

Inhalt

Polizei & Militär

- Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht –
Versuch einer Klärung** 63

Benjamin Schindler

- Cyber-Crime: Verantwortung und
Vorgehen im Ernstfall** 71

Barbara Klett/Sonja Stirnimann

- Teilrevision des Militärgesetzes durch die WEA
und ihre Auswirkungen auf die Aufgaben der Armee** 79

Philipp Krage

Umwelt & Technik

- Das Verhältnis von Regulierung und
Haftung am Beispiel der Nanotechnologie** 97

Marcel Lanz

Rechtsetzung

- MEDICRIME-Konvention des Europarates** 109

Eva-Maria Hiebl

Rechtsprechung

- Baumängel, Elementarschäden
und Gebäudeversicherung** 116

Cornel Quinto

Weiterbildung

- Zehntes Zürcher Präventionsforum** 121

Angela Giger/Sena Hangartner

Impressum

Sicherheit & Recht / Sécurité & Droit

Herausgeber

Dr. Michael Bütler
Prof. Dr. Benjamin Schindler
Prof. Dr. Franziska Sprecher
Dr. Patrick Sutter

Beirat

Dr. Richard Calame (Stahl, Péquignot, Lorenz, Calame, Neuchâtel)
Prof. Dr. Alexandre Flückiger (Université de Genève)
Prof. Dr. Regina Kiener (Universität Zürich)
Dr. Michael Leupold (Kantonspolizei Aargau)
Prof. Dr. Andreas Lienhard (Universität Bern)
Dr. Adrian Lobsiger (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter)
Dr. Christoph Meili (Innovationsgesellschaft, St. Gallen)
Dr. Markus H. F. Mohler (Universität St. Gallen)
Prof. Dr. Markus Müller (Universität Bern)
Prof. Dr. Alexander Ruch (ETH Zürich)
Prof. Dr. Rainer J. Schweizer (Universität St. Gallen)
Dr. Viviane Sobotich (Ombudsfrau der Stadt Winterthur)

Verlag und Abonnementsverwaltung

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, 8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29
E-Mail: auslieferung@diike.ch
Internet: www.dike.ch

Anzeigenverkauf und -beratung

bw medien
ea Medien AG
Werner-Kälin-Strasse 11, 8840 Einsiedeln
Tel. 055 418 82 00, Fax 055 418 82 22
info@bwmedien.ch, www.bwmedien.ch

Internet

www.si-re.ch

Französische Lead-Übersetzung

LT LAWTANK
Laupenstrasse 4, 3001 Bern

Erscheinungsweise

3 Ausgaben jährlich (April, August, Dezember)

Abonnementspreise

Jahresabonnement Schweiz: CHF 168.– (inkl. Versandkosten)
Jahresabonnement Ausland: CHF 186.– (inkl. Versandkosten)
für Studierende: CHF 78.– (inkl. Versandkosten)
Einzelnummer: CHF 56.– (exkl. Versandkosten)

Die Bezugsgebühren von Zeitschriften des Verlages werden zu Beginn eines jeden Jahres in voller Höhe für das laufende Kalenderjahr berechnet.

Bestellungen

Ausschliesslich direkt bei der Abonnementsverwaltung des Verlags (zeitschriften@diike.ch) oder über www.si-re.ch

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Das Recht zum Nachdruck, zur Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift steht ausschliesslich der Dike Zeitschriften AG zu.

ISSN 1662-8217



Benjamin Schindler*

Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung

Der Begriff der «Polizei» nimmt im Verwaltungsrecht traditionell eine hervorgehobene Stellung ein. Er bezeichnet ein bestimmtes staatliches Aufgabenspektrum, nämlich den Schutz der Polizeigüter. Was hierzu im Einzelnen gehört, ist indes umstritten, weshalb der Begriff kaum eine rechtspraktische Abgrenzungsfunktion erfüllen kann. Der vorliegende Beitrag plädiert dafür, auf den Polizeibegriff im Verwaltungsrecht weitgehend zu verzichten. Der Begriff der «Polizei» sollte nur noch im positivrechtlichen Sinn für bestimmte Verwaltungseinheiten – die «Polizeikörpers» – und ihre spezifische Kompetenz in der Art und Weise der staatlichen Aufgabenerfüllung verwendet werden.

