ Vgl. ähnlich auch KAUFMANN, S. 320a.

³⁷¹ POLTIER, S. 61; vgl. auch RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 27.

zurichten. Damit würde sich die Frage nach allfälligen Rechtfertigungsgründen, insbesondere der rechtmässigen Ausübung öffentlicher Gewalt, erübrigen. Zudem könnte den Besonderheiten der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit Rechnung getragen werden, da beispielsweise im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung auch das Störerprinzip berücksichtigt wird.³⁷²

Die angeführte Kritik am aktuellen staatshaftungsrechtlichen Widerrechtlichkeitsbegriff und der Vorschlag einer anderen Widerrechtlichkeitskonzeption sollen allerdings nicht den Eindruck erwecken, dass die Staatshaftung nach der hier vertretenen Ansicht generell den Fokus auf eine individuell vorwerfbare Sorgfaltswidrigkeit legen soll. Im Gegenteil – die Staatshaftungstatbestände sollen gerade strenger sein als Art. 41 OR und ein Verschulden der einzelnen Beamten ausser Acht lassen. Zwar ist es in gewissen Fällen das Handeln eines einzelnen sicherheitspolizeilichen Beamten, an welches die Staatshaftung anknüpft. Es geht aber schliesslich immer um das Funktionieren oder eben Versagen des Staats als Institution, um die Frage, ob er als Ganzes korrekt funktioniert hat und seinen Pflichten nachgekommen ist.³⁷³ Erfolgt in seinem Risikobereich ein schädigender Realakt, welcher etwa Grundrechte der Bürger verletzt, so hat er für die finanziellen Folgen einzustehen.³⁷⁴

V. Adäquater Kausalzusammenhang

A) Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs

Damit der Staat für einen Schaden aufzukommen hat, muss zwischen der schädigenden Tätigkeit und dem Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen.³⁷⁵ Zu Recht wird diese Voraussetzung im Staatshaftungsrecht analog den Grundsätzen

³⁷² Vgl. zum Störerprinzip Kap. 2/2/III/2.

³⁷³ Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 232 und POLTIER, S. 52 mit Verweis auf die deutsche Amtshaftung; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5 f. und 3.46 ff.

³⁷⁴ Vgl. hierzu auch GROSS, Staatshaftung, S. 232; GROSS/PRIBNOW, Nr. 52; WERRO, Staatshaftung, S. 131, 139 f. und 142; vgl. hierzu auch etwa Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003, E. 5.1.3; vgl. bereits Kap. 3/1/III.

³⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2260.

des zivilen Haftungsrechts angewandt,³⁷⁶ weshalb grds. auf die entsprechende Literatur verwiesen werden kann.³⁷⁷

Zum einen muss also eine **natürliche Kausalität** vorliegen, mit anderen Worten darf die Schadensursache nicht weggedacht werden können, ohne dass nicht auch der Erfolg entfiele.³⁷⁸ Da dieser Prüfvorgang für sich alleine zu einer sehr weiten Haftung führen würde, muss zum andern auch eine **adäquate Kausalität** gegeben sein, das heisst die schädigende Tätigkeit muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen.³⁷⁹ Der adäquate Kausalzusammenhang hat folglich wie die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit eine doppelte Funktion: Zum einen ist er Haftungsvoraussetzung, zum andern dient

³⁷⁶ FAJNOR, S. 54 m.w.H.; FAVRE, Naturgefahren, S. 4; FELLMANN, Arzthaftung, S. 230; GROSS, Staatshaftung, S. 212 m.w.H.; GUCKELBERGER, S. 182; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2260; HUNOLD, Nr. 28; KUHN, S. 134 m.w.H.; MEYER, S. 720; SALZGEBER, S. 146; SUTTER, Naturgefahren, S. 191; WICHTERMANN, Nr. 65; BGE 107 Ib 160 ff. (163), E. 2b.

³⁷⁷ Vgl. etwa FISCHER, N 130 ff. zu Art. 41 OR m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 20 ff.; OFTINGER/STARK, I, N 1 ff. zu § 3; SCHWENZER, Nr. 19.01 ff.; WERRO, responsabilité, Nr. 190 ff.; Urteil des BVGE A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.2.2.1.

³⁷⁸ BREHM, N 105 ff. zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 7 ff. zu § 4; FAJNOR, S. 54 m.w.H.; FAVRE, Naturgefahren, S. 8; FISCHER, N 131 zu Art. 41 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 193; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 1 ff. zu § 3; HUNOLD, Nr. 29; MÜLLER, Handkommentar, N 36 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 10 ff. zu § 3; REY, Nr. 518; SALZGEBER, S. 146; WERRO, OR-Kommentar, N 37 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 191; vgl. auch Urteil des BVGE A-6246/2007 vom 16. Januar 2009, E. 3.1.

³⁷⁹ BREHM, N 109 und 120 ff. zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 30 ff. zu § 4; FAJNOR, S. 54 f. m.w.H.; FAVRE, Naturgefahren, S. 8; FISCHER, N 135 f. zu Art. 41 OR; GROSS, Staatshaftung, S. 212; GROSS, Vergleich, S. 116 f. m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2260; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 6 ff. zu § 3; HUNOLD, Nr. 29; JAAG, système général, S. 34; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 143; JAAG, Revision, S. 73; KELLER/GABI/GABI, S. 31 f.; KUHN, S. 134 m.w.H.; MEYER, S. 720; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1641; MÜLLER, Handkommentar, N 37 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 14 ff. zu § 3; REY, Nr. 525; ROBERTO, Nr. 06.36 f.; SALZGEBER, S. 146; SCHWENZER, Nr. 19.03; WERRO, OR-Kommentar, N 43 f. zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 233; WICHTERMANN, Nr. 65; vgl. auch BGE 123 III 110 ff. (112), E. 3a m.w.H.; Urteil des BGer 2C_828/2009 vom 9. Juni 2010, E. 2.2; Urteil des BVGE A-5881/2007 vom 29. September 2009, E. 2.5; A-6246/2007 vom 16. Januar 2009, E. 3.1; A-1790/2006 vom 17. Januar 2008, E. 4.2.2.1.

er aber auch dazu, den in Bezug auf eine Ursache relevanten Schaden zu ermitteln und so die Haftung vernünftig zu begrenzen.³⁸⁰

Ist eine staatliche Unterlassung zu beurteilen, ist der Kausalzusammenhang in Form einer **hypothetischen Kausalität** zu beurteilen: Wäre das schädigende Ereignis und somit auch der Schaden ausgeblieben, wenn die unterlassene Tätigkeit pflichtgemäss ausgeführt worden wäre?³⁸¹ Auch bei dieser Frage muss die Beurteilung auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die allgemeine Lebenserfahrung abstellen und wie bei der Prüfung der Adäquanz eine Wertung vornehmen, mit welcher die Haftung vernünftig begrenzt werden kann.³⁸²

B) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Möglichkeit der Haftungsbegrenzung

a) Einleitung

Im Zusammenhang mit der Haftungsbegrenzung ist von besonderer Bedeutung, dass der adäquate Kausalzusammenhang – bildlich gesprochen – unterbrochen werden kann.³⁸³ Mit anderen Worten kann eine andere Ursache so intensiv erscheinen, dass die eigentlich zu beurteilende Ursache, in unserem Fall die sicherheitspolizeiliche Handlung oder Unterlassung, als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint.³⁸⁴

³⁸⁰ FISCHER, N 135 zu Art. 41 OR m.w.H.; GROSS, Staatshaftung, S. 224; KELLER, S. 81; KELLER/GABI/GABI, S. 20 und 31; OFTINGER/STARK, I, N 20 f. zu § 3; REY, Nr. 522; ROBERTO, Nr. 06.36 f.; SCHWENZER, Nr. 19.02; SUTTER, Naturgefahren, S. 191; WERRO, OR-Kommentar, N 43 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 232; zur Begrenzung einer (zu weit gehenden) Haftung des Staates im Bereich des Kausalzusammenhangs vgl. auch RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 33 f.; zur Haftungsbegrenzung mittels des Kausalzusammenhangs vgl. insbes. KAUFMANN, S. 339a f.

³⁸¹ BREHM, N 56d, 108 und 126 zu Art. 41 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 489; FISCHER, N 138 zu Art. 41 OR m.w.H.; GROSS, Staatshaftung, S. 217; JAAG, système général, S. 34; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 144; JAAG, Revision, S. 73 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1642; SUTTER, Naturgefahren, S. 192; WERRO, OR-Kommentar, N 41 zu Art. 41 OR; WICHTERMANN, Nr. 66.

³⁸² FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 490; vgl. auch HUNOLD, Nr. 30 mit Verweis auf BGE 121 III 358 ff. (363), E. 5.

³⁸³ FAVRE, Naturgefahren, S. 8; JAAG, système général, S. 34; OFTINGER/STARK, I, N 135 zu § 3; REY, Nr. 551 ff.; ROBERTO, Nr. 06.40; SCHWENZER, Nr. 20.01; WERRO, OR-Kommentar, N 45 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 241; kritisch HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 37 zu § 3; SCHWENZER, Nr. 20.03 ff.

³⁸⁴ DESCHENAUX/TERCIER, N 52 zu § 4; HUNOLD, Nr. 31; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 149; JAAG, Revision, S. 74; KAUFMANN, S. 340a f.; KELLER, S. 83 ff.;

b) Grobes Selbstverschulden

Im sicherheitspolizeilichen Bereich ist von diesen Unterbrechungsgründen primär ein schweres Selbstverschulden des Geschädigten von besonderer Bedeutung: Weist dieses vor dem Hintergrund der konkreten Umstände eine so hohe Intensität auf, dass die staatliche Tätigkeit als Schadensursache nebensächlich erscheint, so führt dies zu einem Ausschluss der Haftung des Staates.³⁸⁵

Für den privatrechtlichen Bereich sowie weite Teile des Staatshaftungsrechts ist es durchaus richtig, nur restriktiv von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aufgrund Selbstverschuldens des Geschädigten auszugehen.³⁸⁶ An dieser Stelle ist indes vorweg zu nehmen, dass am Ende dieses dritten Teils der Arbeit im Sinne eines Exkurses ein allgemeiner Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte skizziert wird.³⁸⁷ Dieser normiert für bestimmte, gefährliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten eine Gefährdungshaftung und setzt damit in deren Anwendungsbereich keine Widerrechtlichkeit voraus. Entsprechend entfällt auch die Funktion der Widerrechtlichkeit, die Haftung vernünftig zu begrenzen, und der adäquate Kausalzusammenhang, insbesondere dessen Unterbrechungsgrund des groben Selbstverschuldens, muss in die Bresche springen. Folglich rechtfertigt es sich im sicherheitspolizeilichen Bereich eher, aufgrund groben Selbstverschuldens eines Geschädigten von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs auszugehen.

