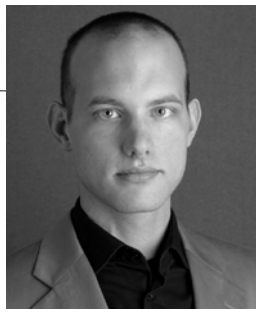


Markus Müller*/Christoph Jenni**

Die polizeiliche Generalklausel

Ein Institut mit Reformbedarf

Die prominenteste Ausnahme vom Grundsatz, wonach jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf, bildet die polizeiliche Generalklausel. So unabdingbar sie für ein flexibles und situationsadäquates Handeln des Staates sein kann, so missbrauchsanfällig ist sie gleichzeitig: Das Institut bewegt sich im Spannungsfeld zwischen rechtsstaatlicher Legalität und praktischer Flexibilität. Im Laufe der Zeit hat es seine dogmatischen Konturen eingebüsst: Praxis und Lehre haben bisweilen den Anwendungsbereich zu wenig konsequent auf die Bedrohung fundamentaler Polizeigüter eingegrenzt, was der Funktion der Klausel als Notfallinstrument widerspricht. Als untauglich erweist sich sodann die Begrenzung ihres Anwendungsbereichs auf unvorhersehbare Gefahren. Damit lassen sich weder einzelfallgerechte Lösungen herleiten, noch taugt dieses Kriterium als Druckmittel gegen den säumigen Gesetzgeber.

La clause générale de police constitue l'exception la plus importante au principe selon lequel toute activité étatique doit reposer sur une base légale. Aussi indispensable qu'elle puisse être, afin que l'action de l'Etat soit flexible et appropriée, elle est simultanément susceptible de conduire à des abus. L'instrument se trouve donc en équilibre difficile entre la légalité de l'Etat de droit et la flexibilité pratique. Avec le temps, il a toutefois perdu ses aspects dogmatiques: jusqu'à présent, la pratique et la doctrine en ont limité le champ d'application à la menace portant sur des biens de police fondamentaux, de manière trop peu conséquente, or ceci contredit la fonction d'instrument pour les cas d'urgence qui caractérise la clause précitée. La limitation du champ d'application de celle-ci aux dangers imprévisibles se révèle donc peu judicieuse. On ne peut, en effet, ni en déduire des solutions pour les cas particuliers ni considérer ce critère comme un moyen de pression sur le législateur négligent.

Inhalt

I. Einleitung
II. Der Polizeibegriff
1. Der institutionelle Polizeibegriff
1.1 Von der allgemeinen Staatsverwaltung …
1.2 … zur Polizeiverwaltung
2. Der materielle Polizeibegriff
2.1 Eine Geschichte des Wandels
2.2 Der gegenwärtige Stand der Entwicklung
3. Fazit und Überleitung
III. Genese der «polizeilichen Generalklausel»
1. In Deutschland
1.1 Von der primären Eingriffsgrundlage früher …
1.2 … zur subsidiären Eingriffsgrundlage heute
2. In der Schweiz
2.1 Autonome Entwicklung
2.2 Frühe Lehre und Rechtsprechung
2.3 Vorläufiger Abschluss des Entwicklungsprozesses
2.4 Die polizeiliche Generalklausel in der aktuellen Lehre und Praxis
3. Fazit und Überleitung
IV. Anwendungsfeld- und Anwendungsvoraussetzungen
1. Formeln des Bundesgerichts
2. Fundamentales Rechtsgut
2.1 Das «allgemeine» Polizeigut des Polizeirechts
2.2 Das «besondere» Polizeigut der polizeilichen Generalklausel
2.3 Enger Polizeigutbegriff
3. Schwere und unmittelbare Gefahr
3.1 Schwere der Gefahr
3.2 Unmittelbarkeit der Gefahr
4. Fehlen wirksamer Massnahmen
5. Echter, unvorhersehbarer Notfall
5.1 Eine «junge» Voraussetzung
5.2 Herkunft des neuen Elements
5.3 Die fehlende Praxistauglichkeit
5.4 Wege aus dem Dilemma
V. Zusammenfassung: Elemente einer zeitgemässen Polizeiklausel

I. Einleitung

Art. 5 BV verlangt, dass Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns das Recht ist. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, muss es Ausnahmen geben. Die wohl prominenteste gründet im Institut der polizeilichen Generalklausel.

Die polizeiliche Generalklausel ist ein ambivalentes Institut. So unabdingbar es für ein flexibles und situationsadäquates Handeln des Staates sein kann, so missbrauchsanfällig ist es gleichzeitig. Der Verlockung, beim Fehlen hinreichender demokratischer Rechtsgrundlagen rasch und unkompliziert die polizeiliche Generalklausel als Handlungsgrundlage heranzuziehen, erliegt bisweilen selbst das Bundesgericht.[1]

* Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern.
** Lic. iur., wissenschaftlicher Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

[1] Vgl. z.B. BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 381 ff. (WEF-Journalist I); vor allem auch BGE 126 I 112 E. 4c S. 118 f. (Zwangsmedikation).

source: https://doi.org/10.7892/boris.29880 | downloaded: 12.10.2024

Das Institut der polizeilichen Generalklausel ist alt. Seine Konturen sind mittlerweile etwas verschwommen. Der Einsatz der Polizeiklausel bestimmt sich heute überwiegend nach *pragmatischen* Gesichtspunkten. Funktion und Auswirkungen der polizeilichen Generalklausel sind freilich zu bedeutsam, als dass man sie sorglos der Pragmatik überlassen dürfte. Vielmehr tut eine *dogmatische* Aufarbeitung und Bereinigung not. Der vorliegende Aufsatz möchte hierzu einen Beitrag leisten.

Zunächst werden der Polizeibegriff und seine historische Entwicklung etwas näher betrachtet (Ziff. II). Weiter gilt die Aufmerksamkeit dem Institut der polizeilichen Generalklausel, seiner Genese (Ziff. III) und seinem Anwendungsfeld (Ziff. IV). Den Schluss macht eine zusammenfassende Darstellung der Elemente einer moderat reformierten, zeitgemässen Polizeiklausel (Ziff. V).

II. Der Polizeibegriff

Der Begriff «Polizei» ist schwer in den Griff zu bekommen. Seit alters her wird er sehr unterschiedlich und uneinheitlich verwendet. In der Lehre haben sich drei Begriffsvarianten herausbildet: Der institutionelle, der materielle und der formelle Polizeibegriff.[2] Alle drei Begriffe hängen eng miteinander zusammen: Während der institutionelle Polizeibegriff jene staatlichen Behörden bezeichnet, die mit der Erfüllung der materiellen Polizeiaufgaben betraut sind, spricht sich der materielle Polizeibegriff zu Inhalt und Ausdehnung dieser Polizeiaufgaben und damit zur Funktion der Polizei aus. Der formelle Polizeibegriff schliesslich knüpft an den institutionellen Begriff an und beschreibt alle Aufgaben – unabhängig von ihrem materiellen Gehalt – die von Polizeibehörden im institutionellen Sinne wahrgenommen werden. Für den vorliegenden Kontext interessiert vor allem die Geschichte der Polizei als Teil des Staatsapparats (institutioneller Polizeibegriff; Ziff. 1) sowie der polizeiliche Aufgabenbereich (materieller Polizeibegriff; Ziff. 2).

1. Der institutionelle Polizeibegriff

1.1 Von der allgemeinen Staatsverwaltung …

Der Begriff «Polizei» hat seit seiner Entstehung im antiken Griechenland eine wechselvolle Entwicklung durchlaufen.[3] Stand der Begriff ursprünglich in allgemeiner Art für «Stadtverfassung»,[4] so wandelte sich das Verständnis im Verlauf des Mittelalters auf eine Umschreibung für den Zustand *guter Ordnung* des Gemeinwesens.[5] Das mittelalterliche Staatsverständnis beschränkte sich allerdings allein auf die Wahrung des Rechtsfriedens.[6] Diesseitige Wohlfahrt und jenseitiges Seelenheil waren Sache der Kirche.

Erst im Zeitalter des Absolutismus wurde die Glückseligkeit der Bürgerinnen und Bürger in einem umfassenden Sinne zur staatlichen Angelegenheit. So verlieh das damalige Polizeirecht dem absolutistischen Fürsten die Kompetenz zum Erlass aller Anordnungen (Polizeigesetze, Polizeianordnungen), welche das irdische Wohl der Menschen verwirklichen sollten.[7] Die Begriffe «Polizei» und «Staatsregiment» bzw. «Staatsverwaltung» (im Gegensatz zur kirchlichen Verwaltung) wurden weitgehend deckungsgleich.[8] Polizeistaat bedeutete aber nicht Willkürstaat, sondern lediglich *gesetzlich* (noch) *nicht gebundene Verwaltung*.[9] Diese blieb nichts desto trotz dem Gemeinschaftswohl verpflichtet.[10]

Dieses absolutistische Staats- und Polizeiverständnis prägte auch die Verhältnisse in der schweizerischen Eidgenossenschaft, die – auch ohne Fürst – in vielerlei Hinsicht absolutistische Züge trug.[11]

1.2 … zur Polizeiverwaltung

Gegen die in der Polizei verkörperte Staatsallmacht bzw. gegen die institutionelle Identität von Staatsverwaltung und Polizei erhob sich im 18. Jahrhundert unter dem Einfluss der Naturrechtslehre Widerstand. Dieser fand seinen Höhepunkt in der französischen Revolution von 1789.[12] In der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte aus dem gleichen Jahr lässt sich der Paradigmenwechsel erkennen, welcher in der Folge die europäischen Gesellschaften erfasst hat: Nicht mehr der Staat war das Mass aller Dinge, sondern das Individuum, seine Würde und persönliche Freiheit.[13] Die Beschränkung der staatlichen (und insbesondere der polizeilichen) Zuständigkeit wird für *Frankreich* im Gesetz vom 22. Dezember 1789 wie folgt festgehalten:

---

[2] Siehe zur Begrifflichkeit Walter Kälin/Andreas Lienhard/Judith Wyttenbach, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, ZSR Beiheft 46 (2007), 20 f. m.w.H.

[3] Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, 385; Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel/Wolfgang Martens, Gefahrenabwehr: Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl., Köln 1986, 2 f.; Hans Reinhard, Allgemeines Polizeirecht: Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Diss. Bern 1993, 2 ff.

[4] Drews/Wacke/Vogel/Martens (FN 3), 3.

[5] Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rz. 2; Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl., Göttingen 1958, 59.

[6] Fleiner (FN 3), 386.

[7] Drews/Wacke/Vogel/Martens (FN 3), 4.

[8] Fleiner (FN 3), 386; Wieland Schmid, Der Notstand im Polizeirecht, Diss. Zürich 1940, 21.

[9] Detlef Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, Tübingen 1975, 20 (Fussnote 72); Walter Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, 50.

[10] Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 2.

[11] Vgl. Reinhard (FN 3), 3; siehe auch Louis Carlen, Rechtsgeschichte der Schweiz, Bern 1968, 27.

[12] Fleiner (FN 3), 389.

[13] Mit den Freiheitsideen der französischen Revolution wurde gleichsam der Boden für die Individualisierung der westlichen Gesellschaften vorbereitet. Vgl. dazu Markus Müller, Verwaltungsrecht – Eigenheit und Herkunft, Bern 2006, 52 f.; siehe ferner Günter Stratenwerth, Freiheit und Gleichheit: Ein Kapitel Rechtsphilosophie, Bern 2007.