Le terme de «police» est traditionnellement prédominant en droit administratif. Il désigne un éventail de tâches étatiques défini, à savoir la protection des biens de police. Le contenu détaillé est cependant contesté, raison pour laquelle ce terme ne peut guère remplir une fonction distinctive dans la pratique juridique. La présente contribution plaide pour qu'il soit largement renoncé au terme de police en droit administratif. Le terme de «police» ne devrait plus être utilisé qu'au sens du droit positif, pour des unités administratives déterminées, les «corps de police», et leur compétence spécifique dans l'exécution des tâches étatiques.

Inhalt

- I. Polizeibegriff(e): Diskrepanz zwischen Alltagssprache und Fachsprache
- II. Wandel des Polizeibegriffs im Lauf der Zeit
 1. Paternalistisch-breites Begriffsverständnis im Ancien Régime
 2. Liberal-verengtes Begriffsverständnis seit dem frühen 19. Jahrhundert
 3. Verfestigung des Polizeibegriffs seit Ende des 19. Jahrhunderts
- III. Defizite der verwaltungsrechtlichen Begriffsverwendung
 1. Unklare Konturen der polizeilichen Schutzgüter
 2. Überstrapazierung der begrifflichen Abgrenzungsfunktion
- IV. Braucht das Verwaltungsrecht einen Polizeibegriff?
 1. Überflüssige Priorisierung des «Polizeirechts» im Verwaltungsrecht ...
 2. ... unter gleichzeitiger Vernachlässigung der Polizei als Modus staatlicher Aufgabenerfüllung
- V. Plädoyer für eine zurückhaltende und zugleich gezielte Begriffsverwendung

I. Polizeibegriff(e): Diskrepanz zwischen Alltagssprache und Fachsprache

Wir alle verwenden in unserer Alltagssprache den Begriff der «Polizei» und haben dabei recht klare Vorstellungen vom Gegenstand, den wir meinen. Spontan denken wir an Uniformen und Fahrzeuge mit dem Schriftzug «Polizei». Umgangssprachlich bezeichnet das Wort

«Polizei» Verwaltungseinheiten von Kantonen und Gemeinden, deren Angehörige in der Regel eine Uniform tragen, bewaffnet sind und über die schweizweit einheitliche Notrufnummer 117 rund um die Uhr erreichbar sind. Auf diesem Verständnis basieren auch sozialwissenschaftliche Untersuchungen, etwa wenn durch Umfragen nach dem Vertrauen in bestimmte staatliche Institutionen gefragt wird. Hier wird ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die Befragten – Personen ohne spezifisches Vorwissen – von «der Polizei» eine ähnlich präzise Vorstellung haben wie vom «Bundesrat», der «Armee» oder dem «Eidgenössischen Parlament»¹.

Das klare Bild der «Polizei» verschwimmt bei angehenden Juristinnen und Juristen spätestens dann, wenn sie erstmals eine Vorlesung zum Allgemeinen Verwaltungsrecht besuchen. Dort wird ihnen beigebracht, dass der Polizeibegriff in der Rechtssprache eine «differenziertere Verwendung»² finde. Bezeichnet wird damit in der Wissenschaftssprache nicht nur eine Institution oder Behörde, sondern darüber hinaus auch eine bestimmte Funktion staatlicher Aufgabenwahrnehmung, nämlich der Schutz der «polizeilichen Schutzgüter», etwa die öffentliche Ordnung und Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.³ Der so definierte verwaltungsrechtliche «terminus technicus» ist in seiner Bedeutung nicht nur wei-

* Professor für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen. Der Autor dankt seinen Mitarbeitern MLaw Armin Stähli und RA Dr. phil. nat. Tobias Tschumi herzlich für die Unterstützung bei der Recherche und der redaktionellen Überarbeitung dieses Beitrags.

¹ Vgl. TIBOR SZVIRCSEV TRESCH/ANDREAS WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2017: Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend, Zürich 2017, 84.

² PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 53 N 2.

³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 2546.

ter als der Alltagsbegriff der «Polizei»,⁴ sondern auch weniger fassbar. Denn in Rechtsprechung und Lehre werden unterschiedliche Ansichten dazu vertreten, was noch zu den Polizeifunktionen gerechnet werden kann und was nicht: «So oft wir das Wort Polizei im Munde führen, so streitig ist doch bis heute Begriff und Umfang der Polizei.»⁵ Dieser 1864 zu Papier gebrachte Satz hat bis heute nichts von seiner Aktualität verloren.