Es ist etwa an die Situation zu denken, dass die Polizei einen gewalttätigen Demonstranten festnimmt und dabei seine Brille zerstört, einen Hund tötet, der mehrere Personen gebissen hat oder ein Rennpferd erschießt, das auf der Autobahn umherirrt: In diesen Fällen macht es durchaus Sinn, dass der Staat dem Demonstranten als Verhaltensstörer oder dem Halter des Tiers als Zustandsstörer keine oder nur eine beschränkte Entschädigung bezahlt.³⁸⁸ Ist das Selbstver-

KUHN, S. 139 m.w.H.; MÜLLER, Handkommentar, N 38 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 132 ff., insbes. N 138 zu § 3; REY, Nr. 552 m.w.H.; RÜTSCHKE, Staatshaftung, Nr. 33; RYTER, Nr. 29.130; WERRO, OR-Kommentar, N 45 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 241; BGE 130 III 182 ff. (188), E. 5.4; 116 II 519 ff. (524), E. 4b.

³⁸⁵ BREHM, N 129 ff. zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 60 zu § 4; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 41 zu § 3; JAAG, système général, S. 36; MÜLLER, Handkommentar, N 39 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 152 zu § 3; REY, Nr. 560; WERRO, OR-Kommentar, N 47 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 245; kritisch SCHWENZER, Nr. 20.05.

³⁸⁶ Vgl. etwa BREHM, N 129 ff. zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 245.

³⁸⁷ Vgl. Kap. 3/3/III/C.

³⁸⁸ WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 351; WEBER-DÜRLER, Entschädigung, S. 290; für weitere Beispiele vgl. etwa SUTTER, Naturgefahren, S. 192;

schulden nicht als grob zu qualifizieren, kann es allenfalls noch zu einer Reduktion des Schadenersatzes nach Art. 44 Abs. 1 OR führen.³⁸⁹

Dies gilt insbesondere, wenn man den Zweckveranlasser nicht als Störer qualifizieren will: Führt ein Wirt seinen Betrieb auf solche Art und Weise, dass die Anwohner regelmässig durch betrunkene Gäste in ihrer Nachtruhe gestört werden,³⁹⁰ und wird er durch darauffolgende polizeiliche Massnahmen geschädigt, so ist es durchaus gerechtfertigt, seinen Schadenersatzanspruch herabzusetzen. Dasselbe gilt für einen sogenannten Gaffer, der einer Polizeiintervention zuschaut und dabei verletzt wird.³⁹¹

c) Grobes Drittverschulden

Theoretisch ist im sicherheitspolizeilichen Bereich auch eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aufgrund schweren Drittverschuldens möglich.³⁹² Zu denken ist etwa an die Situation, dass die Polizei zur Verfolgung eines Verbrechens ein Privatauto entwendet und dieses schrottreif fährt,³⁹³ oder gar bei einem Schusswechsel mit einem Verbrecher einen unbeteiligten Dritten trifft und diesen verletzt.³⁹⁴

Nach der hier vertretenen Meinung ist in diesen Fällen bei der Beurteilung einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen des Verschuldens des Dritten, hier des Verbrechens, aber eine grosse Zurückhaltung angebracht.³⁹⁵ Ist das Drittverschulden nicht genügend intensiv, scheidet indessen eine Berücksichtigung als Reduktionsgrund nach Art. 44 Abs. 1 OR aus.³⁹⁶

vgl. hierzu bereits Kap. 2/2/III/3 zum Störerprinzip.

³⁸⁹ JAAG, système général, S. 36; REY, Nr. 561; SCHWENZER, Nr. 20.05; SUTTER, Naturgefahren, S. 192; WERRO, OR-Kommentar, N 47 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 245; restriktiv etwa RYTER, Nr. 29.79 mit Verweis auf FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 2468.

³⁹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2498 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 33 zu § 56.

³⁹¹ Vgl. JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 141 welcher in diesem Fall aber gar eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs annimmt.

³⁹² MÜLLER, Handkommentar, N 40 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 152 zu § 3; REY, Nr. 569 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 48 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 248; kritisch SCHWENZER, Nr. 20.04.

³⁹³ BERICHT HG AG, S. 21.

³⁹⁴ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, S. 464 f.

³⁹⁵ Vgl. auch etwa DESCHENAUX/TERCIER, N 65 f. zu § 4; WERRO, responsabilité, Nr. 248.

³⁹⁶ JAAG, système général, S. 36; REY, Nr. 571; WERRO, OR-Kommentar, N 48 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 250; a.M. offenbar SUTTER, Naturgefahren, S. 192.

d) Höhere Gewalt

Schliesslich kann im sicherheitspolizeilichen Bereich auch höhere Gewalt als Unterbrechungsgrund in Frage kommen, welche als ein unvorhersehbares und aussergewöhnliches Ereignis, das nicht abwendbar ist, definiert wird.³⁹⁷ Zu denken ist etwa an polizeiliche Massnahmen zur Abwehr von Naturgefahren.³⁹⁸

Zum einen wird dieser Entlastungsgrund in der Rechtspraxis aber kaum bejaht, Anwendungsbeispiele sind Extremsituationen wie aussergewöhnliche Lawnen³⁹⁹ oder kriegerische Ereignisse^{400 401}. Wie bereits im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde, ist es ohnehin fraglich, ob heute, angesichts der wissenschaftlichen und technischen Fortschritte etwa in der Gefahrenprognose, überhaupt noch wirklich unvorhersehbare Gefahren existieren.⁴⁰²

Zum andern ist eine Haftung des Staates auch in einer solchen Extremsituation nicht ausgeschlossen, wenn seine Tätigkeit in irgendeiner Form für die Gefahrenlage mitursächlich war, er beispielsweise seine Aufsichtspflichten verletzt hat.⁴⁰³

**C) Der staatliche Risiko- und Schutzbereich als
Zurechnungskriterium und Haftungsbegrenzung**

Mit Blick auf die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit, bei welcher eine Konzeption skizziert wurde, welche sich nach dem Prüfschema von Art. 36 BV auszurichtet, ist auch in Bezug auf die Haftungsvoraussetzung des Kausalzusammenhangs zu prüfen, ob an dessen Stelle nicht eine Rechtsfigur treten könnte, welche den Besonderheiten der Staatshaftung und insbesondere der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit besser gerecht würde.

³⁹⁷ DESCHENAUX/TERCIER, N 55 f. zu § 4; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 460; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 39 zu § 3; JAAG, Revision, S. 75; KELLER/GABI/GABI, S. 40; MÜLLER, Handkommentar, N 41 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 142 und Fn. 160 zu § 3; REY, Nr. 574; SCHWENZER, Nr. 20.02; WERRO, OR-Kommentar, N 46 zu Art. 41 OR; BGE 102 Ib 257 ff. (262), E. 5 m.w.H.

³⁹⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 214; vgl. dazu ausführlich FAVRE, Naturgefahren, S. 2 ff.; SUTTER, Naturgefahren, S. 175 ff.

³⁹⁹ BGE 80 II 216 ff. (220 ff.), E. 2.

⁴⁰⁰ BGE 51 II 190 ff. (196 f.), E. 5.

⁴⁰¹ DESCHENAUX/TERCIER, N 57 ff. zu § 4; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 461; WERRO, OR-Kommentar, N 46 zu Art. 41 OR.

⁴⁰² MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 17.

⁴⁰³ GROSS, Staatshaftung, S. 214 f.

Wie bereits mehrfach angesprochen wurde, erscheint die Staatshaftung nicht als eine reine Entschädigungspflicht, sondern als eine Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben.⁴⁰⁴ Relevante Frage ist folglich, welches denn tatsächlich die Aufgaben des Staates sind und welche Massnahmen er ergreifen müsste. Mit anderen Worten geht es darum, den **Risiko- und Schutzbereich des Staates** zu ermitteln.⁴⁰⁵

Diesen an Stelle des adäquaten Kausalzusammenhangs zu prüfen, würde zum einen ebenfalls der **Haftungsbegrenzung** dienen, denn die Haftung des Staates darf nicht ins Uferlose gehen: Zuerst müsste der sicherheitspolizeiliche Aufgabenbereich des Staates ermittelt werden, wie er im ersten Teil dieser Arbeit umschrieben wurde.⁴⁰⁶ Ist eine Handlung oder Unterlassung nicht von diesem erfasst, hat der Staat auch nicht für allfällige Schäden einzustehen. Zudem ist er nicht zu sämtlichen erdenklichen Massnahmen verpflichtet, welche einen Schaden verhindern könnten, sondern muss nur diejenigen ergreifen, welche ihm ausdrückliche Normen klar vorschreiben oder welche allgemein als zumutbar und zweckmässig erscheinen.⁴⁰⁷

Der Risiko- und Schutzbereich des Staates wäre so nicht nur Haftungsbegrenzung, sondern zum andern auch **Zurechnungskriterium** der Haftung. GROSS beschreibt ausführlich, dass sich ein Zurechnungszusammenhang im Staatshaftungsrecht auch beispielsweise aus einem Rechtssatz, aus dem Funktionsbereich der handelnden Staatsorgane oder Risikobereich staatlicher Organisationsträger, oder aus dem Haftungsprinzip ergeben kann.⁴⁰⁸ Wie bereits dargelegt wurde, können zum Beispiel Grundrechte einen Schutzbereich des Staates eröffnen.⁴⁰⁹ Oder versteht man die Staatshaftung als Organisationshaftung geht es gerade da-

⁴⁰⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 134; SUTTER, Naturgefahren, S. 179; in diesem Sinne wohl auch PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.1.

⁴⁰⁵ Die Skizzierung der folgenden Idee wurde insbesondere an die Ausführungen von GROSS zur Adäquanz als haftungserweiternder und haftungsbegrenzender Zurechnungszusammenhang im Verantwortlichkeitsrecht angelehnt (GROSS, Staatshaftung, S. 224 ff.); vgl. zur Norm- bzw. Schutzzwecktheorie anstelle der Adäquanztheorie auch etwa BREHM, N 150 ff. zu Art. 41 OR; (kritisch) MÜLLER, Handkommentar, N 37 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 16 Fn. 16 zu § 3; SCHWENZER, Nr. 19.07 und 20.04.

⁴⁰⁶ Was bereits eine erste Schwierigkeit darstellt; vgl. dazu bereits Kap. 1/2, insbes. Kap. 1/2/IV/2/C, 1/2/IV/5 und 1/2/V, sowie FAVRE, enjeux, S. 11.

⁴⁰⁷ HÄNNI/MAHAIN, S. 149; POLTIER, S. 58; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 41 zu § 62; WICHTERMANN, Nr. 76.

⁴⁰⁸ GROSS, Staatshaftung, S. 224 ff.

⁴⁰⁹ GROSS, Staatshaftung, S. 225; vgl. bereits ausführlich Kap. 2/3.

rum, ob sich ein Schaden im Organisations- und somit Risikobereich des staatlichen Aufgabenträgers ereignet hat.⁴¹⁰

Ob ein Schaden noch dem Risiko- und Schutzbereich des Staates zugeordnet werden kann, wird sich für gewöhnlich am **Verhältnismässigkeitsprinzip** entscheiden – es müssen private und öffentliche Interessen gegeneinander abgewogen werden.⁴¹¹ Folglich würde bei der Beurteilung eines schädigenden sicherheitspolizeilichen Realaktes anhand von Art. 36 BV auch die Frage der Zurechnung bzw. Begrenzung der Haftung mitbeantwortet werden.