«Les administrations départementales sont chargées du maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques».[14]

Der Staat sollte fortan Diener und Garant des Gemeinwohls, verstanden als Summe von Individualinteressen, sein. Seine Kernaufgaben lagen dementsprechend primär in der Sorge für die *Sicherheit* und den *Rechtsschutz* seiner Bürger.[15] Aus dem Sammelgefäss «Staatsverwaltung» wurden je spezifische Verwaltungszweige ausdifferenziert, so etwa das Kriegswesen, die Finanzen oder die auswärtige Politik, vor allem aber das Justizwesen. Vor diesem Hintergrund wandelte sich allmählich das institutionell-organisatorische Polizeiverständnis. War die Polizei vorher noch für die ganze Staatsverwaltung allumfassend zuständig (von der Gefahrenabwehr bis hin zur Wohlfahrt[16]), sollte die Polizei(-verwaltung) fortan nurmehr für die *Gefahrenabwehr* und *Störungsbeseitigung* verantwortlich sein.[17] Dabei war es das Hauptziel polizeilicher Tätigkeit, den Bürgerinnen und Bürgern eine selbständige, von staatlicher Hilfeleistung unabhängige Versorgung zu ermöglichen.[18] Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung waren indes nie ausschliessliche Aufgaben der «Polizei» im institutionellen Sinne. Bis heute sind auch andere Verwaltungsbehörden in diesem Aufgabenfeld tätig (z.B. Behörden von Institutionen des Massnahmenvollzugs, Gesundheitsbehörden, Schulbehörden).[19]

Mit dem Wandel des institutionell-organisatorischen Polizeibegriffs ging untrennbar verbunden auch ein Wandel des materiellen Polizeibegriffs einher.

2. Der materielle Polizeibegriff

2.1 Eine Geschichte des Wandels

Der materielle Polizeibegriff ist seit Anbeginn ständigem Wandel ausgesetzt: Im absolutistischen Polizeistaat noch ausgesprochen breit – ein Synonym für «Staatsverwaltung» schlechthin – bildete sich in der Aufklärung allmählich ein enger materieller Polizeibegriff heraus. Dieser umfasste nur noch jene Teile der inneren Staatsverwaltung,[20] die keinem der genannten spezifischen Verwaltungszweige (Finanzen, Militär, Justiz, Äusseres) zugeordnet werden konnten.[21] Der Polizei wurden somit jene Funktionen übertragen, die sich weitgehend mit der *Gefahrenabwehr* zwecks Herstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit deckte. Wie Fritz Gygi bemerkte, mag es aus einer historischen Perspektive etwas erstaunen, dass sich für diese Funktion der Begriff «Polizei» etabliert hat:

«Warum das, was bestimmt war, den absolutistischen Polizeistaat aus den Angeln zu heben, gerade wieder Polizei heissen musste, gehört zur Willkürfreiheit juristischer Begriffsbildung.»[22]

Das neue materielle Polizeiverständnis fand im Allgemeinen Preussischen Landrecht von 1794 (§ 10 Teil II Titel 17) seinen ersten Niederschlag, zumindest im Wortlaut:

> «Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei».

Ob mit dieser Norm tatsächlich bezweckt war, die *Wohlfahrtspflege* aus dem polizeilichen Aufgabenbereich zu eliminieren, ist umstritten.[23] Wie dem auch sei: In der Restaurationszeit (ab 1815) erlitt der enge Polizeibegriff durch den (erneuten) Einbezug der Wohlfahrtspflege einen Rückschlag.[24] Erst mit dem Revolutionsjahr 1848/49 setzte allmählich eine nachhaltige Rückbindung der Polizeibefugnisse ein. Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang das oft zitierte Urteil des preussischen Oberverwaltungsgerichts im sog. Kreuzberg-Fall.[25] Darin hat das Gericht § 10 II 17 ALR revitalisiert, den polizeilichen Aufgabenkreis auf die *Gefahrenabwehr* reduziert und die fragliche Norm gleichzeitig in eine *Befugnisnorm* uminterpretiert.[26]

Streitig war die Rechtsgültigkeit eines Bauverbots, welches von der Stadtverwaltung Berlin ohne spezialgesetzliche Grundlage erlassen worden war. Der Zweck des Bauverbotes bestand im Erhalt der freien Sicht auf ein Denkmal im Stadtbezirk Kreuzberg. Es diente mithin der Wahrung ästhetischer Vorstellungen der Obrigkeit. Als Surrogat für die nicht bestehende gesetzliche Grundlage bot sich § 10 II 17 ALR an. Das Gericht verneinte dessen Anwendbarkeit jedoch, da das Bauverbot nicht der Gefahrenabwehr, sondern der Wohlfahrtspflege diene. Dies sei *nicht unmittelbare Aufgabe* der Polizei, weshalb § 10 II 17 ALR nicht als Ersatz für eine fehlende spezialgesetzliche Grundlage herangezogen werden könne.

---

[14] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Aufl., Berlin 1924, 208 (Fussnote 13).

[15] Fleiner (FN 3), 387; vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens (FN 3), 4.

[16] Schmid (FN 8), 21.

[17] Die Polizei hatte der Ausübung der individuellen Freiheit dort Einhalt zu gebieten, wo sie die gute Ordnung des Gemeinwesens störte (vgl. Fleiner [FN 3], 389; vgl. zum Ganzen auch Reinhard [FN 3], 3 f.; siehe ferner Drews/Wacke/Vogel/Martens [FN 3], 4 m.w.H.; Schmid [FN 8], 22; Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, Rz. 3; Pieroth/Schlink/Kniesel [FN 5], § 1 Rz. 5).

[18] Vgl. dazu Wolfgang Schönpflug, Geschichte und Systematik der Psychologie, 2. Aufl., Basel 2004, 170.

[19] Vgl. in diesem Sinne auch Kälin/Lienhard/Wyttenbach (FN 2), 21.

[20] Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens (FN 3) 3; Schenke (FN 17), Rz. 2.

[21] Fleiner (FN 3), 386.

[22] Fritz Gygi, Zum Polizeibegriff, in: Ders., Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, 308 f.

[23] Vgl. dazu Reinhard (FN 3), 4.

[24] Schmid (FN 8), 24; Drews/Wacke/Vogel/Martens (FN 3), 5; Schenke (FN 17), Rz. 4; Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 6.

[25] Urteil des Preussischen Oberverwaltungsgerichts vom 10.6.1882 (PrOVG 9, 353).

[26] Vgl. dazu Hans Boldt/Michael Stolleis, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, München 2007, Rz. A 49; Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 10 f.

War nun die Aufgabe der Polizei auf die Gefahrenabwehr reduziert, so bedurften auch die Machtbefugnisse in diesem Bereich einer entsprechenden Begrenzung:[27] Das *Verhältnismässigkeitsprinzip* mit den polizeirechtlichen Ausprägungen des *Störer-* und Opportunitätsprinzips bot hier wirksamen Schutz vor Willkür – jedenfalls im Rahmen nachträglicher Rechtsschutzverfahren.[28] Damit waren die Grundlagen und Schranken für die rechtsstaatliche Erfassung und Kontrolle der Gefahrenabwehrtätigkeit der Polizeiorgane geschaffen. § 10 II 17 ALR stellte an sich die *erste positivierte polizeiliche Generalklausel* dar, da sie im Sinne einer «Generaldelegation» der Polizei(-verwaltung) die Bewahrung der polizeilichen Schutzgüter übertrug.[29] Als «Zwitter» zwischen Aufgaben- und Befugnisnorm stand sie von nun an und bis auf weiteres als Rechtsgrundlage für die Gefahrenabwehr zur Verfügung. Erst die Schaffung spezifischer Befugnisnormen (Standardmassnahmen) sollte zur partiellen Verdrängung führen.

2.2 Der gegenwärtige Stand der Entwicklung

Der Übergang vom Interventionsstaat zum Leistungsstaat, wie er gegen Ende des 19. Jahrhunderts einsetzte, führte abermals zu einer *Ausdehnung* des materiellen Polizeibegriffs. Das Aufkommen neuer Technologien mit ungleich grösserem Schadenspotential für Leben, Gesundheit und Umwelt riefen nach vorausschauender staatlicher Planung und Lenkung. Die blosse Abwehr von konkret gewordenen Gefahren oder gar Störfällen konnte nicht mehr genügen.[30] Die materielle Polizeiaufgabe musste sich entsprechend erweitern. An diesem Zustand hat sich bis heute nichts geändert. Im Gegenteil: Die aktuellen Probleme in Staat und Gesellschaft – Drogen, Jugendkriminalität, Ausländerintegration, Überalterung, Seuchen, Klimaerwärmung etc. – fordern staatlichen Einsatz auf breiter, nicht nur klassisch polizeilicher Ebene. Eine messerscharfe Trennung von polizeilicher (Gefahrenabwehr) und übriger staatlicher Tätigkeit (Sozialgestaltung) ist daher nicht zu leisten. Dennoch: Alles staatliche Handeln, das direkt oder indirekt dem Polizeigüterschutz dient, dem materiellen Polizeibegriff zuzuordnen, würde diesen jeglicher Kontur und damit jeglichen Gebrauchswerts berauben.

Der materielle Polizeibegriff muss daher *eng* bleiben.[31] Dies bedingt, dass die Unterscheidung der Staatsaufgaben in polizeiliche und andere grundsätzlich beibehalten wird. Diese beiden Aufgabenkreise sind nicht zuletzt auch in Bezug auf die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel unterschiedlich zu behandeln. Nur für die Gefahrenabwehr, d.h. die klassische materielle Polizeiaufgabe, kommt ihre Anwendung überhaupt in Frage. Und – wie zu zeigen sein wird – auch dort nur in Bezug auf die Gefährdung bestimmter für Private und/oder Staat fundamentaler Polizeigüter.[32]

3. Fazit und Überleitung

Der Polizeibegriff in seinen verschiedenen Facetten hat eine wechselvolle Entwicklung durchlaufen – ein Prozess, der wohl nicht abgeschlossen ist. Aus heutiger Sicht lässt sich festhalten: Die Aufgabe der Polizei ist auf die *Gefahrenabwehr* beschränkt. Weitergehende polizeiliche Aufgaben bedürfen in jedem Fall einer besonderen gesetzlichen Grundlage. Für das deutsche Recht stellte die polizeiliche Generalklausel im Sinne von § 10 ALR die Urform der Aufgaben- und Befugnisnorm des allgemeinen polizeilichen Handelns dar. Sie stand am Anfang der Entwicklung hin zum modernen Polizeirecht. Wieweit diese Urform der polizeilichen Generalklausel auch für die schweizerische Entwicklung dieser Rechtsfigur massgebend war, soll im Folgenden näher betrachtet werden.

III. Genese der «polizeilichen Generalklausel»

1. In Deutschland

1.1 Von der primären Eingriffsgrundlage früher …

In Deutschland bildete § 10 II 17 ALR – als «polizeiliche Generalklausel» bezeichnet[33] – lange Zeit eine Art *provisorische Kompetenz* für jegliches (sicherheits-)polizeiliches Handeln.[34] In Ermangelung spezifischer Polizeigesetze, welche die Aufgaben der Behörden im Bereich der Polizei näher regelten, stützte sich polizeiliches Handeln in grossem Umfang auf diese Bestimmung.[35] Dies ist vor dem Hintergrund des Übergangs vom monarchisch-absolutistischen zum demokratischen Rechtsstaat zu verstehen: Während der absolutistische Herr-

[27] Vgl. Kurt Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt, 2. Bd., Marburg 1906, 15, Bezug nehmend auf das Kreuzberg-Urteil: «War die Zuständigkeit der Polizei auf ein Minimum beschränkt, so mochte sie in diesem ihrem Bereich terrorisieren.»

[28] An der Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips war wiederum das preussische Oberverwaltungsgericht massgeblich beteiligt, vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 9 ff.

[29] Vgl. Rolf Robert Dürr, Die polizeiliche Generalklausel, Diss. Zürich 1967, 55; Erwin Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Erster Band, Zürich 1951, S. 46, spricht in diesem Zusammenhang von «Polizeirechtssystem der Generalvollmacht». Siehe zur Genese dieser Rechtsfigur nachfolgend Ziff. III.

[30] Vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 21; siehe zu den Entwicklungen des Polizeibegriffs auch schon Andreas Jost, Die neusten Entwicklungen des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975, 15 ff.

[31] Vgl. zum Ganzen Reinhard (FN 3), 8 ff.

[32] Vgl. dazu Ziff. IV.2.

[33] Vgl. Frederik Rachor, Das Polizeihandeln, in: Lisken/Denninger (FN 26), Rz. F 779; Schenke (FN 17), Rz. 48.