Während in vielen anderen Lebensbereichen die juristische Sprache klarer und präziser ist als die Alltagssprache – man denke nur an die Verwendung des Wortes «Besitz» in Art. 919 ZGB oder den Betrugstatbestand von Art. 146 StGB –, verhält es sich mit dem Begriff «Polizei» genau umgekehrt. Wäre es nun aber nicht gerade das erklärte Ziel der Fachsprache und ihrer Begriffe, mehr Präzision und Klarheit für die Rechtsanwender zu schaffen?⁶ Hat die Verwaltungsrechtswissenschaft hier versagt? Der vorliegende Beitrag möchte zuerst der Frage nachspüren, woher die weite und vielfach unklare Verwendung des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht stammt. Hierfür ist ein Blick in die Vergangenheit notwendig (II). Der Blick zurück vermag die heutige Begriffsverwendung zwar zu erklären, ändert aber nichts daran, dass der Polizeibegriff im Verwaltungsrecht sehr Vieles bezeichnet, das Wesen der Polizei in dem heute verwendeten und positiv-rechtlich umschriebenen Sinn aber nicht präzise zu beschreiben vermag (III). Damit drängt sich die Frage auf, ob der Polizeibegriff im Verwaltungsrecht nicht überhaupt verzichtbar ist (IV). Der Beitrag schliesst mit einem Plädoyer für eine zurückhaltende, gleichzeitig aber fokussierte Begriffsverwendung (V). Ein solcherart geschärfte Sprachgebrauch hätte den zusätzlichen Vorteil, die wissenschaftliche Sprache wieder stärker an die Alltagssprache und das positive Recht heranzuführen.

II. Wandel des Polizeibegriffs im Lauf der Zeit

1. Paternalistisch-breites Begriffsverständnis im Ancien Régime

Im Ancien Régime (bis 1798) war die «gute Policey» Synonym für eine umfassend verstandene Ordnung des Gemeinwesens und beschrieb praktisch sämtliche Politikfelder. Hierauf deutet der gemeinsame Wortstamm von Polizei und Politik hin (von griech. πόλις; pólís für

Stadt bzw. Staat).⁷ Dieses Begriffsverständnis lag in Frankreich etwa dem monumentalen *Traité de la Police* von NICOLAS DE LA MARE (1639-1723) zu Grunde, welcher nach 1705 in vier Bänden erschien.⁸ Auch in der Schweiz fand dieses breite Begriffsverständnis seinen Niederschlag.⁹ So etwa in der halboffiziellen «Sammlung der Bürgerlichen und Policey-Gesetze [sic] und Ordnungen der Löbl[ichen]. Stadt und Landschaft Zürich», welche zwischen 1757 und 1793 erschien. Während die damaligen «Bürgerlichen» Gesetze weitgehend dem heutigen Zivilrecht entsprachen, enthielten die Policey-Gesetze «solche Einrichtungen und Vorschriften, so die übrige Wohlfahrt des Staats betreffen»¹⁰. Zu dieser übrigen Wohlfahrt gehört einerseits die Abwehr all dessen, «was die gemeine Ruhe und Sicherheit stören kann»¹¹, daneben aber auch eine breit verstandene Wirtschaftsregulierung (z.B. Zunftwesen und Fabrikarbeit), die behördliche Fürsorge (z.B. die Errichtung von Waisenhäusern und Kornspeichern) bis hin zu Sitte und Religion (insb. Sittenmandate). Dieser breite Polizeibegriff reflektiert das damalige Staatsaufgabenverständnis der politischen Eliten. Die Obrigkeit verglich sich gerne mit einem «klugen Hausvater» (*pater patriae*), der mit den öffentlichen Mitteln sparsam umgeht und mit einer Mischung aus Fürsorge und sittlich-moralischer Strenge auf die «Beförderung der gemeinschaftlichen Glückseligkeit» hinwirkt.¹² In der Literatur wird dieser Polizeibegriff – insb. mit Blick auf Deutschland und Frankreich – auch mit dem Absolutismus in Verbindung gebracht.¹³ Diese absolutistische Konnotation trifft für die Schweiz indes kaum zu, da selbst die grösseren Stadtrepubliken wie Zürich und Bern über einen im europäischen Vergleich bescheidenen Staatsapparat verfügten und sich die Obrigkeit durch religiös-moralische, aber auch republikanische Wertvorstellungen gebunden fühlte.¹⁴ Trotz dieser republikanischen Mässigung stiess das fürsorglich-bevormundende Staatsver-

⁷ MEDICUS (FN 5), 128; ANDREA TÖNDURY / OMAR ABO YOUSSEF, Polizeiliche Schutzgüter im Wandel, in: Dies. (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter: Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, 7 ff.