VI. Verschulden

Wie bereits ausgeführt wurde, setzt die allgemeine Staatshaftung **normalerweise kein Verschulden** voraus, sondern wird sowohl im Bund als auch in den Ständen grds. als Kausalhaftung bezeichnet.⁴¹² In wenigen Fällen spielt das Verschulden aber dennoch eine Rolle:

Zum einen verlangen gewisse Kantone für bestimmte spezielle Fallgruppen ein Verschulden ihrer Beamten. So ist beispielsweise bei Schäden aus falscher Auskunft die Haftung des Gemeinwesens an ein Verschulden geknüpft, teilweise gar auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt.⁴¹³ Zum Zweiten ist für einen Regress auf den schädigenden Beamten, also im Innenverhältnis, regelmässig

⁴¹⁰ GROSS, Staatshaftung, S. 226; vgl. bereits ausführlich Kap. 3/1/III.

⁴¹¹ Vgl. hingegen GROSS, Staatshaftung, S. 212 ff., wonach seiner Meinung nach die Verhältnismässigkeit der Festsetzung und Bemessung von Schadenersatzfolgen nur bei finalen Eingriffen des Staates, in der Regel aber nicht bei staatlichen Tathandlungen, das Kriterium der Adäquanz ersetzen kann; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. Kap. 2/2/III.

⁴¹² GROSS/PRIBNOW, Nr. 381; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2262; JAAG, système général, S. 35; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 157; JAAG, Revision, S. 70 f.; JAAG/RÜSSLI, Nr. 3123; MEYER, S. 718; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.32; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459; VORLAGE HG BL, S. 27; vgl. noch zur Situation Mitte des 20. Jahrhunderts KAUFMANN, S. 201a ff., insbes. S. 296a ff.; vgl. hierzu bereits das Kap. 3/2/IV/3/a insbes. zur aussergewöhnlichen Regelung im Kanton Luzern, in welchem vorgesehen ist, dass das Gemeinwesen nur haftet, «sofern es nicht nachweist, dass dem Angestellten kein Verschulden zur Last fällt», wobei das Verschulden also nicht vom Geschädigten zu beweisen, sondern grds. vermutet wird (hierzu auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 382; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.32; PRIBNOW/KEUSCH, S. 459).

⁴¹³ Vgl. anstelle vieler § 6 Abs. 1 HG AG (hierzu etwa LANGER, S. 955); Art. 3 Abs. 3 HG SH; § 6 Abs. 3 HG ZH (hierzu JAAG/RÜSSLI, Nr. 3124); vgl. auch etwa JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 160 ff.

ein Verschulden erforderlich.⁴¹⁴ Und zum Dritten ist das Verschulden oft vorausgesetzt, damit eine Genugtuung gefordert werden kann.⁴¹⁵

In diesen Konstellationen, in denen das Verschulden in der Staatshaftung von Bedeutung ist, gelten die gleichen **Grundsätze wie im Privatrecht**.⁴¹⁶ Demnach erfordert das Verschulden auf der subjektiven Seite die Urteilsfähigkeit des Schädigers, welche nach Art. 16 ZGB grds. vermutet wird.⁴¹⁷ Auf der objektiven Seite setzt es voraus, dass in der konkreten Situation vom angebrachten Durchschnittsverhalten abgewichen wurde.⁴¹⁸ Es beinhaltet folglich den Vorwurf an die schädigende Person, sich nicht pflichtgemäss verhalten zu haben.⁴¹⁹ Dabei kann dies vorsätzlich oder auch fahrlässig erfolgt sein.⁴²⁰

⁴¹⁴ JAAG, système général, S. 35; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 163; REY, Nr. 117; RYTER, Nr. 29.29.

⁴¹⁵ Vgl. etwa Art. 6 VG; Art. 6 f. VG VS; Art. 7 HG ZG; vgl. hingegen etwa § 4 HG BL, wonach explizit kein Verschulden verlangt wird; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2262; HUNOLD, Nr. 39; JAAG, système général, S. 35; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 159; JAAG, Revision, S. 71 f.; REY, Nr. 117; RYTER, Nr. 29.29.

⁴¹⁶ REY, Nr. 117.

⁴¹⁷ BREHM, N 179 ff. zu Art. 41 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 526 und 571 ff. m.w.H.; FISCHER, N 159 ff. zu Art. 41 OR m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 5 ff. zu § 6; HUNOLD, Nr. 40 m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 61 und 70 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 12 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 40 und 112 ff. zu § 5; REY, Nr. 834; SCHWENZER, Nr. 22.04 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 64 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 269 ff., welcher zudem auch das Kriterium des Vorsatzes bzw. der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Seite ortet.

⁴¹⁸ BREHM, N 170 ff. zu Art. 41 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 526 m.w.H.; KELLER/GABI/GABI, S. 61 ff.; MÜLLER, Handkommentar, N 11 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, I, N 40 und 44 ff. zu § 5; REY, Nr. 810 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 61 zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 259.

⁴¹⁹ BREHM, N 168 zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 3 zu § 7; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 528 m.w.H.; FISCHER, N 152 f. zu Art. 41 OR m.w.H.; JAAG, système général, S. 35; JAAG, Revision, S. 69; KELLER/GABI/GABI, S. 61; REY, Nr. 805; SALZGEBER, S. 137 f.

⁴²⁰ BREHM, N 191 ff. zu Art. 41 OR; DESCHENAUX/TERCIER, N 18 ff. zu § 7; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 558 ff. m.w.H.; FISCHER, N 163 ff. zu Art. 41 OR m.w.H.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 1 ff. und 17 ff. zu § 6; HUNOLD, Nr. 40; JAAG, système général, S. 35; JAAG, Bundesverwaltungsrecht, Nr. 154 ff.; JAAG, Revision, S. 69 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 62 ff.; OFTINGER/STARK, I, N 44 ff. zu § 5; REY, Nr. 810 ff.; SALZGEBER, S. 138 ff.; SCHWENZER, Nr. 22.11 ff.; WERRO, OR-Kommentar, N 56 f. zu Art. 41 OR; WERRO, responsabilité, Nr. 294 f.

Die **kontroversen Diskussionen** aufzunehmen, ob denn von einem objektiven oder subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff auszugehen sei und inwiefern sich das Verschulden von der Widerrechtlichkeit unterscheidet, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weshalb wir uns mit einem entsprechenden Verweis auf die Literatur begnügen müssen.⁴²¹

An dieser Stelle sei einzig noch einmal auf die Stimmen in der Lehre hinzuweisen, welche der Ansicht sind, nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung handle es sich bei den Staatshaftungstatbeständen nicht um tatsächliche Kausalhaftungen.⁴²² Denn das Bundesgericht sagt zwar, dass mit Ausnahme einiger spezifischer Konstellationen, darunter etwa jene des Rechtsaktes, Vermögensschadens und der staatlichen Unterlassung, die Widerrechtlichkeit bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes in jedem Fall bejaht werden müsse, selbst wenn keine spezifische Sorgfaltspflicht verletzt wurde.⁴²³ In der Tat prüft es im nächsten Moment zumindest bei finalen Schädigungen allfällige Rechtfertigungsgründe, insbesondere jenen der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt, und beurteilt somit ebenfalls, ob der Beamte amtspflichtgemäss bzw. sorgfältig gehandelt hat, womit die Haftung wieder in die **Nähe einer Verschuldenshaftung** im Sinne von Art. 41 OR gerückt wird.⁴²⁴

Die kritischen Stimmen an dieser inkonsequenten und komplizierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind durchaus zu unterstützen. Denn abschliessend sei noch einmal betont, dass es bei der Staatshaftung gerade nicht um das individuelle Verhalten eines Beamten, sondern um die Pflichten des Staates gehen soll. Erfolgt im Risikobereich des Staates ein schädigender Realakt, welcher etwa in Grundrechte der Bürger eingreift, so hat er für die finanziellen Folgen einzustehen.⁴²⁵ Der Staat, seine Handlungspflichten und sein Versagen als Organisationseinheit müssen in den Vordergrund gerückt werden, während das Ver-

⁴²¹ FAJNOR, S. 20 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 532 ff. m.w.H.; GROSS, Staatshaftung, S. 228 ff.; GYGI, Widerrechtlichkeit, S. 420 ff.; OFTINGER/STARK, I, N 24 ff. zu § 5 zum Verhältnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden sowie N 63 ff. zu § 5 zur Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs; PORTMANN, S. 273 ff.; REY, Nr. 846 ff.; VERDE, Widerrechtlichkeit, Nr. 67 ff.m.w.H.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, insbes. S. 369 ff.

⁴²² Kap. 3/2/II/1.

⁴²³ BGE 123 II 577 ff. (584), E. 4d.gg.

⁴²⁴ GROSS, Staatshaftung, S. 171; WERRO, Staatshaftung, S. 131 mit Verweis auf BGE 120 Ib 411 ff.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 350; WICHTERMANN, Nr. 88; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 47 ff.; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5; SOBOTICH, S. 71 m.w.H.

⁴²⁵ Vgl. hierzu auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 52; WERRO, Staatshaftung, S. 131, 139 f. und 142; vgl. hierzu auch etwa Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003, E. 5.1.3.

schulden des handelnden Beamten für die Beurteilung der Staatshaftung im Aussenverhältnis nicht beachtet werden darf.⁴²⁶ Es muss folglich auch vermieden werden, dass durch den Rechtfertigungsgrund der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Staates das Augenmerk auf die Verletzung einer individuellen Amtspflicht gelegt wird, geht es doch primär darum, ob der Staat als Ganzes korrekt funktioniert hat und seinen Pflichten nachgekommen ist.⁴²⁷

⁴²⁶ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.46; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 61.

⁴²⁷ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.5 f. und 3.46 ff.

4. Kapitel: Schlussbetrachtung und Exkurs: Allgemeiner Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte

I. Besondere Bedeutung der Staatshaftung im sicherheitspolizeilichen Bereich

Wie im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde, weist das Sicherheits- und Polizeirecht einige **Besonderheiten** auf, welche es teilweise von anderen Bereichen staatlicher Tätigkeit unterscheidet. Insbesondere kann die Polizei – grds. als einzige Behörde – für die Durchsetzung ihrer Massnahmen in bestimmten Situationen Zwang anwenden, wodurch die Grundrechte der Bürger regelmässig stark beeinträchtigt werden.¹ Aufgrund beschränkter Ressourcen ist darüber hinaus die Tendenz zu beobachten, dass gewisse sicherheitspolizeiliche Aufträge vermehrt nicht nur an andere Akteure innerhalb des Staatsapparates, sondern gar an Private ausgelagert werden.²

Aspekte wie diese würden eigentlich verlangen, dass der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit durch eine klare Regelung (in formellen Gesetzen) **strenge Grenzen** gesetzt werden, um die Macht der Polizei als Institution aber auch die Befugnisse der einzelnen Beamten zu beschränken.