[34] Vgl. Dürr (FN 29), 55, der die grosse Bedeutung dieser Norm herausstreicht («Dieser Paragraph […] wurde einer der meistgenannten und berühmtesten bis in unsere Zeit hinein»).

[35] In den Ländern Süddeutschlands konkretisierte und beschränkte bereits der Gesetzgeber den materiellen Polizeibegriff, indem er detaillierte Polizeistrafgesetzbücher schuf, welche umfangreiche Tatbestandskataloge enthielten, vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 14 ff.; Schenke (FN 17), Rz. 6. Die Notwendigkeit einer polizeilichen Generalklausel im Sinne von § 10 II 17 ALR war dessen ungeachtet auch hier durchwegs anerkannt, wobei diese verhältnismässig unbedeutend blieb, vgl. dazu Pieroth/

scher noch grundsätzlich ohne gesetzliche Grundlage handeln konnte, war im Rechtsstaat für jede staatliche Handlung eine positivrechtliche Grundlage vorausgesetzt. § 10 ALR diente – bis entsprechende Spezialgesetze geschaffen waren – als Überbrückungslösung und bot insoweit – jedenfalls im Nachgang zum erwähnten Kreuzberg-Urteil – die *primäre* und *reguläre Aufgaben-* und *Eingriffsgrundlage.*[36]

1.2 … zur subsidiären Eingriffsgrundlage heute

Dieses Begriffsverständnis der polizeilichen Generalklausel veränderte sich bis heute nur um Nuancen. § 10 ALR fand eine Fortschreibung in § 14 des preussischen Polizeiverordnungsgesetzes von 1931,[37] welcher wiederum als Vorbild für die nach dem zweiten Weltkrieg erlassenen modernen Polizeigesetze der Länder diente.[38] Die heutigen Landespolizeigesetze weisen allesamt inhaltlich weitgehend übereinstimmende Generalklauseln auf:[39] Sie ermächtigen die Polizeibehörden zu einem Einschreiten, wenn und soweit die öffentliche Sicherheit oder Ordnung in Gefahr ist.[40] Die Generalklausel bildet zwar eine *subsidiär* zur Anwendung gelangende Auffangnorm. Sie stellt aber *nicht* ein Notfallinstrument mit *Ausnahmecharakter* dar. Subsidiär ist sie insofern, als die Generalklausel bei Bestehen einer spezial- oder polizeigesetzlich vorgesehenen Standardmassnahme ausgeschlossen ist.[41] Ihre Anwendung steht jedoch – dies im Gegensatz zum gleichnamigen schweizerischen Institut – nicht unter dem Vorbehalt qualifizierter Voraussetzungen wie «schwere Gefahr für ein fundamentales Rechtsgut». Die Generalklausel deutscher Prägung gehört viel eher zum regulären Instrumentarium des täglichen Polizeihandelns. Die praktische Bedeutung der Generalklausel nimmt jedoch mit der fortschreitenden Kodifizierung spezieller Einzelbefugnisse tendenziell ab.[42] Anwendung findet sie aktuell hauptsächlich zur Verhinderung sozialschädlichen Verhaltens, wie etwa als Grundlage für das Verbot von Adoptionsvermittlungstätigkeiten oder für die Räumung besetzter Häuser.[43]

2. In der Schweiz

2.1 Autonome Entwicklung

Ob die Schweizer Lehre und Praxis (auch) die polizeiliche Generalklausel – wie im Schrifttum teilweise suggeriert wird[44] – von Deutschland übernommen hat, ist ungewiss.[45] Immerhin gibt es berechtigte Zweifel an dieser These: Zum einen unterscheidet sich, wie bereits erwähnt, die Klausel Schweizer Prägung von Anbeginn weg von der Polizeiklausel Deutschlands.[46] Zum andern gilt ein polizeilich motivierter Dispens vom Gesetzmässigkeitsprinzip in der Schweiz seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts geradezu als Selbstverständlichkeit.[47] Danach müssen sich etwa Einschränkungen in Freiheitsrechte nur «im Allgemeinen» bzw. «in der Regel» auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Soweit aber die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in Frage steht – nach dem Bundesgericht eine «devoir élémentaire bzw. primordial» – kann davon abgesehen werden.[48]

Auch schon die Bundesverfassungen von 1848[49] und 1874[50] enthielten positivierte Polizeiklauseln. Diese ermächtigten den Bundesrat, in Notsituationen auch ohne

Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 17; a.M. Günter Dürig, N. 80 zu Art. 2 Abs. 1 GG, insb. Fussnote 2, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, München/Berlin 2003, (Separatdruck der Erstausgabe von 1958), welcher ein «Fiasko» in den generalklauselfreien Ländern ortet, indem «viele Polizeitätigkeiten einfach in einem gesetzesfreien Raum hingen.»

36 Zunehmend normierten zwar besondere Gesetze spezifische polizeiliche Bereiche (z.B. Bau-, Sanitäts- oder Feuerpolizeierlasse). Insoweit konnte § 10 ALR nicht mehr als Handlungsgrundlage dienen. Nichts desto trotz hielt sich die generelle Ermächtigungsgrundlage als reguläre Aufgaben- und Massnahmennorm.

37 § 14 I PreussPVG: «Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmässigem Ermessen notwendigen Massnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.»

38 Vgl. Schenke (FN 17), Rz. 48.

39 Vgl. Rachor (FN 33), Rz. F 779. Das süddeutsche System der umfangreichen Polizeistrafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts (vgl. FN 35 oben) fand damit keine Fortsetzung. Siehe dazu auch Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 7 Rz. 4.

40 Statt vieler: Schenke (FN 17), Rz. 51. – Die Gefahr muss dabei stets konkret sein, vgl. Rachor (FN 33), Rz. F 779; Schenke (FN 17), Rz. 70.

41 Vgl. Schenke (FN 17), Rz. 38 und 114. – Als Standardmassnahmen gelten etwa Identitätsfeststellung, erkennungsdienstliche Massnahmen, Platzverweisung, Aufenthaltsverbote, Ingewahrsamnahme von Personen, Durchsuchung von Räumen und Personen, Sicherstellung, Beschlagnahme und Verwertung resp. Vernichtung von Sachen. Soweit das Spezial- oder Polizeigesetz derartige Massnahmen vorsieht, gilt die Regelung als grundsätzlich abschliessend. Wenn beispielsweise der kurzfristige Platzverweis, nicht aber ein schwerwiegenderes, weil länger dauerndes Aufenthaltsverbot gesetzlich vorgesehen ist, so dürfte Letzteres nicht gestützt auf die Generalklausel erlassen werden. Vgl. Schenke (FN 17), Rz. 38 und 114.

42 Rachor (FN 33), Rz. F 794.

43 Rachor (FN 33), Rz. F 795.

44 Vgl. Max Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel/Stuttgart 1954, 12 f.; Hans Huber, Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl 53 (1952), 235 f.; siehe auch Zaccaria Giacometti, Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates, SJZ 31 (1935), 257 (vor allem mit Bezug auf das Notverordnungsrecht). Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf BGE 26 I 467 E. 3 S. 477, in welchem das Gericht die Figur des Notverordnungsrechts unter Hinweis auf das Werk des österreichischen Autors Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887, 376 ff., grundsätzlich anerkennt, jedoch auf Fälle existentieller Gefahr für den Staat beschränkt.

45 Demgegenüber scheint gesichert, dass die Entwicklung des Polizeibegriffs ein Produkt deutscher Rechtsgeschichte darstellt (vgl. Gygi [FN 22], 308).

46 Vgl. vorne Ziff. III.1.2.; siehe dazu auch Reinhard (FN 3), 158 (Fussnote 68).

47 Vgl. die Hinweise bei Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 321 (Fussnote 9).

48 Dazu Huber (FN 44), 235 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

49 Art. 90 Ziff. 10 BV 1848.

50 Art. 102 Ziff. 8-10 BV 1874.

spezifische gesetzliche Grundlagen zu handeln. Ähnliche Vorschriften sind seit Ende des 19. Jahrhunderts auch in die kantonalen Verfassungen eingeflossen.[51] Der Grossteil der älteren Lehre ging aber bei fehlender verfassungsrechtlicher Grundlage von einer *gewohnheitsrechtlichen Geltung* der polizeilichen Generalklausel aus.[52]

Mit anderen Worten: Die Schweiz brauchte wohl nicht das Vorbild Deutschlands, um die Notwendigkeit eines Surrogats für die strikte Gesetzesbindung des Regierungs- oder Verwaltungshandelns zu erkennen. Die deutsche Lehre und Praxis dürfte aber auch in diesem Punkt nicht ganz ohne Einfluss auf die schweizerische Entwicklung gewesen sein.

2.2 Frühe Lehre und Rechtsprechung

In den ersten Gesamtdarstellungen des öffentlichen Rechts – dem Schweizerischen Bundesstaatsrecht von Fritz Fleiner (1923) und dem Schweizerischen Verwaltungsrecht von Erwin Ruck (1934) – findet sich der *Begriff* der «polizeilichen Generalklausel» noch nicht. Erstmals liest man ihn («generelle Polizeiklausel») im Staatsrecht der schweizerischen Kantone von Zaccaria Giacometti (1941).[53] Das Institut und die Idee scheinen indes – wie eingangs erwähnt – sowohl in Doktrin und Praxis bestens bekannt. So stellte etwa Fritz Fleiner unter Hinweis auf älteste Bundesgerichtsentscheide lapidar fest, dass die Schweizer Praxis die Frage, ob die Verwaltungsbehörden aus Rücksicht auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit dem Bürger ohne besondere gesetzliche Grundlage Beschränkungen auferlegen dürfen, seit langem bejaht. Dabei war freilich seit jeher Bedingung, dass die «Schranken» des polizeilichen Handelns beachtet werden: Vorliegen einer Störung oder unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Verhältnismässigkeit des Handelns, Störer als Adressat.[54] Erwin Ruck beschreibt das Institut – abermals ohne hierfür einen separaten Terminus zu verwenden – im direkten Vergleich zur polizeilichen Generalvollmacht des Allgemeinen Preussischen Landrechts:

«Solche umfassende gesetzliche Ermächtigung zugunsten der Polizei kennt das schweizerische Recht nicht. Aber die Praxis und Theorie haben bei diesem System eine nicht immer unbedenkliche Anleihe gemacht, um die bei der Spezialisierung und bei der unzulänglichen, teilweise überhaupt fehlenden Regelung des Polizeirechts sich ergebenden Rechtslücken zu füllen. Die juristische Folgerung geht dabei aus vom Wesen des Staates und der Polizei […]; es folgt somit aus dem Wesen der Polizei, dass sie Störungen und Gefährdungen der öffentlichen Ruhe und Ordnung entgegenzutreten hat und dass sie diese Abwehr im Rahmen des Gemeinwohls auch dann betätigen darf, wenn infolge der Unvollkommenheit der Polizeigesetzgebung eine besondere rechtliche Ermächtigung zum polizeilichen Einschreiten nicht vorliegt, immer vorausgesetzt, dass dieses Einschreiten zur Wahrung der öffentlichen Ruhe und Ordnung kraft pflichtmässig-sachlicher Wertung als geboten erscheint.»[55]

Auch das Bundesgericht hat, vorerst ohne einen spezifischen Begriff zu verwenden, der Exekutive und der Verwaltung seit langem in ständiger Rechtsprechung das Recht zuerkannt, notfalls ohne gesetzliche Grundlage zu handeln:

> «…il n'est pas nécessaire de lois ou de règlements spéciaux pour donner à l'autorité de police le droit et la compétence nécessaire pour protéger les personnes, pour assurer la sécurité publique contre les atteintes violentes dont elles peuvent être menacées».[56]

Eine Praxis, die in der Lehre, vor allem unter dem Aspekt der Vereinbarkeit mit dem rechtsstaatlichen Grundpfeiler der Gewaltentrennung kontrovers, überwiegend aber kritisch diskutiert wurde.[57] Dabei stand vor allem das Notverordnungsrecht im Rahmen des Vollmachtenregimes der Exekutive im Brennpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Nach dem Prinzip «in maiore minus»[58] gilt das dazu Gesagte und Entwickelte über weite Strecken auch für das Notverfügungsrecht – dem eigentlichen Anwendungsfeld der polizeilichen Generalklausel. Bei allem rechtstheoretischen Streit um die rechtsstaatliche Zulässigkeit solcher Notfallinstrumente wird von keiner Seite die praktische bzw. politische Notwendigkeit in Zweifel gezogen, den verantwortlichen Behörden in Fällen bedeutender Bedrohung der öffentlichen Ordnung und bei Fehlen einschlägiger Normen mit der Generalklausel eine Handlungsermächtigung zur Verfügung zu stellen:

---

[51] Dürr (FN 29), 58.