⁸ Hierzu ETIENNE GRISEL, La définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, 91 ff., 92 f.; TÖNDURY / ABO YOUSSEF (FN 7), 8 f.

⁹ Vgl. CLAUDIA SCHOIT-VOLM, Policey in der Schweiz: Das Beispiel Zürich, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Policey im Europa der Frühen Neuzeit, Frankfurt a.M. 1996, 489 ff. Für die teilweise parallele Entwicklung in Deutschland HANS BOLDT / MICHAEL STOLLEIS, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Erhard Denninger / Frederik Racher (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, München 2012, 1 ff., 9 ff.

¹⁰ So die Antwort auf die Frage «Welche heissen Policey-Gesetze?» im Kleinen politischen Katechismus für die erste Jugend der Schule Zürich. Mit hoher Approbation, Zürich 1787, 15.

¹¹ Kleiner politischer Katechismus (FN 10), 7.

¹² Kleiner politischer Katechismus (FN 10), 4, 10.

¹³ Vgl. JOSIANNE MAGNIN, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2017, 8; LILIANE SCHÄRMELI, Entwicklung und Tragweite des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht, in: Abo Youssef / Töndury (FN 7), 41 ff.

¹⁴ Vgl. Kleiner politischer Katechismus (FN 10), 4, 9; JAKOB DUBS, Das Öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Erst Theil, 2. Aufl., Zürich 1878, 79 f.

⁴ AXEL TSCHENTSCHER / ANDREAS LIENHARD, Öffentliches Recht: Ein Grundriss, Zürich/St. Gallen 2011, N 593.

⁵ CARL LUDWIG FERDINAND MEDICUS, Polizei, in: Johann Caspar Bluntschli/Karl Brater (Hrsg.), Deutsches Staats-Wörterbuch, 8. Band, Stuttgart/Leipzig 1864, 128.

⁶ Vgl. HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (FN 3), N 3: «Unter den Aufgaben des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist als erste die Formulierung von klaren und praktikablen Begriffen zu nennen.» Vgl. auch PETER FORSTMOSER / REGINA OGOREK / BENJAMIN SCHINDLER, Juristisches Arbeiten, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 28 ff.

ständnis der «Gnädigen Herren»¹⁵ mit dem Zusammenbruch der Alten Eidgenossenschaft und dem Erstarken des Liberalismus auf zunehmendes Unverständnis.¹⁶

2. Liberal-verengtes Begriffsverständnis seit dem frühen 19. Jahrhundert

Mit Verdrängung des als zu wohlfahrtsorientiert und zu kleinlich-bevormundend empfundenen frühneuzeitlichen Staatswesens durch den liberalen Rechtsstaat erfuhr auch der Polizeibegriff im 19. Jahrhundert einen Begriffswandel.¹⁷ Er stand fortan nur noch für ein aus liberaler Sicht zentrales Staatsaufgabenspektrum, nämlich die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.¹⁸ Durch eine «Reinigung» des Polizeibegriffs sollte der umfassend zuständige «Polizeistaat» in seine aus liberaler Sicht notwendigen Schranken verwiesen werden.¹⁹ Damit wurde einer zünftig regulierten Wirtschaft ebenso eine Absage erteilt wie der sittlich-moralisch motivierten Beförderung der gemeinsamen Glückseligkeit. Die Bedeutungsverengung des Polizeibegriffs ist daher eine Folge der von den liberalen Kräften geforderten Einschränkung des Staatszwecks und der damit verbundenen Beschränkung der Staatsaufgaben.²⁰