Eigentlich – denn zum einen erweist sich das Sicherheits- und Polizeirecht als sehr **komplexe, unübersichtliche Rechtsmaterie**.³ Einerseits sind bereits die verschiedenen Polizeibegriffe mehrdeutig und zumeist konturlos,⁴ andererseits befassen sich eine Vielzahl von Akteuren und drei föderative Ebenen, mitunter 26 verschiedene Kantone sowie mehrere Bundesdepartemente, mit dem Thema Sicherheit.⁵ Entsprechend sind Normen auf den unterschiedlichsten Stufen und in den verschiedensten Gesetzesordnungen zu berücksichtigen, was zu einem dichten und komplexen Normengeflecht und einem entsprechenden Mangel an Homogenität führt.⁶ Diese Komplexität und Unbestimmtheit bringt eine gewisse

¹ Vgl. etwa Kap. 1/3/IV/2 zu den polizeilichen Zwangsmitteln der kantonalen Polizeikorps.

² Vgl. etwa Kap. 1/3/VI.

³ Vgl. hierzu bereits das Fazit des 1. Teils, Kap. 1/4.

⁴ Vgl. hierzu REINHARD, S. 6 f.; vgl. ausführlich Kap. 1/1.

⁵ Vgl. insbes. Kap. 1/2/IV zur Kompetenzverteilung.

⁶ Vgl. auch EGLI, 2012, S. 193; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 10.

Unvorhersehbarkeit und Verwirrung sowohl für die rechtsanwendenden Behörden, wie auch die einzelnen Bürger mit sich.⁷

Zum andern sind der **Bestimmtheit der Normen** in den Polizeigesetzen gewisse Grenzen gesetzt, weshalb als Bestimmtheitssurrogat ein genügend ausgebautes Rechtsschutz- und Rechtsmittelsystem besonders bedeutsam wäre.⁸ Gerade dies ist im Bereich des Polizeirechts aber regelmässig ungenügend.⁹

Entsprechend kommt der Staatshaftung in Bezug auf sicherheitspolizeiliche Realakte eine besondere Bedeutung zu, da sie oft das wirksamste, wenn nicht sogar einzige Rechtsschutzmittel gegen diese darstellt.¹⁰

II. Kompliziertes Haftungssystem für sicherheitspolizeiliche Realakte

Wie in den letzten Kapiteln aufgezeigt wurde, hält das öffentlich-rechtliche Haftungssystem der Schweiz für Situationen, in denen eine Person durch den Staat oder seine Angestellten geschädigt wird, **keine einheitliche Lösung** bereit.¹¹ Vielmehr gibt es eine **Vielfalt von Haftungssystemen**, von welchen jeweils das im Einzelfall einschlägige eruiert werden muss.

Dasselbe gilt auch bezüglich der Haftung des Staates für sicherheitspolizeiliche Realakte: Aufgrund der unterschiedlichen anwendbaren Haftungsgrundlagen, den verschiedenen sicherheitspolizeilichen Akteuren auf mehreren föderativen Ebenen und deren vielgestaltigen Positionen, präsentiert sich diese als kompliziert.¹²

Bereits die Prüfung, welche Ansprüche bei welcher Behörde geltend gemacht werden können, wird sich in vielen Fällen als anspruchsvoll erweisen.¹³ Als erste Frage wird nämlich jeweils zu klären sein, in wessen Zuständigkeitsbereich eine Aufgabe und damit verbundene (unterlassene) Handlung steht, was ange-

⁷ Vgl. auch MOHLER, Polizeirecht, Nr. 7.

⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 684; RITTER, S. 192 f.; vgl. auch BGE 132 I 49 ff. (59 f.), E. 6.3; vgl. zum Rechtsschutz im Sicherheitsrecht auch LIENHARD/HÄSLER, Nr. 85 ff.

⁹ Vgl. Kap. 2/4, insbes. 2/4/III; vgl. auch SCHWEIZER/MÜLLER, S. 392 f. m.w.H.

¹⁰ Vgl. GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1429 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 425 f.; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1590; MOOR/POLTIER, S. 39; RÉMY, S. 19; SCHINDLER, S. 215 ff., insbes. S. 221.

¹¹ BOPPART, S. 92; MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1599; RYTER, Nr. 29.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 60; WERRO, Staatshaftung, S. 126.

¹² Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 2 zu § 61.

¹³ SUTTER, Staatshaftung, S. 33.

sichts der unübersichtlichen Kompetenzverteilung im sicherheitspolizeilichen Bereich bereits mit einigen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte.¹⁴ Erst anschliessend kann der anwendbare Haftungserlass bestimmt werden.¹⁵

Die unterschiedlichen Haftungsnormen weisen dabei etwa in Bezug auf den Kreis der Haftungssubjekte, den Rechtsschutz oder die Verfahrens- und Verjährungsregelungen partiell erhebliche Abweichungen auf.¹⁶ Angesichts der teilweise kurzen Fristen zum Einreichen der Begehren¹⁷ erscheint die Möglichkeit für die Betroffenen, auf dem Weg der Staatshaftung zu Rechtsschutz zu gelangen, als erheblich erschwert.

III. Einheitlicher Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte

A) Einheitlicher Haftungstatbestand auf Bundesebene

Angesichts der besonderen Bedeutung der Staatshaftung im Polizei- und Sicherheitsrecht auf der einen, und der Komplexität des gegenwärtigen Staatshaftungsrechts auf der anderen Seite, drängt es sich auf, für den sicherheitspolizeilichen Bereich ein einheitliches Haftungssystem zu fordern. Um möglichst alle sicherheitspolizeilichen Akteure erfassen zu können, sollte eine entsprechende Regelung auf Bundesebene normiert werden. Zunächst müsste die Haftungsnorm ihren Geltungsbereich definieren, also sowohl in persönlicher Hinsicht die Organe bestimmen, als auch in sachlicher Hinsicht die Handlungen umschreiben, welche von ihr erfasst werden sollen.

Der Bundesrat beabsichtigte den Erlass eines Bundesgesetzes über die polizeilichen Aufgaben des Bundes und veröffentlichte dessen Vorentwurf im November 2009.¹⁸ Aus den anschliessenden Vernehmlassungen und den parlamentarischen Beratungen zum BERICHT MALAMA wurde deutlich, dass eine umfassende Normierung der bundespolizeilichen Aufgaben aktuell keine genügende politische Unterstützung findet. Aus diesem Grund stellte der Bundesrat die Gesetzgebungsarbeiten, unter Vorbehalt von möglichen «punktuelle[n] Anpassungen der bestehenden Rechtsgrundlagen», ein.¹⁹ An dieser Stelle bleibt zu hoffen,

¹⁴ Vgl. SUTTER, Naturgefahren, S. 184 und Kap. 1/2/IV, insbes. Kap. 1/2/IV/2/C, und Kap. 1/2/V.

¹⁵ SUTTER, Naturgefahren, S. 184.

¹⁶ WICHTERMANN, Nr. 14 f.; vgl. auch PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.67; vgl. MOHLER, Polizeirecht, Nr. 1607 f. bzgl. den Regelungen auf kantonaler Ebene.

¹⁷ Vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 VG.

¹⁸ BERICHT VE POLAG, S. 7; vgl. auch Art. 1 ff. VE PolAG.

¹⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Juni 2013, abrufbar unter

dass die Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte ein Aspekt ist, zu welchem ein politischer Konsens gefunden, welcher also punktuell angepasst werden könnte.

Hierzu bedürfte es aber nicht nur einer Einigung auf Bundesebene, sondern sämtlicher involvierter Akteure. Diesbezüglich stimmt positiv, dass die wichtigsten materiellen Grundsätze in den Haftungsbestimmungen der Kantone und des Bundes grds. übereinstimmen, in erster Linie also formelle Aspekte, Verfahrensfragen und Zuständigkeiten unterschiedlich geregelt sind.

Der Vorentwurf zum Gesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes enthielt zwar eine Bestimmung zur Haftung, verwies aber einzig auf das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes.²⁰ Dies wäre für eine Norm oder gar ein Gesetz über die Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte nicht anzustreben. Zum einen müsste sich diese(s) eingehend zum anwendbaren Verfahren äussern und die Zuständigkeiten genau regeln. Zum andern wäre auch in materieller Hinsicht eine spezielle, differenzierte Lösung angezeigt, welche in den folgenden Kapiteln erarbeitet und skizziert werden soll. Es stellt sich insbesondere die Ausgangsfrage, ob aufgrund der Gefährlichkeit und des Schadenspotentials gewisser sicherheitspolizeilicher Realakte nicht eine allgemeine Gefährdungshaftung normiert werden müsste.

B) Allgemeine Gefährdungshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte?

a) Allgemeine Gefährdungshaftung im Privatrecht

Schon seit langer Zeit fordern gewisse Teile der privatrechtlichen Lehre die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung, was auch die Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts in ihren Vorentwurf übernahm.²¹ Werde eine Tätigkeit, die trotz Ergreifen von Schutzmassnahmen mit einer nicht vollständig zu beherrschenden Gefahr verbunden ist und im Einzelfall zu schwerwiegenden Folgen führen kann, von der Allgemeinheit geduldet oder gar erwünscht, so rechtfertigt sich die Einführung einer Gefährdungshaf-

https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/aktuell/news/2013/ref_2013-06-261.html, zuletzt besucht am 30. März 2016.

²⁰ Art. 105 Abs. 2 VE PolAG.