[52] Dürr (FN 29), 59 m.w.H. Begründet wurde die gewohnheitsrechtliche Geltung mit der über Jahrhunderte reichenden Tradition, welche einher ging mit stetiger Verfeinerung der Anwendungsvoraussetzungen. Eine Minderheit der Lehre verstand unter dem Begriff der polizeilichen Generalklausel dagegen eine positivrechtliche Bestimmung und lehnte eine gewohnheitsrechtliche Übernahme ab: vgl. Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 247; vgl. dazu Dürr a.a.O., insb. Fussnote 1.

[53] Zaccaria Giacometti, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, 176, bezeichnet mit «genereller Polizeiklausel» lediglich die positiv(verfassungs)rechtlichen Generalermächtigungen an die kantonalen Exekutiven.

[54] Fleiner (FN 47), 320.

[55] Erwin Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, I. Band, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1951, 46; vgl. auch Ders., Schweizerisches Staatsrecht, Zürich 1933, 50.

[56] BGE 20 797; ferner etwa BGE 35 I 139 E. 3 S. 147 f.; BGE 60 I 108 E. 3 S. 121 f. m.w.H.; vgl. die Hinweise auf die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung bei Dürr (FN 29), 92 ff.

[57] Vgl. dazu die Hinweise bei Dürr (FN 29), 63 ff. (insb. bez. Polizei-Verordnungsrecht, 64, und bez. Polizeiverfügungsrecht, 65). – Siehe ferner zur Debatte über die Legitimität des Vollmachtenregimes Daniel Thürer, Im Schatten des Un-Rechts-Staats: Reaktionen auf den Nationalsozialismus im schweizerischen Recht, in: Die Haltung der schweizerischen Richter und Rechtslehrer zur Zeit des Nazi-Regimes, ZBJV Sonderband 137ter (2002), 187 ff.; siehe hierzu auch Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931, 668 ff.

[58] Vgl. dazu etwa Zaccaria Giacometti, Zur Frage der Verfassungsmässigkeit eines selbständigen Polizeinotverordnungsrechts des Bundesrates, SJZ 31 (1935), 375 f.

> «Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz verdankt ihr Dasein zum Teil der Rückständigkeit der kantonalen Polizeigesetzgebung. […] So ist es dann auch verständlich, dass das Bundesgericht, wenn der öffentlichen Ordnung wirklich bedeutende Gefahren drohten, zum Beispiel Störungen verbunden mit irreparablen Schäden, den Ausweg mit der Generalklausel suchte. Es konnte die verantwortlichen Polizeibehörden nicht im Stiche lassen.»[59]

Zu Recht mahnte die Doktrin schon damals, das rechtsstaatliche Gesetzmässigkeitsprinzip nicht durch eine allzu large Handhabung der Generalklausel auszuhöhlen. Eine restriktive Praxis sollte gleichzeitig auch Ansporn für die kantonalen Gesetzgeber sein, die klaffenden Lücken in der Polizeigesetzgebung zu schliessen.[60] Ein Ziel, das bis heute noch nicht ganz erreicht ist.

2.3 Vorläufiger Abschluss des Entwicklungsprozesses

Die Reihe höchstrichterlicher Entscheide, in welcher das Institut der «polizeilichen Generalklausel» oder besser das polizeiliche Handeln in Form der Notverfügung oder der Notverordnung entwickelt wurde, ist lang. In der Lehre wird BGE 83 I 111 bisweilen als Abschluss dieser Entwicklung gewertet.[61] In diesem Urteil hat das Bundesgericht, erstmals unter Verwendung eines spezifischen Terminus («allgemeine Polizeiklausel»), Anwendungsfeld und -voraussetzungen eines selbständigen sicherheitspolizeilichen Verordnungs- und Verfügungsrechts[62] umschrieben. Danach kommt dieses nur dann zur Anwendung, wenn eine *unmittelbar drohende Gefahr* oder Störung von *Polizeigütern* gekoppelt mit einer *zeitlichen Dringlichkeit* vorliegt, die es nicht erlaubt, den ordentlichen Rechtssetzungsprozess zu beschreiten.[63] In den Worten des Bundesgerichts:

> «Notverordnungen dürfen jedoch nur erlassen werden, wenn es sich darum handelt, eine infolge bestimmter Ereignisse unmittelbar drohende Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit zu verhindern, der gegenüber der Erlass gesetzlicher Normen wegen der Langsamkeit der ordentlichen Gesetzgebung als Abwehrmittel versagen müsste […]»[64]

Die vier Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel, wie sie sich in der Folge in Rechtsprechung und Lehre etabliert und weiterentwickelt haben,[65] sind in diesem Leitentscheid erstmals deutlich herausgearbeitet. Besonders ins Licht gerückt wurde das Kriterium der *zeitlichen Dringlichkeit.* Eine solche ist – wie in nachfolgenden Entscheiden konkretisiert wurde – immer dann gegeben, wenn eine konkrete, schwerwiegende Gefahr aufgrund der Langsamkeit des politischen Prozesses nicht auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung wirksam bekämpft werden kann:

> «Sie [neue polizeiliche Aufgaben] stellen sich aber nicht plötzlich und unvermutet, sondern sind eine Folge der ständigen Zunahme der Motorfahrzeuge, die dem Gemeinwesen ermöglicht, auf dem gesetzlichen Weg die erforderlichen Massnahmen zu treffen.»[66]

> «Certes, l'autorité cantonale allègue qu'il existe à Genève un véritable état de nécessité qui la contraignait d'agir même sans base légale, en vertu de son pouvoir général de police. On doit lui concéder que, dans cette ville, le problème du logement est d'une importance particulière. Toutefois, il n'est pas grave au point que l'ordre public en soit troublé ou menacé, d'une façon directe et imminente, par un danger sérieux. Le Conseil d'Etat ne cite aucun fait dont on pourrait déduire qu'au moment où il a édicté le règlement attaqué, l'exercice du pouvoir légal ou les biens juridiques des particuliers, tels que leur vie, leur santé et leur patrimoine, étaient en péril. Il ne prétend pas non plus qu'il a été contraint d'adopter ce règlement pour faire face, dans le problème du logement, à une crise grave, qui aurait éclaté soudainement et d'une manière imprévisible. Au contraire, comme le confirme le dossier, le Conseil d'Etat sent depuis longtemps la nécessité de se préoccuper de la question du logement et notamment du moyen d'empêcher la démolition d'immeubles encore utilisables. Il lui aurait dès lors été loisible de mettre en oeuvre la procédure législative et de prendre dans l'intervalle les mesures d'espèce que les circonstances imposaient. En tout cas, il ne saurait prétendre aujourd'hui qu'il s'est trouvé en présence d'un état de nécessité, auquel il pouvait et devait faire face sans base légale.»[67]

In beiden Entscheiden wird das Element der «Unvorhersehbarkeit» der Gefahr bereits angetönt. Sie ist aber noch keine eigenständige Anwendungsvoraussetzung,[68] sondern noch eng gekoppelt mit der Voraussetzung der Schwere. Mit anderen Worten: Fehlt es an ei-

[59] Huber (FN 44), 238. Vgl. auch die Hinweise auf die ältere Lehre bei Dürr (FN 29), 101.
[60] Vgl. Huber (FN 44), 238; Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, 272 ff.
[61] Dürr (FN 29), 99.
[62] Dabei handelt es sich nach Dürr (FN 29), 103 f., nicht um ein Notverordnungsrecht, das einen veritablen «staatlichen Notstand» voraussetzen würde, sondern «nur» um ein selbständiges Sicherheitspolizeiverordnungs- bzw. -verfügungsrecht.
[63] Dazu ausführlich Dürr (FN 29), 100 ff.
[64] BGE 83 I 111 E. 2c S. 117: Strittig war, ob die Aargauer Kantonsregierung das Filmvorführwesen per Polizeinotverordnungsrecht zu regeln befugt war.
[65] Vgl. dazu nachfolgend Ziff. IV.
[66] BGE 85 I 225 E. 2 S. 234: Zu entscheiden war, ob sich die Auflage, bei einem Neubau genügend Einstellplätze für Motorfahrzeuge einzuplanen, auf die Kompetenz der Gemeindeverwaltung zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung stützen liess.
[67] BGE 88 I 173 E. 2 S. 177 f.: Das Gericht hatte die Frage zu klären, ob ein Gebäudeabbruchverbot zwecks Behebung von chronischem Wohnungsmangel gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zulässig war.
[68] Vgl. dazu hinten Ziff. IV. 5.

ner schwerwiegenden Gefahr, ist der Einsatz der polizeilichen Generalklausel an sich bereits sehr fraglich. Sie wird aber endgültig unzulässig, wenn eine «mittelschwere» Gefährdung vorhersehbar war, sich mithin im Rahmen des normalen Gesetzgebungsprozesses beheben liesse.

2.4 Die polizeiliche Generalklausel in der aktuellen Lehre und Praxis

In der neueren schweizerischen Rechtsliteratur wird die Geltung der Generalklausel bei fehlender Normierung im Verfassungs- oder Gesetzesrecht als *ungeschriebener Grundsatz des Verfassungsrechts* anerkannt.[69] Das Nebeneinander von geschriebener und ungeschriebener polizeilicher Generalklausel ist denn auch weiterhin – wenn auch suboptimale – Realität.

Gerade im Bereich des Polizeirechts, einem besonders grundrechtssensiblen Gebiet staatlichen Handelns, mag erstaunen, dass bis vor einigen Jahren zum Teil überhaupt keine oder nur rudimentäre spezialgesetzliche Regelungen über Aufgaben, zulässige Massnahmen (und Organisation) der Polizeibehörden bestanden haben. Noch heute verfügen nicht alle Kantone über ein separates Polizeigesetz und damit über eine hinreichende rechtsstaatliche Abstützung des polizeilichen Handelns.[70]

Es scheint, dass die Lücken in der kantonalen Polizeigesetzgebung neben der als Notfallinstrument konzipierten polizeilichen Generalklausel zusätzlich eine «*kleine Generalklausel*» zu Tage gefördert haben. Diese ist nicht Notfallinstrument und damit auch nicht an die strengen Anwendungsvoraussetzungen der «grossen» polizeilichen Generalklausel gebunden. Vielmehr dient sie der Polizei als generelle Handlungsgrundlage für die alltägliche «kleine» Gefahrenabwehr, d.h. die Abwehr geringfügiger Gefahren mit regelmässig nur leicht in die Rechtsstellung Privater eingreifenden Polizeimassnahmen. Diese «kleine Polizeiklausel» findet sich entweder als offen formulierte Ermächtigungsnorm in neueren Polizeierlassen[71] oder beansprucht – wo eine positive Norm fehlt – als ungeschriebener Grundsatz Geltung. Ihr Anwendungsfeld ist freilich durch das Gesetzmässigkeitsprinzip stark eingeschränkt. Sie kann nur solange als Handlungsgrundlage genügen, als *keine schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Rechtsstellung Privater* in Frage stehen. Ist diese Schwelle überschritten, bedarf polizeiliches Handeln stets einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, sei es im positiven Recht oder sei es – ersatzweise und unter den strengen Anwendungsvoraussetzungen – in der «grossen» polizeilichen Generalklausel.[72]

Lehre und Praxis haben sich in jüngerer Zeit nicht mehr eingehender mit dem Institut der polizeilichen Generalklausel auseinandergesetzt. Der Umgang ist – wie einleitend erwähnt – überwiegend *pragmatisch*, mit all den Gefahren, die einer an der Pragmatik ausgerichteten Praxis innewohnen.[73] Etwas hat sich seit den Anfängen des Instituts nicht geändert: Sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung betonen den Ausnahmecharakter der polizeilichen Generalklausel und mahnen zum zurückhaltenden Einsatz. Auch die sich über die Jahre herauskristallisierten Anwendungsvoraussetzungen haben sich nicht grundlegend verändert.