3. Verfestigung des Polizeibegriffs seit Ende des 19. Jahrhunderts

Der Ausbau zum modernen Sozialstaat seit Ende des 19. Jahrhunderts führte zwar zu neuen Staatsaufgaben, doch änderte sich hierdurch der im Liberalismus auf den Schutz bestimmter für ein friedliches Zusammenleben elementarer Rechtspositionen verengte Polizeibegriff nicht mehr grundlegend. Der *materielle oder funktionelle Polizeibegriff*, der eine bestimmte Staatsaufgabe – den *Schutz zentraler Polizeigüter* – umschreibt, behielt seine Bedeutung bis heute bei.²¹ Der «klassische» Kanon der Polizeigüter umfasst im Wesentlichen die öffentliche Sicherheit und Ordnung, wozu insbesondere die Unversehrtheit von Leib und Leben, Freiheit und Eigentum, die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Ruhe, die öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glau-

ben im Geschäftsverkehr gezählt werden. Diese Rechtsgüter reflektieren weitgehend die aus liberaler Sicht erforderlichen Staatszwecke, wenn auch der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit ein Souvenir aus der Zeit des Ancien Régimes sein dürfte.²² Während der Kanon dieser Polizeigüter in der heutigen Lehre grundsätzlich unbestritten ist, zeigen sich im Detail durchaus Unterschiede. So sprechen sich gewisse Autoren dezidiert für eine restriktive Umschreibung der Polizeigüter aus,²³ während andere dazu neigen, die «Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung» schlechthin als Polizeigut anzuerkennen.²⁴

III. Defizite der verwaltungsrechtlichen Begriffsverwendung

1. Unklare Konturen der polizeilichen Schutzgüter

Das sachliche Aufgabenspektrum der Polizei begrifflich sinnvoll zu erfassen und einen Kanon von polizeilichen Schutzgütern zu definieren, ist im Rechtsalltag kaum möglich. Zum einen besteht keine Einigkeit darüber, welche Güter für das gesellschaftliche Zusammenleben elementar sind und daher gegen Gefahren geschützt werden müssen. Soll etwa das nicht sexuell motivierte Wandern im Adamskostüm zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit verboten werden?²⁵ Zum anderen kann die Trennlinie zwischen polizeilicher Gefahrenabwehr und Sozialgestaltung nicht scharf gezogen werden.²⁶ Ist etwa die «ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts» ein «schützenswertes polizeiliches Gut»²⁷ oder «nur» ein Anliegen «wirtschaftspolitischer Natur»²⁸? Die Schwierigkeit, «polizeiliche» und «politische» Motive zu trennen, erinnert daran, dass Polizei und Politik ursprünglich synonym verstanden wurden, eine vollständige Entkoppelung aber nie stattgefunden hat. Der heute verwendete materielle Polizeibegriff ist letztlich ein erstarrtes Spiegelbild der politischen Diskussionen des 19. Jahrhunderts und reflektiert das gewandelte Staatsaufgabenverständnis einer liberal orientierten Verwaltungsrechtswissenschaft. Aufgrund seiner unscharfen Konturen taugt er hingegen kaum zur dogmatisch scharfen Abgrenzung in der Rechtspraxis.²⁹

¹⁵ Offiziell wurden Mandate und Erlasse in Zürich bis Ende 18. Jahrhundert von «Unseren Gnädigen Herren, Burgermeister, Klein und Grosser Räten» erlassen.

¹⁶ Hierzu eindrücklich DUBS, Das Öffentliche Recht (FN 14), 79 f.

¹⁷ Zu den Ursprüngen in Frankreich und Deutschland vgl. SCHÄRMELI (FN 13), 37 ff., 45 ff.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF (FN 7), 12 ff.

¹⁸ SCHÄRMELI (FN 13), 46 f.

¹⁹ FRITZ GYGI, Zum Polizeibegriff, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Staatsorganisationen und Staatsfunktionen im Wandel, FS Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 235 ff.

²⁰ Zu diesem – teilweise auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts ihren Niederschlag findenden – Staatsverständnis vgl. JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Zürich 2011, N 742 ff.

²¹ Vgl. MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel: Ein Institut mit Reformbedarf, in: Sicherheit & Recht 1/2008, 4 ff., 13 f.; SCHÄRMELI (FN 13), 50 f.

²² Vgl. entsprechend kritisch PIERRE TSCHANNEN, «Öffentliche Sittlichkeit»: Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, 553 ff.

²³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 54 N 10; insb. mit Blick auf die polizeiliche Generalklausel MÜLLER/JENNI (FN 21), 13 f.

²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 3), N 2549.

²⁵ Vgl. hierzu BGE 138 IV 13 E. 3.4, 17 ff.

²⁶ GYGI (FN 19), 241 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 3), N 2548; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 53 N 6.