²¹ OFTINGER/STARK, II/2, N 37 ff. zu § 24; vgl. SCHLÜCHTER, S. 271 ff., insbes. S. 331 ff.; WIDMER, S. 417 ff., insbes. S. 424 ff. und 429 ff.; WIDMER/WESSNER, S. 133 ff.; vgl. Art. 50 VE OR; vgl. zum Vorschlag der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts und ihre Umsetzung in Art. 50 VE OR auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 153 ff.

tung.²² Das heutige System von einzelnen, spezialgesetzlichen Regelungen²³ widerspreche der Rechtsgleichheit. Letztere würde gebieten, einen generellen Gefährdungshaftungstatbestand für sämtliche solcher Tätigkeiten einzuführen.²⁴ Haftungssubjekt soll jeweils sein, wer über eine Tätigkeit die wirtschaftliche und organisatorische Kontrolle habe.²⁵ Denn diese Personen verfügen zum einen über die Möglichkeit, überhaupt Schutzmassnahmen ergreifen und so den Gefahren entgegenwirken zu können. Zum andern, und dies ist entscheidend, ziehen sie den primären Nutzen aus der Tätigkeit, weshalb es sich auch rechtfertigt, ihnen das finanzielle Risiko aufzubürden.²⁶

Zwar hat der Ansatz einer allgemeinen Gefährdungshaftung durchaus seine Berechtigung – insbesondere mit Blick auf die aktuelle Lösung punktueller Regelungen in Spezialgesetzen, welche aufgrund einer (absurden) Vielzahl von einschlägigem Gesetzes- und Verordnungsrecht unübersichtlich und damit der Rechtssicherheit abträglich ist.²⁷

Es gibt aber auch gewichtige Gründe, welche gegen einen generellen Gefährdungshaftungstatbestand sprechen: Im Rahmen eines solchen müssten nämlich jeweils die Gerichte entscheiden, ob eine besonders gefährliche Tätigkeit vorliegt. Die Richter müssten also beurteilen, ob eine Handlung «ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen»²⁸ und deshalb die Anwendung der Gefährdungshaftung rechtfertigt.²⁹

Nach der hier vertretenen Ansicht sollen aber nicht Richter im Nachhinein, sondern vielmehr der Gesetzgeber im Vorhinein beurteilen und bestimmen, ob gewisse gefährliche Tätigkeiten zu dulden, als Kompensation aber dem primären Nutzniesser die finanziellen Risiken aufzubürden sind.³⁰ Dies verlangt bereits

²² Vgl. hierzu auch OFTINGER/STARK, II/2, N 22 ff. zu § 24; ROBERTO, Nr. 16.01 ff.

²³ Vgl. zum «Flickenteppich aus Sondergesetzen» auch FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 105 ff.; vgl. auch SCHWENZER, Nr. 54.02; WIDMER, S. 425.

²⁴ BERICHT GESAMTREVISION, S. 60 ff.; GROSS, Staatshaftung, S. 294 f.; OFTINGER/STARK, II/2, N 42 zu § 24; SCHLÜCHTER, S. 271 ff., insbes. S. 330 f.; WIDMER/WESSNER, S. 137 ff.

²⁵ GROSS, Staatshaftung, S. 295.

²⁶ BERICHT GESAMTREVISION, S. 64.

²⁷ Vgl. WIDMER, S. 431.

²⁸ Art. 50 Abs. 2 VE OR.

²⁹ Gl.M. FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 168 ff., insbes. Nr. 171; vgl. auch OFTINGER/STARK, II/2, N 42 zu § 46 f.

³⁰ FELLMANN, Haftpflichtrecht II, Nr. 171; gegen den Einwand der Rechtssicherheit vgl. WIDMER/WESSNER, S. 138.

die Gewaltenteilung, ist aber auch mit Blick auf die Rechtssicherheit der Bürger zu fordern, damit diese ihre rechtliche Situation und allfällige Haftungsrisiken im Voraus abschätzen können.³¹

Das Argument, der Gesetzgeber vermöge den verschiedenartigen Gefahren und dem damit verbundenen Schutzbedürfnis durch Normierung von Spezialbestimmungen nicht gerecht zu werden, Rechtssicherheit könne hingegen auch durch eine kontinuierliche Rechtsprechung erreicht werden, vermag nicht vollständig zu überzeugen.³² Wie im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde, ist es überhaupt fraglich, ob heute, angesichts der wissenschaftlichen und technischen Fortschritte etwa in der Gefahrenprognose, noch wirklich unvorhersehbare Gefahren existieren, gegen welche der Gesetzgeber entsprechend keine Massnahmen ergreifen kann.³³ Selbst wer dies bejaht, muss zugestehen, dass die Entwicklung einer konstanten Rechtsprechung, welche die nötige Rechtssicherheit schaffen soll, Jahre dauern würde.³⁴ Jahre, welche auch für den Gesetzgeber ausreichen müssen, bei Bedarf eine Gefährdungshaftung zu normieren.

Schliesslich ist zu beachten, dass Richter wie alle Menschen zu sogenannten Rückschaufehlern neigen: Der menschliche Geist scheint nur beschränkt fähig zu sein, einen Wissensstand aus der Vergangenheit ohne Beeinflussung durch mittlerweile Geschehenes zu rekonstruieren.³⁵ Es ist kaum möglich, Entscheidungen objektiv zu bewerten und mittlerweile bekannte Ereignisse und Tatsachen auszublenden.³⁶ Richter müssten aber im Nachhinein entscheiden, ob eine Tätigkeit vor der Schadensverursachung als besonders gefährlich erschien. Dabei würden sie dazu neigen, dies in der Rückschau viel eher zu bejahen, als sie es vor der Schadensverursachung tatsächlich bejaht hätten, wobei die Rückschaufehler tendenziell grösser werden, je schlimmer die Folgen im konkreten Fall sind.³⁷ Kommt es beispielsweise bei einer risikoarmen Operation zu einer unvorhersehbaren Komplikation, aufgrund welcher der Patient stirbt, so werden die Gerichte im Nachhinein viel eher der Ansicht sein, der Eingriff sei von Anfang an gefährlich gewesen.³⁸

³¹ A.M. wohl SCHLÜCHTER, S. 330 m.w.H.

³² SCHLÜCHTER, S. 331 m.w.H.; vgl. auch BERICHT GESAMTREVISON, S. 60; WIDMER, S. 431.

³³ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, S. 17.

³⁴ Vgl. SCHLÜCHTER, S. 332.

³⁵ KAHNEMANN, S. 251 f.

³⁶ KAHNEMANN, S. 250 ff.

³⁷ KAHNEMANN, S. 252 f.

³⁸ KAHNEMANN, S. 252.

b) Allgemeine Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht

Wird für das Privatrecht ein allgemeiner Gefährdungshaftungstatbestand gefordert, so verlangt das Gleichheitsgebot, dieses Postulat auch im öffentlichen Recht vorzubringen.³⁹ Eine allgemeine Gefährdungshaftung zu verlangen, welche sich generell auf staatliche Tätigkeit bezieht, hat allerdings von vornherein keine Berechtigung: Denn der Aufgabenbereich und die Handlungen des Staates sind nicht per se mit einer besonderen Gefahr verbunden, an welche eine Gefährdungshaftung anknüpfen könnte.⁴⁰ Gehen die Beamten ihren alltäglichen Tätigkeiten nach – studieren etwa Akten, prüfen Gesuche, erteilen Bewilligungen, arbeiten Erlasse aus oder unterrichten, – so setzt dies die Bürger in keiner Weise speziellen Risiken aus.

c) Allgemeine Gefährdungshaftung im sicherheitspolizeilichen Bereich

Kann ein allgemeiner Gefährdungshaftungstatbestand (für staatliches Handeln) vorliegend keine mögliche Lösung sein, ist zu prüfen, ob eine etwas spezifischere Generalklausel im sicherheitspolizeilichen Bereich gerechtfertigt wäre. Denn wie im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde, sind viele sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten «ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet [...], auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt **häufige** oder **schwerwiegende Schäden** herbeizuführen».⁴¹ Man denke nur an den Einsatz von körperlicher Gewalt, Waffen oder schweren Geräten. Gleichzeitig ist die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit nicht nur **gesellschaftlich geduldet**, sondern klar erwünscht – ja gar gesetzlich vorgeschrieben.

Eine **Gefährdungshaftung** wäre also durchaus nicht abwegig. Das finanzielle Risiko könnte so demjenigen aufgebürdet werden, welcher das primäre Interesse an dieser Tätigkeit hat: Nämlich dem Staat bzw. der Allgemeinheit (welche die Schadenersatzleistungen durch ihre Steuern zu finanzieren hätte), ist die Aufrechterhaltung der Sicherheit doch klar ein öffentliches Interesse.⁴² Eine solche Gefährdungshaftung würde denn auch dem Gleichbehandlungsprinzip entsprechen: Denn dieses verlangt nach einer gerechten Verteilung der (erhöhten) Risi-

³⁹ Vgl. WERRO, Staatshaftung, S. 129 f. und 143; vgl. auch GROSS/PRIBNOW, Nr. 53; PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.50.

⁴⁰ Vgl. GROSS, Vergleich, S. 66; GROSS, Staatshaftung, S. 258 und 307; RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 10.

⁴¹ Art. 50 Abs. 2 VE OR; vgl. auch etwa RÜTSCHÉ, Staatshaftung, Nr. 10, wonach mit der Ausübung polizeilicher Gewalt unvermeidlich Schädigungen verbunden sind.

⁴² Vgl. hierzu Kap. 2/2/II.

ken, welche sich aus (der Ausdehnung) der staatlichen Tätigkeit ergeben.⁴³ Rechtswidrige Schädigungen sollen dem Gemeinwesen und damit der Allgemeinheit zugeordnet werden.⁴⁴

Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass bei weitem **nicht der gesamte sicherheitspolizeiliche Tätigkeitsbereich** mit besonderen Gefahren verbunden ist: Viele Handlungen der allgemeinen Gefahrenabwehr – damit verbundene Datenbearbeitungen, Auskünfte und Medieninformationen, Aktenstudium, Patrouillenfahrten, Anhaltungen, Befragungen oder Durchsuchungen – stellen für die Bürger wie die allgemeine staatliche Tätigkeit keinesfalls ein spezielles Risiko dar.

Entsprechend drängt sich eine differenzierte Lösung auf, welche an die Haftungsnorm für Schädigungen durch die Armee, an Art. 135 MG, angelehnt werden könnte:

C) Zu Art. 135 MG analoge Haftungsnorm für sicherheitspolizeiliche Realakte

Verursachen Angehörige einer vom Anwendungsbereich der Norm erfassten Sicherheitsbehörde Dritten durch eine **besonders gefährliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit** Schaden, so soll eine **Gefährdungshaftung** gelten.⁴⁵ Nach einer Vernehmlassung bei den betroffenen Kreisen zur Frage, welche Aspekte des sicherheitspolizeilichen Bereichs als besonders gefährlich gelten und entsprechend einen besonderen Schutz der Bürgerinnen und Bürger erfordern, müsste der Gesetzgeber der Rechtssicherheit zuliebe und im Gegensatz zu Art. 135 MG in der sicherheitspolizeilichen Haftungsnorm genau benennen, was alles zu den besonders gefährlichen sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten zählt. Zu denken ist etwa an den Einsatz von Waffen, allen voran Schusswaffen, aber auch Reizstoffen, Wasserwerfern und nicht tödlich wirkenden Destabilisierungsgeräten, sowie an die Verwendung von schweren Geräten und Fahrzeugen.

Für die **übrigen sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten** soll eine **Kausalhaftung** genügen.⁴⁶ Als solche gelten alle Handlungen, welche durch die Aufgaben oder den Betrieb der Sicherheitsbehörden geboten sind oder aufgrund eines Aufgebots vorgenommen werden.⁴⁷ Darunter fallen insbesondere Aktivitäten, welche den Beamten durch Dienstreglemente, allgemeine bzw. besondere Aufträge aufgetragen werden oder aufgrund der Umstände geboten sind und mit den zur Ver-

⁴³ MOOR/POLTIER, S. 834.

⁴⁴ MOOR/POLTIER, S. 856.