3. Fazit und Überleitung

Die Darlegungen haben gezeigt, dass sich die polizeilichen Generalklauseln nach deutschem und schweizerischem Verständnis grundlegend unterscheiden: Handlungsgrundlage für den *Notfall* in der Schweiz – Handlungsgrundlage für den *Normalfall* in Deutschland. Der Unterschied lässt sich am Beispiel von Verboten, ein bestimmtes städtisches Gebiet (z.B. Bahnhofareal) für eine längere Zeit (Tage bis mehrere Monate) zu betreten (sog. Aufenthaltsverbote bzw. Wegweisungen) illustrieren:

[69] Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 54 Rz. 4; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 2467; Reinhard (FN 3), 158.

[70] Zu den teilweise prekären kantonalen Rechtsgrundlagen vgl. Reinhard (FN 3), 28 ff. Als aktuelles Beispiel sei auf den Kanton Zürich verwiesen, dessen neues und erstes Polizeigesetz vom 23.4.2007 per 1.1.2009 in Kraft treten wird.

[71] Vgl. z.B. § 26 des Gesetzes vom 23.9.1990 über die Kantonspolizei des Kantons Solothurn (BGS 511.11), der unter dem Titel «Allgemeine Ermächtigung zur Gefahrenabwehr» Folgendes vorschreibt: «Fehlen besondere Bestimmungen, trifft die Kantonspolizei jene Massnahmen, die zur Abwehr einer unmittelbaren Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendig sind.» Siehe ferner Art. 8a Abs. 1 der grossrätlichen Verordnung vom 28.11.2001 über die Kantonspolizei Graubünden (BR 613.100): «Die Kantonspolizei kann zur Wahrung der Sicherheit und Ordnung sowie zur Gefahrenabwehr ereignisbezogen die notwendigen Massnahmen anordnen.»

[72] Vgl. in diesem Sinne BGE 128 I 327 E. 2.3. S. 334 mit Bezug auf Art. 8a Abs. 1 der bündnerischen Kantonspolizeiverordnung (vgl. FN 71). Auch § 25 Abs. 2 des Polizeigesetzes des Kantons Aargau vom 6.12.2005 (SAR 531.200) schreibt vor: «Fehlen besondere gesetzliche Grundlagen, handelt die Polizei im Sinne der polizeilichen Generalklausel; sie trifft jene Massnahmen, die zur Beseitigung einer erheblichen Störung oder zur Abwehr einer unmittelbar drohenden, erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie für Mensch, Tier und Umwelt notwendig sind.» Vgl. in diesem Sinne auch Reinhard (FN 3), 166 f.; Jost (FN 30), 91.

[73] Was sind die Folgen und Gefahren, wenn der dogmatische Unterbau eines Rechtsinstituts nicht «gewartet» wird? Es verkümmert, verliert an praktischer Bedeutung oder entwickelt ein ungesteuertes Eigenleben. Die Rechtsanwendung bewegt sich im luftleeren Raum. Gefahren für die Rechtssicherheit und die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns sind vorprogrammiert.

Ein Teil der deutschen Lehre vertritt die Auffassung, die Anordnung eines spezialgesetzlich nicht vorgesehenen Aufenthaltsverbots gestützt auf die Polizeiklausel sei zulässig. Anders sei nur zu entscheiden, wenn im Spezialgesetz eine kurzzeitige Platzverweisung vorgesehen sei, nicht aber ein längerfristiges Aufenthaltsverbot.[74] Nach schweizerischem Recht wäre ein Aufenthaltverbot bzw. eine Wegweisung gestützt auf die «grosse» polizeiliche Generalklausel mangels «Notfalls» (unmittelbare, schwerwiegende Gefährdung fundamentaler Rechtsgüter) wohl kaum je zu begründen. Es wurden daher in neuerer Zeit in verschiedenen Kantonen und Gemeinden explizite gesetzliche Grundlagen («Wegweisungsartikel») geschaffen.[75]

Das *französische Recht* kennt zwar die Rechtsfigur der polizeilichen Generalklausel nicht, sieht jedoch für ausserordentliche Umstände (circonstances exceptionnelles) ebenfalls eine der polizeilichen Generalklausel vergleichbare Dispens von der strengen Bindung an das Legalitätsprinzip (principe de la légalité) vor. In solchen Fällen ist der (Polizei-)Verwaltung zwecks Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Intervention selbst dann erlaubt, wenn hierfür keine gesetzliche Grundlage vorliegt bzw. die geltende Rechtsordnung dem konkreten Vorgehen sogar entgegensteht.[76]

IV. Anwendungsfeld- und Anwendungsvoraussetzungen

1. Formeln des Bundesgerichts

In verschiedenen, ähnlich lautenden Entscheidformeln hat das Bundesgericht in jüngerer Zeit das Anwendungsfeld der polizeilichen Generalklausel relativ eng abgesteckt. Danach darf sie nur zum Einsatz gelangen,

> «wenn und soweit die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, die unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln. Diese müssen allerdings mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, vereinbar sein. Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden.»[77]

Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung lassen sich *vier* Anwendungsvoraussetzungen, die jeweils *kumulativ* gegeben sein müssen, ableiten:

- Fundamentales Rechtsgut (Ziff. 2);
- schwere und unmittelbare Gefährdung (oder bereits eingetretene schwere Störung) (Ziff. 3);
- Fehlen wirksamer Massnahmen (die sich ihrerseits auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage abstützen könnten) (Ziff. 4);
- Vorliegen eines echten und unvorhersehbaren Notfalls (Ziff. 5).

Der kurze Blick in die Geschichte hat gezeigt: Diese Voraussetzungen sind nicht neu. Schon in den frühesten Entscheiden hat das Bundesgericht – mehr oder weniger explizit – an sie angeknüpft. Obwohl schon über hundert Jahre im Gebrauch, waren sie aber – wenn überhaupt – nur selten Gegenstand eingehender Reflexion. Der Versuch einer dogmatischen Bereinigung der Rechtsfigur kommt nun aber nicht darum herum, die einzelnen Voraussetzungen aus heutiger Optik kritisch zu hinterfragen. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die erste (fundamentales Rechtsgut; Ziff. 2) und die letzte Voraussetzung (echter, unvorhersehbarer Notfall; Ziff. 5) gelenkt.

2. Fundamentales Rechtsgut

Erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel ist die Gefährdung (resp. die Störung) eines – wörtlich – *fundamentalen Rechtsguts*.[78] Ist damit ein polizeiliches Schutzgut, kurz: «Polizeigut» gemeint? Eine Frage, die bisher kaum je explizit gestellt, meist aber stillschweigend bejaht wurde.[79] Es lohnt sich als erstes dieser Frage nachzugehen. Zu diesem Zweck ist zuerst der allgemeine Begriff des «Polizeiguts» zu klären (Ziff. 2.1), um sodann zu prüfen, ob der polizeilichen Generalklausel dieser allgemeine oder aber ein besonderer Polizeigutbegriff zugrunde liegt (Ziff. 2.2).

---

[74] Zum Ganzen Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 16 Rz. 22; Hermann Butzer, Flucht in die polizeiliche Generalklausel? Überlegungen zur polizeirechtlichen Konkurrenz von Befugnisnormen, Verwaltungsarchiv 93 (2002), 510 m.w.H.

[75] Vgl. etwa Art. 29 des Polizeigesetzes des Kantons Bern vom 8.6.1997 (BSG 551.1); dazu BGE 132 I 49; ferner nun auch § 33/34 des neuen Polizeigesetzes des Kantons Zürich (FN 70) sowie Art. 13 des Polizeigesetzes der Stadt Chur vom 24.2.2008. Vgl. ebenfalls Art. 24b des Bundesgesetzes vom 21.3.1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120), welcher unter dem Titel «Rayonverbot» eine spezialgesetzliche Grundlage für Aufenthaltsverbote gegen gewalttätige Sportveranstaltungsbesucher («Hooligans») enthält (befristete Geltung bis Ende 2009).

[76] Vgl. hierzu etwa Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, 16 édition, Paris 2001, N. 1250 ff.; Jacqueline Morand-Deviller, Cours de Droit administratif, 8 édition, Paris 2003, 283 ff.; ferner Gaston Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, Tübingen 1913, 336.

[77] Zuletzt: BGE 126 I 112 E. 4b S. 118; 121 I 22 E. 4b.aa. S. 27 f.; aus der Lehre vgl. statt vieler: Tschannen/Zimmerli (FN 69), § 54 Rz. 4.

[78] Vgl. zuletzt BGE 126 I 112 E. 4.b S. 118.

[79] Vgl. statt vieler Tschannen/Zimmerli (FN 69), § 54 Rz. 5.

2.1 Das «allgemeine» Polizeigut des Polizeirechts

Gemeinhin werden zur Umschreibung der polizeilichen Schutzgüter die Oberbegriffe der *öffentlichen Sicherheit* und der *öffentlichen Ordnung* angeführt – zwei schillernde Ausdrücke von grosser Unbestimmtheit. Lehre und Praxis haben daraus zwar einen ganzen Katalog von möglichen polizeilichen Schutzgütern abgeleitet. Dazu gehören etwa die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter des Einzelnen (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Ehre), kollektive Rechtsgüter wie die Einrichtungen des Staates (Strassen, Verkehrs- und Versorgungsbetriebe), die öffentliche Gesundheit, öffentliche Ruhe, öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Fast alles also! Im Einzelnen besteht in der Lehre kaum Einigkeit über die Zuordnung der einzelnen Rechtsgüter zur öffentlichen Sicherheit oder zur öffentlichen Ordnung.[80]

Einige Autoren setzen den Begriff der öffentlichen Ordnung mit der inneren Sicherheit[81] gleich bzw. erachten eine Unterscheidung der beiden Begriffe als «rechtlich nicht belangvoll».[82] Andere wiederum lehnen die «Unverletzlichkeit der gesamten Rechtsordnung» als Polizeigut mit dem Hinweis ab, damit würden «längst überholt geglaubte Ansichten wieder wach, wonach alles staatliche Recht polizeilicher Natur»[83] sei. Gar keine Einigkeit besteht ferner in Bezug auf die Frage des Numerus Clausus der Polizeigüter: Während die einen von einem festen Bestand an Polizeigütern ausgehen, glauben andere, eine durch gesellschaftlichen Wertewandel und Zeitgeist beständige Wandelbarkeit erkennen zu können. Bei genauer Betrachtung wird man allerdings feststellen, dass Wertewandel und Zeitgeist nicht neue Polizeigüter hervorbringen, sondern lediglich neue Gefahren für bereits bestehende Schutzgüter.[84]

Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung trägt nicht zur Entwirrung der Begriffe bei: Die öffentliche Ordnung umfasst nach ihr das, was die Lehre der öffentlichen Sicherheit zuordnet (Leben, Gesundheit, Ruhe, Sittlichkeit) sowie die öffentliche Sicherheit, welche als Unterfall der öffentlichen Ordnung betrachtet wird.[85]

Gerade mit Blick auf den Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel wäre etwas mehr Klarheit im Umgang mit dem Begriff des Polizeigutes wünschenswert.[86] Dieser begrifflichen Diffusheit ist es letztlich zuzuschreiben, dass die polizeiliche Generalklausel bisweilen gar vorschnell, so etwa im Bereich des Leistungsverwaltungsrechts, zum Thema wurde.[87]

2.2 Das «besondere» Polizeigut der polizeilichen Generalklausel

Für den vorliegenden Kontext erscheint die Frage zentral, ob prinzipiell jedes Polizeigut ein fundamentales Rechtsgut im Sinne der bundesgerichtlichen Formel darstellt. Oder aber, ob der Rechtsfigur der polizeilichen Generalklausel ein engerer Polizeigüterbegriff zu Grunde liegt. Hier kann und darf man – will man der Antwort einen Schritt näher kommen – nicht allein auf die (Gerichts-)Praxis abstellen.[88] Sie hilft nicht weiter, da sie – wie verschiedentlich erwähnt – nicht streng an der Grundidee der Rechtsfigur, sondern überwiegend am Ergebnis orientiert ist. Auszugehen ist also von Zweck und Funktion der polizeilichen Generalklausel als *Notfallinstrument*. Dieses indiziert einen *engen*, den Anwendungsbereich einschränkenden *Polizeigutbegriff*. Einen Polizeigutbegriff also, der den Dispens vom Gesetzmässigkeitsprinzip, einem Grundpfeiler des Rechtsstaates, zu rechtfertigen vermag. Der als Oberbegriff verwendete Terminus der «öffentlichen Ordnung und Sicherheit» erscheint daher für die Begrenzung der Anwendung der polizeilichen Generalklausel nicht geeignet. Tatsächlich werden in Lehre und Rechtsprechung denn auch zahlreiche (Polizei-)Güter unter den Begriff subsumiert, denen der «fundamentale Charakter» eindeutig abzusprechen ist. So rechtfertigt weder die Gefährdung oder Störung des Funktionierens einer öffentlichen Einrichtung (Universität,[89] Eisenbahnbetrieb etc.), noch die drohende Verletzung von Sozialnormen[90] und schon gar nicht die «Unverletzlichkeit der gesamten Rechtsordnung»[91] per se ein rechtssatzfreies Staatshandeln.[92]

---

[80] Vgl. zum Ganzen Reinhard (FN 3), 59 ff.