²⁷ BGE 137 II 431 E. 4.1 (446).

²⁸ So der Gegenantrag von Bundesrichter PETER KARLEN zu BGE 137 II 431, abgedruckt in ZBl 2012, 31.

²⁹ Vgl. BOLDT/STOLLEIS (FN 9), 18; MAGNIN (FN 13), 14 ff., 31; MÜLLER/JENNI (FN 21), 13; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht: Auf-

2. Überstrapazierung der begrifflichen Abgrenzungsfunktion

Die Konturen des Polizeibegriffs wurden im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht weiter dadurch verwischt, dass ihm gleichzeitig mehrere und zudem unterschiedliche Abgrenzungsfunktionen zugeschrieben wurden: So sollte er einerseits bei der Anrufung exekutiven Notrechts begrenzend wirken. Die Anrufung der «polizeilichen Generalklausel» bedingt eine schwere und nicht anders abwendbare Gefährdung polizeilicher Schutzgüter.³⁰ Andererseits sollte er in Anbetracht der kantonalen «Polizeihoheit» eine kompetenzscheidende Funktion im Bundesstaat (etwa in Abgrenzung zum Zivil- und Strafrecht) erfüllen.³¹ Und schliesslich markierte die Unterscheidung zwischen «wirtschaftspolitischen» und «wirtschaftspolizeilichen» Massnahmen die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Eingriffen in die Handels- und Gewerbefreiheit.³² In gewissen Kantonen erfüllt der Polizeibegriff schliesslich auch eine kompetenzscheidende Funktion zwischen kantonomer und kommunaler Ebene, etwa mit Blick auf das Bau«polizei»recht.³³

Diese Überstrapazierung führte dazu, dass der Polizeibegriff je nach Kontext und rechtspolitischer Stossrichtung mal enger, mal weiter interpretiert wurde.³⁴ In Tat und Wahrheit bestehen verschiedene Polizeibegriffe, die jedoch mit demselben «Begriffsetikett» versehen werden, was es zusätzlich erschwert, in der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen einheitlichen Polizeibegriff auszumachen.³⁵ Während das Gericht etwa im Entscheid «Griessen» (1971)³⁶ vor dem Hintergrund der Handels- und Gewerbefreiheit und der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen den Begriff der schützenswerten Polizeigüter restriktiv interpretierte, neigte es im Fall «UBS» (2011) zu einer eher grosszügigen Interpretation der polizeilichen Schutzgüter³⁷. Im UBS-Fall ging es um notrechtliche Massnahmen des Bundes zur Stabilisierung des Finanzmarktes; die Wirtschaftsfreiheit und föderalistische Gesichtspunkte waren hingegen nicht entscheidend relevant.

Neben dem materiellen oder funktionellen Polizeibegriff haben sich in der Literatur weitere Polizeibegriffe

gaben, Grundsätze und Handlungen, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 7; SCHÄRMELI (FN 13), 54 ff.; ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel, in: ZBJV 2011, 261 ff., 265.

³⁰ Zur Begrenzungswirkung des Polizeibegriffs in diesem Zusammenhang insb. MÜLLER/JENNI (FN 21), 12 ff.; ZÜND/ERRASS (FN 29), 290 ff.

³¹ Hierzu JÜRGEN MARCEL TIEFENTHAL, Kantonale Polizeihoheit: Eine systematische Darstellung des kantonalen Polizeirechts anhand des Schaffhauser Polizeigesetzes, Zürich/Basel/Genf 2016, 15 ff.

³² Hierzu eingehend REICH (FN 20), N 334 ff., 682 ff., 707 ff., 757 ff., 853 ff.

³³ Vgl. Art. 45 Abs. 1 Satz 1 Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BGS 721.0): «Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde.»

³⁴ Vgl. GYGI (FN 19), 238 ff.

³⁵ GRISEL (FN 8), 99 ff.

³⁶ BGE 97 I 499 E. 4a (504 ff.).