⁴⁵ Art. 135 Abs. 1 lit. a MG.

⁴⁶ Art. 135 Abs. 1 lit. b MG.

⁴⁷ Vgl. GROSS, Staatshaftung, S. 48; vgl. auch Urteil des BVGE A-6426/2013 vom 18. Januar 2015, E. 5.2.2 m.w.H. zu Art. 135 MG.

fügung gestellten Mitteln erfüllt werden.⁴⁸ Hierbei soll es sich aber tatsächlich um eine Kausalhaftung handeln. Der Staat und sein Versagen als Organisationseinheit müssen in den Vordergrund rücken, das Verschulden des handelnden Beamten ist für die Frage nach der Staatshaftung hingegen nicht beachtlich.⁴⁹

D) Fazit

Ein solch allgemeiner, einheitlicher Haftungstatbestand für sicherheitspolizeiliche Realakte bleibt wohl vorläufig eine Wunschvorstellung. Das Staatshaftungsrecht wird auch in Zukunft als ein komplexes und unübersichtliches System von unterschiedlichen Rechtsquellen fortbestehen, hat der Bundesrat sein Ziel, das Haftpflichtrecht zu vereinheitlichen, doch erst kürzlich zu Grabe getragen.⁵⁰

Wird nicht das gesamte System einer Vereinheitlichung zugeführt, so sollen immerhin die einzelnen Haftungserlasse klar und einfach gestaltet und insbesondere von Sonderregelungen abgesehen werden.⁵¹ Wie im letzten Kapitel bei der Besprechung der einzelnen Haftungsvoraussetzungen aufgezeigt wurde, macht es dabei durchaus Sinn, sich an die bekannten und dogmatisch weithin aufgearbeiteten allgemeinen Haftungsgrundsätze anzulehnen oder diese gar zu übernehmen.⁵² Denn nach der hier vertretenen Ansicht erscheinen nur die wenigsten Spezialitäten der aktuell bestehenden Staatshaftungsnormen gerechtfertigt oder überhaupt notwendig, würden die allgemeinen Haftungsgrundsätze konsequent angewandt. Insbesondere könnte auf den Rechtfertigungsgrund des amtspflichtgemässen Handelns und zu grossen Teilen auf einen Haftungstatbestand für rechtmässige Schädigung verzichtet werden.⁵³ Gewisse Differenzierungen zwischen Privat- und Staatshaftungsrecht sind aber dennoch gerechtfertigt. So sollte etwa die gegenwärtig vom Bundesgericht vertretene Widerrechtlichkeitstheorie und allenfalls auch die Figur des adäquaten Kausalzusammenhangs überdacht werden.

⁴⁸ Vgl. BGE 79 II 147 ff. (150), E. 3; 78 II 419 ff. (429), E. 3; vgl. auch Urteil des BVGE A-6749/2010 vom 3. Oktober 2011, E. 4.2.1 zu Art. 135 MG.

⁴⁹ PRIBNOW/GROSS, Nr. 3.46; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 zu § 61.

⁵⁰ Vgl. BOPPART, S. 92; WICHTERMANN, Nr. 17.

⁵¹ Ebenso BOPPART, S. 92.

⁵² Vgl. BOPPART, S. 92.

⁵³ Vgl. Kap. 3/3/IV/5 und 3/3/IV/6/E.

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Was oder wer ist (die) Polizei?

Diese Frage kann nicht abschliessend beantwortet werden, erscheint der **Polizeibegriff** doch mehrdeutig und zumeist konturlos.

Mehr Klarheit könnte erreicht werden, wenn er **nur** noch **im institutionellen Sinne** verwendet, «Polizei» also immer eine Dienststelle bezeichnen würde, der primär die Aufgabe der Gefahrenabwehr obliegt und die hierfür organisationsrechtlich als Polizeibehörde ausgesondert ist. Dabei sollte aber von einem engen Verständnis ausgegangen werden und in erster Linie die kantonalen und kommunalen Polizeikorps, sowie das Grenzwachtkorps und das Kommando Militärische Sicherheit darunter subsumiert werden, nicht aber etwa Verwaltungsbehörden, welche sich neben anderen Aufgaben der besonderen Gefahrenabwehr widmen. Erstere sind denn auch diejenigen Akteure, welche in der vorliegenden Arbeit im Vordergrund stehen.

Der materielle Polizeibegriff sollte der Klarheit zuliebe aufgegeben und durch die jeweilige – möglichst genaue – Aufgabenumschreibung ersetzt werden. Entsprechend bezeichnet der für diese Arbeit zentrale Begriff der «**sicherheitspolizeilichen Tätigkeit**» den Bereich der «allgemeinen Gefahrenabwehr sowie Störungsbeseitigung für die öffentliche Sicherheit».

Öffentliche Sicherheit kann als «Gewährleistung der durch Rechtsnormen geschützter Güter, die für das friedliche und geordnete Zusammenleben der Gemeinschaft unabdingbar sind», definiert werden. Auf den Begriff der öffentlichen Ordnung, welcher sich auf die durch Sozialnormen geschützten Güter bezieht, muss bei der Umschreibung der sicherheitspolizeilichen Aufgaben hingegen verzichtet werden, darf sich polizeiliches Eingreifen – allenfalls gar mit Zwang verbunden – doch nie lediglich auf moralische Vorstellungen stützen, welche keinen Eingang ins Recht gefunden haben.

Der Entscheid über die Zulässigkeit und Grenze sicherheitspolizeilicher Massnahmen, also über das **Spannungsverhältnis** zwischen **Freiheit und Sicherheit**, erfordert nämlich eine Wertung, welche durch den Gesetzgeber vorzunehmen ist, also in einem demokratischen Verfahren zustande kommen muss. Freiheit und Sicherheit sind nicht gänzlich in Einklang zu bringen, gleichzeitig aber keineswegs völlig gegensätzlich. Vielmehr bedingen sie sich gegenseitig – die eine ist ohne die andere nicht denkbar. Es geht also nicht um einen Entscheid zwischen Sicherheit oder Freiheit, sondern um die Frage nach dem notwendigen Mass an Sicherheit, um die Freiheit bestmöglich gewährleisten zu können. Welche Freiräume zugunsten welcher Sicherheitsinteressen beschränkt werden dürfen und welche Sicherheitsbedürfnisse hinter welchen Freiheiten zurückstehen müssen, hat dabei einzig die Rechtsordnung zu beantworten.

Die **sicherheitspolizeilichen Schutzgüter** sind folglich Rechtsgüter, die gestützt auf konkrete gesetzliche Vorschriften, die polizeiliche Generalklausel oder den unmittelbaren Grundrechtsschutz durch (konkrete) Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung zu schützen sind, sofern sich die (konkrete) Gefahr bzw. Störung öffentlich äussert und ein Eingreifen der Polizei aus objektiver Sicht für das friedliche und geordnete Zusammenleben der Gemeinschaft tatsächlich unabdingbar ist, insbesondere weil keine andere Verwaltungsbehörde wirksam intervenieren kann.

Der Schutz dieser Güter funktioniert in der Schweiz trotz gegenwärtig grossen Herausforderungen, wozu auch der föderative Staatsaufbau an sich und der damit verbundene erhöhte Koordinationsbedarf gehört, in der Normallage grundsätzlich gut: Die Schweiz gehört zu den sichersten Ländern der Welt. Es bestehen allerdings Bedenken, ob die **Sicherheitsarchitektur** der Schweiz auch für eine ausserordentliche Lage taugen würde. Die unklaren Kompetenzen des Bundes sowie die teilweise sehr heterogenen Regelungen in den Kantonen könnten durchaus zu Zuständigkeitskonflikten führen. Zudem ist die Schweiz in Bezug auf die Forschung im Polizeibereich im Vergleich zum Ausland im Hintertreffen und oft von der Arbeit anderer Länder abhängig, auch besteht hinsichtlich der Aus- und Weiterbildung des sicherheitspolizeilichen Kaders eine Lücke. Besonders problematisch ist schliesslich, dass für Gefahrenlagen, denen die Polizeikörper mit ihren eigenen Ressourcen nicht Herr werden können, zwar gewisse Unterstützungsleistungen vorgesehen sind, nach wie vor aber keine «polizeiliche Reserve» gebildet wurde. Dies ist insofern delikater, als dass die meisten Polizeikörper der Schweiz zu geringe Bestände aufweisen.

Die **Unterstützung** bzw. **Zusammenarbeit** durch bzw. mit andere(n) (staatlichen) Akteuren bedingt, dass die Kompetenzen klar und schweizweit möglichst einheitlich geregelt werden. Zudem muss das eingesetzte Personal über eine mit den kantonalen Polizeibeamten vergleichbare Ausbildung verfügen. Denn eine gute Ausbildung ist eine der zentralen Massnahmen, um Machtmissbrauch von Sicherheitsbeamten entgegen zu wirken. Schliesslich sollte die übertragene öffentliche Gewalt transparent gemacht werden, was etwa durch das Tragen einer Uniform erreicht werden kann.

Der primäre **Auftrag der sicherheitspolizeilichen Akteure**, die «Abwehr von konkreten Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit», ist indes **offen** und es erscheint unmöglich, ihn (abschliessend) konkret zu umschreiben. Zum einen gibt es gewisse Gefahrensituationen, welche kaum oder gar nicht vorausgesehen werden können. Zum andern wird der Ruf nach mehr Sicherheit, nach mehr Prävention und damit nach mehr Intervention durch den Staat immer wie stärker. Die staatlichen und damit auch die sicherheitspolizeilichen Aufgaben dehnen sich so immer weiter aus. Entsprechend ist auch der Bestimmtheit der Aufgabennormen in den Polizeigesetzen Grenzen gesetzt.

Zu den offenen Aufgabennormen gesellt sich eine teilweise **unvollständige und uneinheitliche Regelung** der **sicherheitspolizeilichen Massnahmen**. Die Kantone verfügen mittlerweile alle über ein Polizeigesetz, welches die Handlungsinstrumente mehr oder weniger detailliert regelt. Insbesondere die Normierung des Zwangs ist aber teilweise noch unbefriedigend und auch die Standardmassnahmen werden vereinzelt nur lückenhaft dargestellt. Des Weiteren sind sich die entsprechenden bundesrechtlichen sowie kantonalen Normen zwar inhaltlich teilweise ähnlich, unterscheiden sich hingegen noch stark im Wortlaut und Aufbau.