[81] Georg Engeli, Die Innere Sicherheit der Schweiz, Diss. Basel 1987, 57.

[82] Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 171.

[83] Reinhard (FN 3), 79.

[84] So auch Gygi (FN 22), 314; Reinhard (FN 3), 73 f. Demgegenüber sprechen sich Tschannen/Zimmerli (FN 69), § 52 Rz. 4; Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 69), Rz. 2433 und Jost (FN 30), 23 ff., für die Variabilität der Polizeigüter aus.

[85] Gygi (FN 22), 306 f. m.w.H.

[86] Reinhard (FN 3), 75, gibt denn auch zu Recht zu bedenken: «Die Offenheit des Bestandes an Polizeigütern zu bejahen bedeutete jedoch, die öffentliche Sicherheit und Ordnung potentiell zum Auffangbecken für gesetzlich nicht vorgesehene und nicht geregelte staatliche Eingriffe zu machen.»

[87] BGE 121 I 22 (Anouk Hasler), dazu Ziff IV. 5.

[88] Vgl. hierzu auch etwa Gygi (FN 22), 317 ff., dem zufolge der polizeilichen Generalklausel ein Polizeigutbegriff zugrunde liegt, der von jenem der polizeilichen Spezialerlasse abweicht.

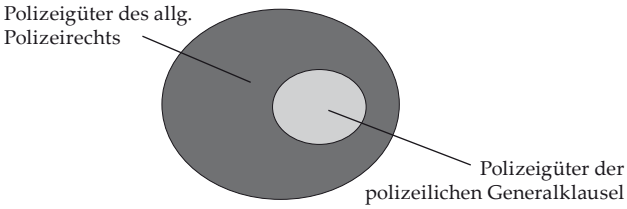
[89] Anders BGE 121 I 22; siehe ferner in der jüngeren Literatur auch Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, 95, die offenbar verschlechterte Studienbedingungen zu den vom Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel erfassten «besonders hochstehenden Schutzgütern» zählen.

[90] Als Sozialnormen gelten Vorschriften, die für ein gedeihliches Zusammenleben unerlässlich sind. Sie werden bisweilen als Ausfluss der öffentlichen Ordnung zu den Polizeigütern gezählt (vgl. kritisch Pierre Tschannen, Öffentliche Sittlichkeit: Sozialnorm als polizeiliches Schutzgut?, in: Benoît Bovay [Hrsg.], Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, 553 ff.; Reinhard [FN 3], 85 f., m.w.H.).

[91] Urs Pfander, Garantie innerer Sicherheit, Diss. Basel, Chur 1991, 91; Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 8 Rz. 3 ff., qualifizieren die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung als Polizeigut.

[92] Gl.M. Reinhard (FN 3), 79 f. A.M. Jost (FN 30), 120 f., dem zufolge die polizeiliche Generalklausel als allgemeines Instrument des Polizeigüterschutzes (in einem weiten Sinne) zu verstehen ist. Damit entfernt sich aber das Institut nach hier vertretener Auffassung allzu stark von seinem ursprünglichen Zweck.

Der Polizeigutbegriff der polizeilichen Generalklausel umfasst nach hier vertretener Auffassung nur eine *Teilmenge* der «üblichen Polizeigüter». Dazu gehören Rechtsgüter, die für Private (Leib, Leben, Gesundheit[93]) und für den Staat (innerer/äusserer Frieden, äussere Unabhängigkeit) von *existentieller Bedeutung* sind. Dabei bleibt die polizeiliche Generalklausel nicht nur für jene Konstellationen reserviert, in denen es zur *unmittelbaren* Gefährdung solcher Rechtsgüter kommt. Ihr Anwendungsbereich erfasst auch Bedrohungen, die als Folge einer Gefährdung oder Störung eines nicht fundamentalen Rechtsgutes entstehen. So kann etwa die Störung des Eisenbahnbetriebs, des reibungslosen Funktionierens einer Anstalt (psychiatrische Klinik, Gefängnis) oder die Bedrohung wichtiger Umweltgüter *mittelbar* zu einer ernsthaften Bedrohung fundamentaler Rechtsgüter von Individuen oder des Staates führen.



2.3 Enger Polizeigutbegriff

Eine Dispens vom Gesetzmässigkeitsgrundsatz, wie sie die polizeiliche Generalklausel vermittelt, ist in einem demokratischen Rechtsstaat schweizerischen Musters nur in elementaren Not- und Bedrohungssituationen zu rechtfertigen. Dies bestätigt auch die ständige bundesgerichtliche Praxis. Vor diesem Hintergrund ist bereits die erste Voraussetzung – wie es das Bundesgericht durch den Terminus «fundamentales Rechtsgut» deutlich macht – restriktiv zu fassen. Danach können nur jene Polizeigüter als fundamental gelten, über deren «absolute» Schutzbedürftigkeit ein allgemeiner Konsens besteht. Dazu zählen einzig diejenigen Rechtsgüter, welche für Individuen und Staatswesen mittelbar oder unmittelbar *von existentieller Bedeutung* sind. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der polizeilichen Generalklausel auf weitere wichtige Rechtsgüter ist daher abzulehnen.[94]

Dem Staat wird somit durch die polizeiliche Generalklausel ein Interventionsrecht – oder besser: eine Interventionspflicht – nur im Fall *qualifizierter* Störungen und Gefahren zugestanden. Wenn dagegen bloss «Wohlstand, die Bequemlichkeit, die Schönheit oder andere dergleichen Nebenvorteile für das Ganze befördert werden sollen», kann sich polizeiliches Handeln nicht auf die Generalklausel stützen, wie bereits Carl Gottlieb Svarez erkannte.[95]

Dieser enge Polizeigutbegriff bleibt freilich nicht ohne Auswirkungen auf die übrigen Anwendungsvoraussetzungen, insbesondere die vierte Voraussetzung (Unvorhersehbarkeit). Schon hier sei vorweggenommen, dass die «Fundamentalität» der Rechtsgüter bedingungslosen Schutz durch die staatlichen Kräfte verlangt. Dies selbst dann, wenn die Gefährdung typisch und vorhersehbar ist.

3. Schwere und unmittelbare Gefahr

Nicht jede Gefährdung oder Störung – mag sie auch ein «qualifiziertes» Polizeigut (fundamentales Rechtsgut) betreffen – rechtfertigt die Anwendung der polizeilichen Generalklausel. Praxisgemäss ist stets eine gewisse Schwere (Ziff. 3.1) sowie eine Direktheit und zeitliche Unmittelbarkeit der Gefährdung (Ziff. 3.2) verlangt.

3.1 Schwere der Gefahr

Die Gefährdung eines fundamentalen Rechtsguts ist aufgrund seiner hohen Wertigkeit nie eine Bagatelle. Eine schwere Gefährdung liegt aber erst vor, wenn für dieses Rechtsgut eine *erhebliche Beeinträchtigung* droht. Diese kann sich entweder aufgrund der Intensität in sachlicher (z.B. schwere Gesundheitsschädigung oder Lebensgefährdung) oder in personeller Hinsicht (z.B. Verbreitung einer weite Bevölkerungskreise erfassende Infektionskrankheit) ergeben.

3.2 Unmittelbarkeit der Gefahr

Die Gefährdung muss nicht nur schwer sein, sondern auch *zeitlich* unmittelbar bevorstehen. Dies erst macht eine konkrete Gefährdung zur veritablen Notlage, die ein zeitlich dringliches,[96] unbedingtes Handeln erfordert. Denn droht sich eine Gefahr nicht unmittelbar zu verwirklichen, besteht meist genügend Zeit, um das notwendige Handeln zunächst – auf dem ordentlichen Wege der Rechtssetzung – auf eine hinreichende Rechtsgrundlage zu stellen.[97] Dies hat das Bundesgericht im bereits erwähnten Genfer Fall schon früh deutlich gemacht:

> «Toutefois, il n'est pas grave au point que l'ordre public en soit troublé ou menacé, d'une façon directe et imminente, par un danger sérieux. (…) Il lui aurait dès lors été loisible de mettre en oeuvre la procédure législative et de prendre dans l'intervalle les mesures d'espèce que les circonstances imposaient.»[98]

---

[93] Auch Gygi (FN 82), 179, zählt zu den wichtigen Polizeigütern Leib, Leben, Gesundheit.

[94] In diesem Sinne auch Markus Schefer, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, 62 f.,

[95] Zitiert nach Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 1 Rz. 5. In diesem Sinne auch Mayer (FN 14), 215 f.

[96] Bisweilen wird die zeitliche Dringlichkeit als eigene Voraussetzung genannt (vgl. Tschannen/Zimmerli [FN 69], § 54 Rz. 5). Diese ergibt sich aber bereits aus der Unmittelbarkeit der schweren Bedrohungslage, mithin der Notlage und der daraus resultierenden Notwendigkeit zum unverzüglichen Handeln (vgl. auch Reinhard [FN 3], 160).

[97] Vgl. in diesem Sinne auch Jost (FN 30), 120.