³⁷ BGE 137 II 431 E. 4.1 (446).

ausgebildet, welche jedoch meist sehr knapp dargestellt werden.³⁸ Der *organisatorische oder institutionelle Polizeibegriff*, der die Polizei als Staatsorgan begreift,³⁹ entspricht weitgehend dem Polizeibegriff der Alltagssprache und hat durch die positivrechtliche Umgrenzung im Polizeiorganisationsrecht klare Konturen erhalten. Der *formelle Polizeibegriff* knüpft schliesslich an den organisatorischen Polizeibegriff an und verbindet ihn mit einem funktionellen Aspekt, indem er all diejenigen Aufgaben beschreibt, welche von der Polizei im organisatorischen Sinn wahrgenommen werden.⁴⁰ Unter diesen formellen Polizeibegriff fallen somit nicht nur die Aufgaben, welche die Polizei gestützt auf die jeweiligen kantonalen Polizeigesetze wahrnimmt, sondern auch all die Tätigkeiten, welche ihre Grundlage in zahlreichen weiteren Erlassen auf Stufe Bund, Kanton und Gemeinden haben. In Anbetracht des enorm breiten polizeilichen Aufgabenspektrums vermag auch der formelle Polizeibegriff nur eine bescheidene Begrenzungsfunktion zu erfüllen.⁴¹ Verwendet werden darüber hinaus aufgabenspezifische Polizeibegriffe wie Sicherheitspolizei, Kriminalpolizei, Gerichtspolizei, Verkehrspolizei oder Verwaltungspolizei, welche ihre Grundlage teilweise in der positiven Polizeigesetzgebung haben.⁴²

IV. Braucht das Verwaltungsrecht einen Polizeibegriff?

1. Überflüssige Priorisierung des «Polizeirechts» im Verwaltungsrecht ...

Das Polizeirecht nimmt in den Verwaltungsrechtslehrbüchern der deutschsprachigen Schweiz eine prominente Stellung ein, indem ihm unter diesem Titel meist mehrere Paragraphen in einem eigenen Teil bzw. Kapitel gewidmet werden.⁴³ Diese thematische Hervorhe-

³⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 3), N 2546, beschränken sich in ihren Ausführungen ganz auf einen funktionalen Polizeibegriff.

³⁹ REINHARD (FN 29), Polizeirecht, 26; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 53 N 8 f.; ZÜND/ERRASS (FN 29), 265 f. MOHLER verwendet eine leicht andere Terminologie und setzt institutionellen und funktionalen Polizeibegriff gleich, unterscheidet diese aber vom organisatorischen Polizeibegriff: MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, N 130 ff., 139 ff.

⁴⁰ MAGNIN (FN 13), 18 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 53 N 3 ff.; ZÜND/ERRASS (FN 29), 266.

⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 1 N 19. A.M. MAGNIN (FN 13), 19, welche den formellen Polizeibegriff allerdings eher in einem (nach der hier verwendeten Terminologie) «organisatorisch-modalen» Sinn versteht.

⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 53 N 11 ff.

⁴³ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 3), 8. Teil, N 2546 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), 4. Teil, 3. Kapitel, 507 ff.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, 117 ff. Aus der älteren Literatur FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, 385 ff.; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 169 ff.; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, 6. Aufl., Basel 1986, 968 ff.; ERWIN RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Zürich 1951, 44 ff.

bung ist dem Umstand zuzuschreiben, dass aus liberal-rechtsstaatlicher Sicht die Polizei im Sinne der Gefahrenabwehr als «grundlegender und wesensnotwendiger Verwaltungszweck»⁴⁴ erscheint. Daraus ergibt sich eine «verwaltungsgeschichtliche und verwaltungspolitische Priorität der Polizei vor anderen Verwaltungsfunktionen»⁴⁵. Gleichzeitig besteht dort, wo der Staat den Individuen hoheitlich und mit Zwang begegnet, ein besonderes Bedürfnis nach rechtsstaatlichen Absicherungen.⁴⁶

Die thematische Priorisierung des Polizeirechts ist allerdings keineswegs zwingend, wie etwa ein Blick in die französische und englische Verwaltungsrechtsliteratur deutlich macht. Eine systematische Hervorhebung des Polizeirechts fehlt auch den meisten französischsprachigen Schweizer Verwaltungsrechtslehrbüchern⁴⁷ und einem kürzlich erschienenen deutschsprachigen Werk zum Allgemeinen Verwaltungsrecht⁴⁸. Unter dogmatischen Gesichtspunkten scheint der Verzicht auf eine gesonderte Behandlung des Polizeirechts durchaus verkraftbar und mit Blick auf die Systematik der Darstellung sogar ein Gewinn, zumal sich bei genauerer Betrachtung die spezifischen Rechtsfiguren des Polizeirechts als Ausprägungen allgemeiner verwaltungsrechtlicher Prinzipien herausstellen.⁴⁹ Die polizeilichen Schutzgüter (*L'ordre public*) lassen sich ohne weiteres den öffentlichen Interessen zuordnen.⁵⁰ Die Polizeibewilligung bzw. Polizeierlaubnis sowie das Polizeimonopol lassen sich sinnvoll im Zusammenhang mit der Bewilligung und dem Monopol abhandeln.⁵¹ Die «polizeiliche Generalklausel» – oder sollte man einfach von einer «Notstandsklausel»⁵² oder «konstitutionellem Notrecht»⁵³ sprechen? – kann im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip dargestellt werden.⁵⁴ Das sog.