Eine **Standardisierung** und **Schematisierung** sicherheitspolizeilichen Handelns wäre indes sehr **wichtig**: Sie würde der Rechtssicherheit der Polizeibeamten und der betroffenen Bürger dienen, kann eine Regelung der polizeilichen Befugnisse – zumindest den Grundzügen nach – doch zum einen für die einzelnen Polizeibeamten eine willkommene Stütze sein, zum andern deren Handeln für die Bürger in gewisser Masse voraussehbar machen. Gesetzliche Grundlagen, welche das Handeln der Sicherheitsbehörden determinieren, sind zudem geeignet, deren Glaubwürdigkeit und das Vertrauen der Bürger zu fördern, was für ihre Arbeit von essentieller Bedeutung ist. Verliert das Volk das Vertrauen in den staatlichen Schutz der Rechtsordnung und nimmt etwa die Gefahrenabwehr selbst in die Hand, ist es um die öffentliche Sicherheit geschehen. Des Weiteren ist die Schematisierung sicherheitspolizeilicher Tätigkeit ein wichtiger Faktor, um sie zu professionalisieren: Werden die typischen Massnahmen in den Gesetzen in standardisierter Form vorgegeben, kann sich auch die Ausbildung danach ausrichten.

Es muss aber zugestanden werden, dass sicherheitspolizeiliches Handeln auf vielfältige Art und Weise erfolgt. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit stehen die **verfügungsfreien direkt intervenierenden Realakte** als relevanter Untersuchungsgegenstand im Vordergrund. Denn diese sind einerseits die in der Praxis wichtigste Erscheinungsform sicherheitspolizeilichen Handelns. Andererseits sind sie regelmässig mit Eingriffen in die Rechte der Bürger verbunden und können letzteren Schaden zufügen – dies insbesondere, wenn sie mit der Anwendung von Zwang verbunden sind.

Die Anwendung von Zwangsmitteln ist eine (nahezu) exklusive Befugnis – teilweise gar Pflicht – der Polizei, was ihr eine gewisse Macht verleiht. Wo Macht besteht, existiert auch das Risiko, dass diese missbraucht wird. Diese **Macht** der Polizei als Institution, aber auch die Befugnisse der einzelnen Polizeibeamten, müssen deshalb **beschränkt** und reguliert werden. Dies erfordert Massnahmen unterschiedlichster Art und beginnt bereits auf der **organisatorischen Ebene**: Sowohl auf die Auswahl der Polizeibeamten, als auch auf eine gute Ausbildung, das Bestehen eines Verhaltenskodex und vor allem fähige Führungspersonen ist

ein Augenmerk zu legen. Auch die Kontrollfunktion der **Medien** ist sehr wichtig.

Machtmissbrauch entgegen zu wirken verlangt zudem diverse Vorkehrungen auf **rechtlicher Ebene**: Bedeutsam sind insbesondere genügend Verfahrens- und Informationsrechte der Betroffenen, disziplinarische und gerichtliche Untersuchungen sowie Sanktionsmöglichkeiten. Speziell wichtig, um der Macht des Staates, etwa in Form der Sicherheitsbehörden, Grenzen zu setzen, sind die Grundrechte. Als integraler Bestandteil der Grundrechtsanwendung, aber auch unabhängig von der Beeinträchtigung eines Freiheitsrechts, dienen zudem die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns der Machtkontrolle und Verhinderung von Machtmissbrauch.

Das **Legalitätsprinzip** würde entsprechend verlangen, dass das polizeiliche Handeln im (formellen) Gesetz selbst möglichst genau reguliert wird, um die Handlungsspielräume der Polizei begrenzen und insbesondere unnötige oder gar missbräuchliche staatliche Eingriffe verhindern zu können. Diesbezüglich besteht im Polizeirecht aber ein Spannungsverhältnis: Denn die Polizei benötigt gerade genügend Handlungs- und Entscheidungsfreiräume, um ihrer Aufgabe flexibel nachkommen und schnell sowie situationsgerecht handeln zu können. Dafür ist sie auf offene Normen, unbestimmte Rechtsbegriffe, das Einräumen von Ermessen sowie allenfalls auch das Delegieren gewisser Normierungsbefugnisse an den Verordnungsgeber angewiesen. Unter restriktiven Voraussetzungen kommt gar ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel in Frage.

Tatsächlich kann hinsichtlich der polizeilich abzuwehrenden Gefahren keine abschliessende Kenntnis erlangt werden, weshalb die Polizei auch mit neuen Bedrohungen rechnen und entsprechend über genügend offene Normen verfügen muss. Dies gilt uneingeschränkt aber lediglich hinsichtlich der Gefahren, also den Auslösern sicherheitspolizeilicher Tätigkeit. Sowohl die zu schützenden Rechtsgüter an sich als auch die **typischen sicherheitspolizeilichen Handlungsinstrumente** sind in Bezug auf den primären Gefahrenabwehrauftrag hingegen grundsätzlich **bekannt**. Entsprechend gibt es keinen hinreichenden Grund, weshalb die allgemeine Tätigkeit der Sicherheitsbehörden und insbesondere die bekannten und im Alltag häufig verwendeten Mittel nicht zumindest in den Grundzügen normiert werden müssten, um so die sicherheitspolizeilichen Befugnisse angemessen durch das Gesetz zu beschränken. Gewisse Abstriche hinsichtlich Normstufe und -dichte sind hinzunehmen, allerdings durch ausreichende Bestimmtheitssurrogate zu kompensieren.

Da dennoch viele (Zwangs-)Massnahmen der Polizei ungenügend normiert sind, richtet sich die Beurteilung ihrer Rechtmässigkeit in den meisten Fällen nach der Frage, ob das **Verhältnismässigkeitsprinzip** gewahrt wurde. Entsprechend kommt ihm nicht nur im Polizeirecht an sich eine ganz besondere Bedeutung zu, sondern es spielt auch bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit, welche mög-

licherweise eine Haftung des Staates für sicherheitspolizeiliches Handeln zu begründen vermag, eine zentrale Rolle. Dass sich die Richter bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines sicherheitspolizeilichen Realaktes eine grosse Zurückhaltung auferlegen und dem Ermessensspielraum der Sicherheitsbehörden umfangreich Rechnung tragen wollen, ist in vielerlei Hinsicht stossend.

Während diese rechtsstaatlichen Grundsätze eher auf einer abstrakten Ebene wirken, schützen die **Grundrechte** die Bürger in ganz konkreten Situationen vor der (missbräuchlichen) Macht des Staates, geben ihnen also Abwehrrechte zur Hand, oder begründen gar gewisse Schutzpflichten. Sie sind eine Leitlinie für sämtliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit. Dies bedeutet aber, dass die handelnden Polizeibeamten über ein detailliertes Wissen hinsichtlich deren Bedeutung und über genügende Fähigkeiten zu deren Anwendung in der konkreten Situation verfügen müssen.

Sowohl die Grundrechte als auch die rechtsstaatlichen Grundsätze können für den Bürger indes nur dann Schutz vor staatlicher Macht bieten, sofern er sie auch durchsetzen kann, sofern ihm also genügende **Rechtsschutzmöglichkeiten** zur Verfügung stehen. In Bezug auf sicherheitspolizeiliche Realakte kann das ordentliche Verwaltungsverfahren aufgrund der Notwendigkeit, schnell zu reagieren, regelmässig nicht vollständig zur Anwendung gelangen. Auch weist der Rechtsschutz in diesem Bereich nach wie vor gewisse Defizite auf, was unter anderem auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass Realakte und die daraus folgenden Schädigungen in der Regel irreversibel sind. Entsprechend kommt der Staatshaftung in Bezug auf sicherheitspolizeiliche Realakte eine besondere Bedeutung zu, da sie oft das wirksamste, wenn nicht sogar einzige Rechtsschutzmittel gegen diese darstellt. Sie ist gerade auf schädigende und widerrechtliche Realakte zugeschnitten.

Aufgrund der unterschiedlichen anwendbaren Haftungsgrundlagen, den verschiedenen sicherheitspolizeilichen Akteuren auf mehreren föderativen Ebenen und deren vielgestaltigen Positionen, präsentiert sich das **Haftungssystem für sicherheitspolizeiliche Realakte** aber als sehr **kompliziert**. Einem wirksamen Rechtsschutz und der Rechtssicherheit der Bürger zuliebe, sollten die einzelnen Haftungserlasse klar und einfach gestaltet und insbesondere von Sonderregelungen abgesehen werden. Dabei macht es durchaus Sinn, sich an die bekannten und dogmatisch weithin aufgearbeiteten allgemeinen Haftungsgrundsätze anzulehnen oder diese gar zu übernehmen. Denn die wenigsten Spezialitäten der aktuell bestehenden Staatshaftungsnormen erscheinen gerechtfertigt oder überhaupt notwendig, würden die allgemeinen Haftungsgrundsätze konsequent angewandt. Allenfalls sollte für den sicherheitspolizeilichen Bereich die gegenwärtig vom Bundesgericht vertretene Widerrechtlichkeitstheorie und die Figur des adäquaten Kausalzusammenhangs überdacht werden.

Die aktuelle Rechtsprechung zur Widerrechtlichkeit mit ihrer Unterscheidung von Erfolgs- und Handlungsunrecht überzeugt nämlich nicht, auch sollte die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit in Bezug auf Handlungen und Unterlassungen gleich gehandhabt, folglich generell auf ein **Handlungsunrecht** abgestellt werden. Bei Handlungen wie auch Unterlassungen geht es nämlich um dieselbe entscheidende Frage: Hat der Staat gegen eine **Norm verstossen**, welche die geschädigte Person vor den Schädigungen der eingetretenen Art an den konkret betroffenen Rechtsgütern schützen wollte?

Im Gegensatz zum Privatrecht gehören im öffentlichen Recht auch die **Grundrechte** zu diesen Normen und sind entsprechend bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit zu berücksichtigen. Denn die Staatshaftung ist nicht eine reine Entschädigungspflicht, sondern eine Verantwortung für die Nicht- oder Schlechterfüllung staatlicher Aufgaben. Es geht also um eine bestimmte Form von Rechtsschutz, welche insbesondere irreversible (schädigende) Eingriffe in Grundrechte durch finanzielle Wiedergutmachung ausgleichen will.

Ist ein schädigender sicherheitspolizeilicher Realakt zu beurteilen – sei es eine Handlung oder Unterlassung – und wurde nicht klarerweise gegen eine Gesetzesbestimmung verstossen, muss folglich immer noch geprüft werden, ob dieser in unzulässiger Weise ein Grundrecht der betroffenen Person tangiert hat. Ist der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen, so muss eine **Prüfung nach Art. 36 BV** erfolgen. Das schädigende Ereignis hat also durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig zu sein, den Kerngehalt des Grundrechts zu wahren, sowie insbesondere über eine genügende gesetzliche Grundlage zu verfügen.

Angesichts der besonderen Bedeutung der Staatshaftung im Polizei- und Sicherheitsrecht auf der einen, und der Komplexität des gegenwärtigen Staatshaftungsrechts auf der anderen Seite, drängt es sich auf, für den sicherheitspolizeilichen Bereich zudem ein **einheitliches Haftungssystem** zu fordern. Um möglichst alle sicherheitspolizeilichen Akteure erfassen zu können, sollte eine entsprechende Regelung auf Bundesebene normiert werden.