[98] BGE 88 I 173 E. 2 S. 177 f. Im konkreten Fall wäre die Anwendung der polizeilichen Generalklausel bereits wegen fehlender Bedrohung eines fundamentalen Rechtsguts zu verneinen gewesen. Verneint hat das Bundesgericht die Unmittelbarkeit der Bedrohung auch im Urteil vom 18.2.1991 (ZBl 93 [1992], 40) betreffend Benut-

Die Unmittelbarkeit der Gefahr hat einen direkten inneren Zusammenhang zu den übrigen Anwendungsvoraussetzungen: Das Fehlen wirksamer Massnahmen (und Wege) sowie die Unvorhersehbarkeit der Gefahr.[99] Diesen Konnex deutet auch der erwähnte Leitentscheid in Bezug auf das Notverordnungsrecht an:

> «Notverordnungen dürfen jedoch nur erlassen werden, wenn es sich darum handelt, eine infolge bestimmter Ereignisse *unmittelbar* drohende Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit zu verhindern, der gegenüber der Erlass gesetzlicher Normen wegen der *Langsamkeit der ordentlichen Gesetzgebung* als Abwehrmittel versagen müsste [...] Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gegeben. Allein schon der Umstand, dass die Filmverordnung an Stelle einer Verordnung trat, die 40 Jahre lang in Kraft gestanden hatte, zeigt, dass sich die Behörden bei deren Erlass *nicht überraschend* vor eine unmittelbar drohende Gefahr gestellt sahen, die sie auf dem *Weg der ordentlichen Gesetzgebung* nicht rechtzeitig hätten abwenden können.»[100]

4. Fehlen wirksamer Massnahmen

Nach der Standardformel des Bundesgerichts darf die Polizeiklausel nur *subsidiär* zum Einsatz gelangen. Das heisst, nur soweit und solange als zur konkreten Gefahrenabwehr kein geeignetes, gesetzlich vorgesehenes Mittel zur Verfügung steht.[101] Sobald der Spezialgesetzgeber einen (Gefahren-)Bereich abschliessend geregelt hat, besteht kein Anwendungsfeld mehr für die polizeiliche Generalklausel, es sei denn, die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen sind nachweislich ungeeignet bzw. nicht ausreichend. Diesfalls können – sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind – gestützt auf die polizeiliche Generalklausel geeignete bzw. ergänzende Massnahmen vorgesehen werden.[102]

Beispiel: Vermutet die Polizei in einer Privatwohnung eine Gefahrenquelle, dürfen die Beamten nicht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ohne Durchsuchungsbefehl in die Wohnung eindringen. Die einschlägigen Vorschriften der Strafprozessordnung sehen explizit ein Verfahren vor, welches die Durchsuchung privater Räume an das Vorliegen eines untersuchungsrichterlichen Befehls knüpft. Dieses Verfahren kann nicht mittels Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel ausgehebelt werden, es sei denn, die zeitliche Dringlichkeit (z.B. tickende Bombe) lasse die rechtzeitige Beschaffung eines ordentlichen Durchsuchungsbefehls nicht mehr zu.[103]

5. Echter, unvorhersehbarer Notfall

5.1 Eine «junge» Voraussetzung

Diese vierte und letzte Voraussetzung ist – jedenfalls in dieser Klarheit – jüngeren Datums. Zwar hat das Bundesgericht schon in älteren Entscheiden angedeutet, dass die Voraussehbarkeit einer Gefährdung eine Rolle spielen kann.[104] Es hat aber die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel nie explizit davon abhängig gemacht. Erst in einem Entscheid aus dem Jahre 1995 bot sich dem Gericht die Gelegenheit, diesen Aspekt zu einem eigenständigen Kriterium auszubauen und schliesslich auch zur Anwendung zu bringen.[105] Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Regierungsrat des Kantons Zürich sieht sich mit einer steten Zunahme von Medizinstudentinnen und -studenten konfrontiert. Um den geordneten Universitätsbetrieb aufrecht zu erhalten, sieht er sich veranlasst, auf dem Verordnungsweg eine Zulassungsbeschränkung zum Medizinstudium einzuführen. Für die Einführung eines Numerus Clausus besteht im kantonalen Recht keine Grundlage, doch glaubt sich die Kantonsregierung als oberste Vollzugs- und Verwaltungsbehörde in allgemeiner Art zum Erlass von Verordnungen

zungsverbot des Gemeindesaals in Tavannes. Das Verbot konnte sich nicht auf die Generalklausel stützen, da die geplante Veranstaltung erst in sechs Monaten stattfinden sollte und folgedessen im Verfügungszeitpunkt kein Polizeinotstand vorlag. Vgl. ferner BVR 2003, S. 181 E. c (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11.9.2002), wonach der Gebrauch von Cannabisprodukten keine unmittelbare und ernstliche Gefährdung der Gesundheit darstellt und ein Hanfladen daher nicht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel geschlossen werden darf.

[99] Vgl. BGE 83 I 111 E. 2c S. 117; siehe nun jüngst auch BGE 132 II 449 E. 4.2. S. 458; ähnlich bereits Dürr (FN 29), 101 f.

[100] BGE 83 I 111 E. 2c S. 117 (Hervorhebungen durch die Autoren). Vgl. nun jüngst auch BGE 132 II 449 E. 4.2. S. 458.

[101] Vgl. etwa BGE 121 I 22 E. 4b/bb S. 28: «Die dauernde Überbelegung einer Studienrichtung führt unbestrittenermassen zu Beeinträchtigungen des Unterrichts. Von einer eigentlichen Notsituation, die durch keine anderen legalen Mittel zu beseitigen wäre, kann vorliegend indessen nicht die Rede sein. Der Numerus clausus bildet nur eine Möglichkeit, eine Überbelegung von Ausbildungsgängen im Interesse des Anstaltszwecks zu verhindern. Hat es der (formelle) Gesetzgeber unterlassen, diese Möglichkeit in der einschlägigen Gesetzgebung vorzusehen, muss die Exekutive in erster Linie auf organisatorischem Weg, allenfalls auch mit einer vorübergehenden Erhöhung der sachlichen und personellen Mittel, Abhilfe schaffen.»

[102] Vgl. auch Jost (FN 30), 123 m.w.H.

[103] So gestattet das bernische Polizeigesetz (FN 75) die Durchsuchung privater Räume ausserhalb eines Strafverfahrens nur, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung notwendig ist (Art. 39 Abs. 1 Bst. a). Bei fehlender Einwilligung des Betroffenen schreibt das Gesetz einen schriftlichen Auftrag durch den zuständigen Regierungsstatthalter vor – analog zum richterlichen Hausdurchsuchungsbefehl im Strafverfahren. Einzig wenn Gefahr im Verzug ist, dürfen ausnahmsweise private Räume ohne vorgängige schriftliche Anordnung betreten werden. Diesfalls jedoch verlangt das Gesetz ein besonderes Protokoll über das Vorgehen und die Begründung (Art. 39 Abs. 2). Die Bestimmung ist somit nicht als blosse Konkretisierung der polizeilichen Generalklausel zu verstehen. Vielmehr enthält sie kompensierende Sicherungselemente, welche die prekäre Rechtsposition des Betroffenen – in Analogie zum Strafverfahren – verbessern sollen. Vgl. zur polizeilich motivierten Hausdurchsuchung auch das Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts vom 31.8.2006 (VGE 22650) in: BVR 2006, S. 538 ff.

[104] Vgl. z.B. BGE 85 I 225 E. 2 S. 234.

[105] BGE 121 I 22 (Anouk Hasler).

berechtigt, jedenfalls in Situationen, welche ein Eingreifen als zwingend geboten erscheinen lassen; sie stützt sich mithin implizit auf einen Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel.

Nachdem das Gericht die bekannten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel als Grundlage für den Erlass einer Polizeinotverordnung wiederholt hat, fügt es als neue und zusätzliche Voraussetzung die *Unvorhersehbarkeit des Notfalls* hinzu:

> «Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden.»[106]

Konkret gelangt das Bundesgericht zum Schluss, der eingetretene Zustand (Überlastung der medizinischen Studieneinrichtungen) sei sowohl für die Exekutive als auch für die Legislative vorhersehbar gewesen, weshalb es die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel ablehnte:

> «Die Überlastung der medizinischen Studieneinrichtungen ist seit Jahren bekannt und hat immer wieder zu Diskussionen um Zugangsbeschränkungen geführt. Die Erziehungsdirektion weist in ihrer Vernehmlassung selber darauf hin, dass die Zahl von 335 neu in das Grundstudium eintretenden Studenten bereits 1974 ‹in hohem Masse alarmierend› gewesen sei, was die Schweizerische Hochschulkonferenz schon damals veranlasst habe, sich konkrete Gedanken zur Frage von Zulassungsbeschränkungen zu machen. [...] Verzichtete der Regierungsrat, dem nach Art. 40 Abs. 1 KV das ‹Vorschlagsrecht für Gesetze und Beschlüsse vor dem Kantonsrate› zusteht, darauf, für die Bewältigung des erkennbaren Problems rechtzeitig die nötigen gesetzlichen Grundlagen zu beantragen, oder wurden ihm diese verweigert, geht es nicht an, wenn er den Fragenbereich heute – wenn auch zeitlich beschränkt bis zum Inkrafttreten einer entsprechenden formellgesetzlichen Grundlage – polizeinotrechtlich zu regeln versucht; dies wäre höchstens in einer Extremsituation denkbar.»[107]

Notabene hätte es in diesem Fall bessere Gründe gegeben, die Anwendung der polizeilichen Generalklausel zu verneinen, allen voran das Fehlen eines bedrohten *fundamentalen Rechtsguts.* Genau dies dürfte – unbewusstermassen – das Gericht zu seinem Entscheid bewogen haben. Wären nämlich «fundamentale Rechtsgüter» und nicht bloss das Funktionieren einer Bildungseinrichtung in Frage gestanden, hätte das Bundesgericht wohl trotz Eintretens einer typischen, im Vorfeld grundsätzlich erkennbaren Gefahr den Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel als «Notanker» gebilligt.[108]

5.2 Herkunft des neuen Elements

Dieses vierte und neu in die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgenommene Element stellt zumindest theoretisch das eigentliche *Schlüsselelement* für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel dar. Mit ihm soll eine leichtfertige Unterwanderung des Legalitätsprinzips verhindert werden.[109] Theorie und Praxis klaffen hier allerdings auffällig auseinander. Dies wirft die Frage nach der Herkunft dieser Voraussetzung auf. Das Bundesgericht stützt sich im interessierenden Entscheid[110] auf eine Literaturstelle bei Jörg Paul Müller. Im Wortlaut hält dort der Autor fest:

> «[...] der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist also auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt und es ist unzulässig, die Klausel dann anzurufen, wenn der Gesetzgeber typische und erkennbare Gefährdungslagen absichtlich oder versehentlich nicht normiert hat».[111]

Zur Stützung seiner Aussage verweist er auf entsprechende Stellen im Schrifttum[112] und in der Judikatur[113]. In keiner der angeführten Belegstellen findet sich allerdings ein Bekenntnis zur «atypischen und nicht erkennbaren Gefährdungslage» als zusätzlicher Anwendungsvoraussetzung der polizeilichen Generalklausel. Dass sich dieses Erfordernis dennoch in der jüngeren Lehre und Rechtsprechung unwidersprochen und

[106] BGE 121 I 22 E. 4 b S. 28.
[107] BGE 121 I 22 E. 4 b/bb S. 28 f.
[108] So praxiswidrigerweise auch geschehen in BGE 126 I 112 ff. (Zwangsmedikation).
[109] Vgl. Markus Müller, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, ZBJV 136 (2000), 740.
[110] BGE 121 I 22 E. 4 b S. 28.
[111] Jörg Paul Müller, in: Kommentar BV 1874, Einleitung zu den Grundrechten (Stand 1987), Rz. 122.
[112] Als erstes verweist der Autor auf ein eigenes früheres Werk: Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, 110. Hier findet sich die identische Aussage, versehen mit Hinweisen auf die eigene Dissertation (Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, 201) sowie auf Dürr (FN 29), 101 f.; Philippe Abravanel, La protection de l'ordre public, ZSR 99 (1980), 35 ff., und Giorgio Malinverni, La Liberté de Réunion, Genf 1981, 119 ff. Diese drei Autoren sprechen sich allerdings zum (zusätzlichen) Erfordernis der Unvorhersehbarkeit der Gefahr nicht aus. Sie betonen lediglich, dass die polizeiliche Generalklausel im Rechtsstaat nur Ausnahme und nicht Regel sein dürfe und nur zur Anwendung gelange, wenn der ordentliche Gesetzgeber aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit des Handelns überfordert wäre. Die zeitliche Dringlichkeit hat aber nichts gemein mit der Unvorhersehbarkeit einer Gefahrenlage: Das Element der zeitlichen Dringlichkeit blickt in die *Zukunft*. Sie entbindet den Gesetzgeber vom Tätigwerden, da er aufgrund der Langsamkeit des Gesetzgebungsprozesses für eine Beseitigung der Gefahr zu spät käme. Demgegenüber bezieht sich die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit auf die *Vergangenheit*. Es ist der Blick zurück, mit dem Versäumnisse des Gesetzgebers bewertet werden.
[113] Verwiesen wird einzig auf EuGRZ 1980, 37 (Ausgangsfall: BGE 103 Ia 310 «Rassemblement jurassien» [= Pra 1977, 610]). Zur Frage der *Unvorhersehbarkeit* der eingetretenen Situation *für den Gesetzgeber* nimmt aber weder die Kommission noch das Bundesgericht explizit Stellung.

weitgehend undiskutiert etablieren konnte,[114] ist mit dem in der Schweiz verbreiteten *demokratischen Reflex* zu erklären.[115] Genauer besehen, muss die Praxistauglichkeit dieses Kriteriums allerdings Zweifel wecken: Die damit transportierte Aufforderung an den Gesetzgeber, um- und weitsichtig zu legiferieren, ist zwar berechtigt. Regelungen, welche grundlegende gesellschaftliche Fragen beinhalten, müssen stets vom Gesetzgeber geschaffen werden. Die Gefahr, dass sich der Gesetzgeber genau um solche heikle Entscheide drückt und auf diese Weise die Verantwortung in sensiblen Fragen der Rechtsanwendung überlässt, ist aber leider unverrückbare Tatsache. Dies darf man bei der Beurteilung des Kriteriums der «Unvorhersehbarkeit der Notlage» nicht einfach ignorieren.

5.3 Die fehlende Praxistauglichkeit

Das in der Theorie erdachte Anwendungskriterium der *Unvorhersehbarkeit* einer Gefährdung vermag – wie angedeutet – den Praxistest nicht zu bestehen. Die «Brüche» in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Umgang mit der polizeilichen Generalklausel legen denn auch beredtes Zeugnis davon ab.[116] Das Kriterium leidet vor allem unter zwei Schwächen:

- *Zuallererst* stellt sich die grundsätzliche Frage, ob es in der modernen Welt überhaupt noch unvorhersehbare Gefahren gibt. Fast alles lässt sich heute zumindest in Ansätzen vorhersehen. Die Prognostik hat Fortschritte gemacht. Selbst das Unvorhersehbare ist heute kaum mehr wirklich eine Überraschung. Alles ist möglich. Die rechtstechnischen Möglichkeiten, selbst das Unvorhersehbare zu erfassen, sind vielfältig: Finale Gesetzgebung, Rahmenerlasse, Selbstregulierungen, unbestimmte Gesetzesbegriffe, Generalklauseln. Die Tatsache, dass die Gerichte noch kaum mit wirklich unvorhersehbaren Gefahren konfrontiert waren, belegt dies. Akute Gefährdungssituationen in psychiatrischen Kliniken, Ausschreitungen anlässlich von Demonstrationen oder Sportveranstaltungen mit hohem Schädigungspotential etc. sind jedenfalls eindeutig vorhersehbar.[117]
- *Was aber,* wenn eine schwere, unmittelbare, jedoch vorhersehbare Gefährdung eines fundamentalen Rechtsguts droht, die Gesetzgebung aber keine Grundlage zu staatlichen Intervention enthält? Geht man streng nach den etablierten Anwendungsvoraussetzungen, ist die Antwort klar: Es liegt kein Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel vor, somit fehlt die Legitimation zu staatlichem Handeln. So die Konsequenz aus dem verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz *rechtsstaatlichen Handelns.* Das praktische Problem – die akute Gefährdung eines fundamentalen Rechtsguts – ist damit freilich nicht behoben. Im Gegenteil: Es spitzt sich zu. Der Verwaltungsmitarbeiter an der «Front» steht vor dem bekannten *Dilemma:*[118] Für das polizeiliche Interventionshandeln fehlt ihm die Legitimationsgrundlage. Ebenso fehlt sie ihm aber auch für ein Nichthandeln und Dulden einer sich abzeichnenden Rechtsgüterverletzung. Die Dogmatik ist hier aufgefordert, nach Auswegen zu suchen. Diese können sich nicht in der pragmatischen Feststellung erschöpfen, Handeln sei in dieser Situation zwar nicht legal, aufgrund der spezifischen Konstellation aber legitim.[119] Solches hiesse vor diesem Dilemma kapitulieren.

5.4 Wege aus dem Dilemma

Wege aus dem Dilemma zu finden ist nicht leicht. Aber es gibt sie. Sie sind allerdings in unterschiedlichem Masse Erfolg versprechend bzw. weiterführend:

- Der eine Weg hält sich innerhalb der tradierten Dogmatik. Die vier Voraussetzungen – insbesondere auch die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit der Gefahr – finden unverändert Anwendung. Eine vorhersehbare schwere Gefahr liesse sich daher nicht gestützt auf die Polizeiklausel abwenden. Sollen in einer solchen Gefährdungslage Rechtsgüter nicht leichtfertig geopfert werden, ist daher nach Surrogaten Ausschau zu halten. Für Extremsituationen könnte sich der Rückgriff auf einen *übergesetzlichen Rechfertigungsgrund* anbieten. Ein im Ergebnis nur wenig befriedigendes Vorgehen, da die Voraussetzungen an eine solche Extremsituation sehr hoch sein müssen und daher kaum je gegeben sein dürften.[120] In *spezifischen*

[114] Vgl. etwa Tschannen/Zimmerli (FN 69), § 54 Rz. 6; Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 69), Rz. 2468; ferner Reinhard (FN 3), 161, der die in diesem Punkt zu large bundesgerichtliche Rechtsprechung kritisiert. – Moderat kritisch nun immerhin Kiener/Kälin (FN 89), 95: Die Autoren stellen dieses Kriterium zumindest in Fällen intensiver Gefährdungen von Leib und Leben in Frage. – In der neueren deutschen Lehre wird kontrovers diskutiert, ob die polizeiliche Generalklausel einzig für sog. *atypische* Gefahrensituationen (d.h. nicht vorhersehbare Situationen) eingesetzt werden dürfe: vgl. in diesem Sinn etwa Pieroth/Schlink/Kniesel (FN 5), § 7 Rz. 20; Butzer (FN 74), 523; a.M.: Rachor (FN 33), Rz. F 785 f.; Schenke (FN 17), Rz. 49. Letztgenannter wendet hauptsächlich ein, die Forderung nach umfassender spezialgesetzlicher Regelung aller typischer Gefahren komme einer Überdehnung des grundrechtlichen Parlamentvorbehaltes gleich. Auch bedeute es rechtsstaatlich keinen Fortschritt, wenn eine neu geschaffene Spezialermächtigung inhaltlich ohnehin nur die Tatbestandsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel wiederhole.

[115] Vgl. exemplarisch Thomas Cottier, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Diss. Bern, 2. ergänzte Aufl., Chur/Zürich 1991, 29.

[116] Besonders illustrativ BGE 126 I 112; siehe dazu die Kritik in der Lehre: Walter Kälin, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 138 (2002), 630 f.; Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz: Ergänzungsband zur 3. Aufl. des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005, 19; Ders. (FN 94), 62 f.; Müller (FN 109), 725 ff. jeweils m.w.H.

[117] Vgl. Markus Müller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, ZBJV 141 (2005), 637. In diesem Sinne auch Rainer J. Schweizer, Zur Nachführung des Legalitätsprinzips, in: Bovay (FN 90), 524 f. Insoweit mutet die Argumentation des Bundesgerichts, wonach die Gefährdungslage rund um das WEF in Davos unvorhersehbar war, etwas konstruiert an (vgl. BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 382 f.).

[118] Vgl. dazu Markus Müller, Das besondere Rechtsverhältnis – Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Habil. Bern 2003, 267 f.

[119] So etwa Zaccaria Giacometti in Bezug auf das Vollmachtenregime zur Zeit des zweiten Weltkrieges (siehe dazu Thürer [FN 57], 189 f.).

[120] Dazu Müller (FN 109), 740 f.

Konfliktsituationen (multipolare Grundrechtskonflikte) könnten in schmal und eng umgrenzten Fällen auch die Grundrechte (gefährdeter) Dritter eine Handlungsgrundlage liefern.[121]
Gelangt eines dieser beiden Surrogate zur Anwendung, ist damit freilich nicht der Freipass für jegliches Handeln gegeben. Schranken setzt auch hier insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip, das im Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel generell besondere Bedeutung erlangt.[122]

– Weder das Surrogat des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrunds noch dasjenige der Grundrechte Dritter können aufgrund ihres schmalen Anwendungsbereichs die Problematik entscheidend entschärfen. Es bleiben zahlreiche Gefahrensituationen, in denen sich aufgrund der Vorhersehbarkeit der Gefahr eine Intervention des Staates ohne gesetzliche Grundlage verbietet, die Gefahr sich somit realisieren kann. Um solches lückenlos zu verhindern, muss ein radikalerer Weg eingeschlagen werden. Dieser führt über eine *Reform der Rechtsfigur der polizeilichen Generalklausel:* Deren Anwendung ist noch eindeutiger auf wirklich fundamentale Rechtsgüter einzuschränken und, vor allem: die Unvorhersehbarkeit der Gefahr ist als Anwendungsvoraussetzung ersatzlos fallen zu lassen.[123] Dies mag – jedenfalls theoretisch[124] – zu einer geringfügigen Ausdehnung des Anwendungsfeldes führen, wird aber durch einen restriktiven Polizeigutbegriff sofort wieder kompensiert. Auch bietet das Rechtsstaatsbewusstsein der hiesigen Verwaltung und der Gerichte genügend Sicherheit.[125]

V. Zusammenfassung: Elemente einer zeitgemässen Polizeiklausel

Die polizeiliche Generalklausel nach schweizerischem Verständnis ist als Notfallinstrument konzipiert. Darin unterscheidet sie sich grundlegend von der gleichnamigen Rechtsfigur im deutschen Recht.

Die polizeiliche Generalklausel genügt als Surrogat für eine gesetzliche Handlungsgrundlage nur dort, wo ein fundamentales Rechtsgut einer schweren unmittelbaren Gefahr ausgesetzt ist und rasches, flexibles Handeln des Staates unerlässlich erscheint. Das Institut bewegt sich somit im Spannungsfeld zwischen rechtsstaatlicher Legalität und praktischer Flexibilität.

Im Laufe der Zeit haben sich in Rechtsprechung und Lehre vier Anwendungsvoraussetzungen herausgebildet. Die Darlegungen haben aufgedeckt, bei welchen der vier von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Anwendungsvoraussetzungen eine *Reform* anzusetzen hat:

– «*Bedrohtes Rechtsgut*»: Praxis und Lehre haben bisweilen den Anwendungsbereich zu wenig konsequent auf die Bedrohung «fundamentaler» Rechts- und Polizeigüter eingegrenzt. Dies widerspricht Funktion und Zweck der Polizeiklausel als Notfallinstrument und führt zu einem letztlich unzulässig breiten Einsatz dieses Instituts. Die erste Anwendungsvoraussetzung ist daher im dargelegten Sinn restriktiv zu handhaben.

– «*Unvorhersehbarkeit der Gefahr*»: Die Reform der polizeilichen Generalklausel hat vor allem bei der vierten Anwendungsvoraussetzung anzusetzen und diese ersatzlos zu streichen. Diese Voraussetzung hat sich in der Vergangenheit zunehmend als praxisuntauglich erwiesen. Zwar bezweckt auch sie einen zurückhaltenden Einsatz der polizeilichen Generalklausel, was an sich zu begrüssen ist. Sie schiesst freilich – wie gezeigt – über das Ziel hinaus und lässt praktische Probleme ungelöst.

Die beiden Reformmassnahmen werden sich in ihren Wirkungen insgesamt weitgehend ausgleichen: Während der engere Polizeigutbegriff eher zu einem tendenziell restriktiveren Einsatz der polizeilichen Generalklausel beitragen wird, kann der Verzicht auf das Kriterium der «Unvorhersehbarkeit» der Gefahr allenfalls eine leichte Ausdehnung des Anwendungsfeldes zur Folge haben.

---

[121] Vgl. Müller (FN 118), 266 ff.
[122] Vgl. Reinhard (FN 3), 162.
[123] Den Gerichten (insbes. dem Bundesgericht) ist dadurch nicht verwehrt, den Mahnfinger gegenüber einem «nachlässigen» Gesetzgeber aufzuhalten – was in der Vergangenheit häufig vernachlässigt wurde: vgl. Reinhard (FN 3), 161; Markus Müller, Zum Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe, recht 1994, 40; Schweizer (FN 117), 525.
[124] Angesichts der eher geringen *praktischen* Bedeutung des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit, wird dessen Wegfall sich kaum merkbar auswirken.
[125] In diesem Sinne auch Jost (FN 30), 121.