Aufgrund der Vielgestaltigkeit sicherheitspolizeilichen Handelns ist eine differenzierte Lösung zu wählen, welche an die Haftungsnorm für Schädigungen durch die Armee, an Art. 135 MG, angelehnt werden könnte:

Verursachen Angehörige einer vom Anwendungsbereich der Norm erfassten Sicherheitsbehörde Dritten durch eine **besonders gefährliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit** Schaden, so soll eine **Gefährdungshaftung** gelten. Der Gesetzgeber müsste dabei der Rechtssicherheit zuliebe und im Gegensatz zu Art. 135 MG in der Haftungsnorm genau benennen, was alles zu den besonders gefährlichen Handlungen zählt.

Für die **übrigen sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten** soll eine **Kausalhaftung** genügen. Aber eine richtige Kausalhaftung: Der Staat und sein Versagen als Organisationseinheit müssen in den Vordergrund rücken, das Verschulden des handelnden Beamten ist für die Frage nach der Staatshaftung hingegen nicht beachtlich.

Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit ist eine zentrale, ja gar originäre und primäre Staatsaufgabe. Die sicherheitspolizeilichen Akteure in der Schweiz vollbringen hierzu tagtäglich Meisterleistungen (!). Dass bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Rechtssphären der Bürger tangiert werden und allenfalls auch Schaden entsteht, ist dabei zu weiten Teilen unvermeidlich. Zudem kann auch mit der sorgfältigsten Auswahl, der besten Ausbildung und den genauesten Gesetzen nicht vermieden werden, dass einzelne Polizeibeamte ihre Macht missbrauchen. Wird aber ein ausreichendes Rechtsschutz- und Staatshaftungssystem gewährleistet und den sicherheitspolizeilichen Akteuren durch eine rechtliche Durchdringung ihrer Praxis eine Leitlinie vorgegeben, kann das Ziel sicherheitspolizeilicher Tätigkeit erreicht werden:

«**Damit [die Bürger] sich sicher fühlen!**»¹

¹ Vgl. den Slogan auf der Homepage der Kantonspolizei Zürich, abrufbar unter <http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/home.html>, zuletzt besucht am 18. April 2016.

Sachregister

A

Abstrakte Gefahr 11, 15, 67 f., 279,
amtliche Tätigkeit 32, 287 f., 292 ff.,
297, 300, 347, 349, 352 ff., 361 f.,
369 ff.,
Anhaltung 122, 125, 132 ff., 161, 244,
261, 265
Armee 1, 7, 23, 30, 41 f., 78 f., 83 f.,
85, 88, 91, 107 f., 119, 162 ff., 290 f.,
295, 328 f., 339, 341 ff.
Auslagerung 32, 168, 170 ff., 290,
299 ff., 349, 360 f., 372
Äussere Sicherheit 39, 42, 77, 81, 100
Ausschliessliche Staatshaftung 287,
292, 295, 298

B

Befugnissnorm 128 ff., 132, 148 f.,
153 f., 156 f., 187, 397 ff., 402 f., 414
Bewegungsfreiheit 136, 138 f., 141,
147, 243 ff., 265,
Bund 77 ff., 160 ff., 292 ff.

D

Datenbearbeitung 14, 73, 124, 143 ff.,
159, 188, 251, 442,
Drohnen 60, 105, 125, 130, 331
Durchsuchung 140 ff., 161 ff., 250

E

Eigentumsgarantie 142, 148, 224, 228,
257 ff., 282, 284 f., 400,
Entschädigungspositivismus 281 ff.,
416,
Erkennungsdienstliche Massnahme 134,
224, 249

Ermächtigungsnorm 128, 283

F

Fernhaltung siehe Wegweisung
Festnahme 132 ff., 139, 162, 169, 241,
244, 367,
Folter 156, 230, 246 ff., 381
Freiheit 1, 41, 48 f., 53, 62 ff., 116

G

Gefährdungshaftung 37, 274, 289,
322 ff., 348, 387 ff., 422, 428, 439 ff.
Gewahrsam 92, 132 f., 136, 138 ff.,
222, 231, 237, 244, 248, 252, 398, 412,
422,
Gleichbehandlungsgebot 232 ff., 272,
284, 418, 424, 442
Grenzwachtkorps 1, 13, 28, 30, 87 f.,
90 ff., 107 ff., 115, 119, 162, 165 f.,
263, 294
Grundeigentümerhaftung 301, 319 ff.
Grundrechtliche Schutzpflichten 49, 61,
200 f., 220, 224 ff., 241, 253, 258,
403 ff.,

H

Haftung aus Seeschiffahrt 329 f.
Haftung aus Sprengstoffgesetz 289,
333 ff.
Haftung für rechtmässige Schädigung 5,
349, 363, 365, 367, 415 ff., 444
Haftung für Schädigungen durch die
Armee 340 ff., 373, 387, 443
Haftungsrisiko 117, 274 f., 309, 323,
326, 337, 441, 443
Hoheitlich 127 ff., 131, 171 f., 187,
295, 301, 305, 353, 371 ff., 419

I

Identitätsfeststellung 132 ff., 161 f.
Immaterielle Unbill 378 f.
Informationelle Selbstbestimmung 146, 188, 251 f.
Informationsfreiheit 141 f., 206, 252 ff.
Innere Sicherheit 39, 41 ff., 84, 101, 107

K

Kantone 94 ff., 131 ff., 347 ff.
Kantonale Polizeihochheit 76, 93 ff., 102
Kausalhaftung 287 f., 295, 302, 304, 307, 310, 319, 323, 342 ff., 355, 379, 399, 432, 434, 443, 451
Kausalzusammenhang 280, 296, 368, 369, 426 ff.
KKJPD 102 ff., 167
Kleine Generalklausel 203 f., 401 f., 220 (Fn. 309)
Körperliche Unversehrtheit 155, 158, 245 ff., 422
Kommando militärische Sicherheit 13, 30, 165, 266, 446
Kompetenzverteilung 75 ff., 91 f.
Konkordat 78, 83, 100 ff., 132, 167, 365 ff.
Konkrete Gefahr 11, 14 f., 20, 67 ff., 71, 73, 75, 89, 144 f., 148, 206, 279, 399
Koordination 78, 88 f., 101 ff., 113, 447
Kriminalpolizei 25 ff.

L

Legalitätsprinzip 7, 90, 180 ff., 216, 220, 281 ff., 389, 401 ff., 416, 448
Luftfahrzeughalterhaftung 289, 330 ff.

M

Machtmissbrauch 2, 113 f., 160, 176 f., 185, 374, 412, 423, 446 ff.
Medienfreiheit 64, 141 f., 206, 252 ff.,
Meinungsfreiheit 137, 148, 228, 252 ff., 283
Menschenwürde 194, 229 ff., 247, 283
Motorfahrzeughalterhaftung 289, 323 ff.

N

Nachrichtendienst 73, 84, 101, 164 ff., 293

O

Öffentliche Ordnung 33 ff., 51 ff.
Öffentliche Sicherheit 33 ff., 47 ff.
Opportunitätsprinzip 217 f., 233, 394, 409
Organisationshaftung 274 ff., 374, 432

P

Persönliche Freiheit 124, 133 ff., 141, 147, 169, 228, 243 ff., 283, 399 f., 420
Polizei i.e.S. 5, 9 ff., 17 f., 21, 29 f.
Polizei i.w.S. 10
Polizeiaufgaben 32 ff.
Polizeibegriff 4 ff.
Polizeiliche Generalklausel 54, 61, 70, 115, 132, 154, 157, 160, 182, 196 ff., 220, 283, 401 ff., 446, 448
Polizeinotstand 5, 204, 216, 362, 417
Private Sicherheitsdienste 58, 112, 167 ff.
Privatsphäre 130, 228, 242, 248 ff.
R
Realakt 3, 119 ff., 127 ff., 260 ff., 269

- Recht auf Leben 158, 206, 237 ff., 283
- Rechtfertigung 386 ff., 409, 410 ff., 420 f., 425, 434
- Rechtsakt 120 ff., 125 ff., 263, 267, 343
- Rechtsschutz 27 f., 51, 91, 119, 136, 139, 154, 159, 170 ff., 185, 195 f., 270 ff., 273, 291, 361, 408, 415, 437, 449 ff.
- Risiko 33 ff., 66, 68, 274 f., 444
- Risikobereich 277 f., 346, 375, 381, 427, 432 f., 436
- S**
- Schaden 67 ff., 269 f., 296, 354, 375 ff.
- Schusswaffen 158 f., 163 f., 174, 191, 212 f., 237 ff., 242, 335, 337, 407, 443,
- Sicherheitspolizei 13, 19 ff.
- Sicherheitspolizeiliche Schutzgüter 54 ff.
- Sicherstellung 142 f., 161, 224, 258
- Staatshaftung für rechtmässiges Handeln 292, 362 ff., 389, 420 f.,
- Staatshaftung im Aussenverhältnis 275, 295 ff., 354 ff., 435
- Staatshaftung im Innenverhältnis 274 f., 298 f., 346, 359 f., 433
- Standardmassnahme 131 ff., 155, 159 ff., 164, 190 ff.
- Störer 16, 204, 208 ff., 213 ff., 226, 277 ff., 363, 409, 411 f., 421, 425, 429
- Störung 14 f., 19, 56, 61, 67 ff., 75
- Subsidiarität 19, 30, 56 f., 61, 75, 79, 82, 91 ff., 107, 112, 155, 165, 198, 256, 271, 291, 295, 300, 341, 347, 362, 419
- T**
- Tierhalterhaftung 289, 301 ff.
- Transportpolizei 86, 92, 109
- U**
- Überwachung 63 f., 72 ff., 143 ff., 159, 165, 209 ff., 244 f., 249 ff., 258
- Uniform 20, 112, 114, 159, 446
- V**
- Verhältnismässigkeitsprinzip 131, 138, 140, 145, 157, 159, 193 f., 199, 206 ff., 245, 259, 390, 409, 411 f., 422 ff., 432, 448 f.
- Verkehrspolizei 13, 24 f., 99, 172, 219
- Versammlungsfreiheit 130, 137, 148, 252 ff., 228,
- Verschulden 216 f., 271 f. 287, 293, 295, 355 f., 423, 425, 428 ff., 432 ff.
- Verursacherprinzip 216 f.
- Verwaltungspolizei 10 ff., 14, 19, 28 f.
- Vorladung und Vorführung 135
- W**
- Wegweisung 122 f., 125, 135 ff., 161 ff., 170, 182, 190 f., 201 f., 204, 206, 209, 216, 223 f., 244 f., 249, 263 f.
- Werkeigentümerhaftung 301, 309 ff.
- Widerrechtlichkeit 32 f., 116, 207, 222, 229, 267, 273, 379 ff.
- Z**
- Zwang 2 f., 9, 12, 18, 20, 25, 51, 55, 65, 97 ff., 112, 127, 155 ff., 159, 160 ff., 171 f., 174, 176, 184, 190, 208, 211 ff., 224, 237 ff.
- Zwangsanwendungsgesetz 78, 91, 93, 160 ff., 164, 173, 292