«Opportunitätsprinzip» ist eine besondere Ausprägung des Verwaltungsermessens.⁵⁵ Und das Störerprinzip ist schliesslich Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit⁵⁶ oder lässt sich zusammen mit dem aus dem Störerprinzip entwickelten Verursacherprinzip in einem eigenen Kapitel abhandeln.⁵⁷

2. ... unter gleichzeitiger Vernachlässigung der Polizei als Modus staatlicher Aufgabenerfüllung

Die hervorgehobene Bedeutung des «Polizeirechts» im Verwaltungsrecht kontrastiert mit der vergleichsweise schwachen dogmatischen Durchdringung dessen, was im Alltagssprachgebrauch als «Polizei» bezeichnet wird und seine rechtliche Grundlage in den kantonalen Polizeigesetzen findet.⁵⁸ Lohnend wäre es, sich verstärkt mit den Eigenarten zu befassen, welche die *Polizei im organisatorischen Sinn* kennzeichnen – soweit man diese Frage dem «Allgemeinen» Verwaltungsrecht zurechnen will.⁵⁹ Dass die kantonalen und kommunalen Polizeikorps organisationsrechtlich eigene Verwaltungseinheiten sind, ist für sich genommen banal und lohnt keine vertiefte Darstellung. Vergleicht man die Polizeikorps aber mit «normalen» Verwaltungseinheiten, wie z.B. kantonalen Umwelt- oder Migrationsämtern, so zeigen sich im Organisationsaufbau deutliche Unterschiede, die mit der spezifischen Art polizeilicher Aufgabenerfüllung zusammenhängen. Dies ist nicht zuletzt daran erkennbar, dass die kantonalen Polizeigesetze neben den allgemeinen organisationsrechtlichen Bestimmungen eigene Vorgaben zur Polizeiorganisation machen. In den Kantonen Zürich und Zug wurden sogar eigene Polizeiorganisationsgesetze erlassen.⁶⁰

Die Besonderheit polizeilicher Verwaltungsorganisation zeigt sich in folgenden Bereichen: Die Polizei«korps» sind – obschon zivile Behörde – militärisch organisiert.⁶¹ Ausdruck davon sind eine ausgeprägte Hierarchisierung (Führung durch eine Kommandantin bzw. Kommandanten), die Verleihung von Dienstgraden, die mi-

⁴⁴ ADOLF MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927, 241. Vgl. auch PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, Volume I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012, 24.

⁴⁵ MERKL (FN 44), 266.

⁴⁶ Vgl. OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Band, 3. Aufl., Berlin 1924, 212.

⁴⁷ Eine Ausnahme bildet diesbezüglich das Werk von JACQUES DUBÉY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Basel 2014, N 1262 ff.

⁴⁸ ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017, 202 f. (wo der Autor die Gründe der nicht mehr hervorgehobenen Behandlung des Polizeirechts erläutert).

⁴⁹ Vgl. GRIFFEL (FN 48), 202 f.

⁵⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (FN 44), 766 ff.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, N 531 ff.; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, Neuenburg 2011, N 210 ff.

⁵¹ GRIFFEL (FN 48), 201 ff., 228; TANQUEREL (FN 50), N 857 f., 1030 ff.; ZEN-RUFFINEN (FN 50), N 451 ff., 669. So auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 44 N 24 ff.; § 45 N 7.

⁵² RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 1210.

⁵³ BGE 137 II 431 E.3.3.1 (444); RALPH TRÜMPER, Notrecht: Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des Intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Diss. Zürich 2012, 26.

⁵⁴ GRIFFEL (FN 48), 75 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (FN 44), 72 f.; TANQUEREL (FN 50), N 460 ff.; ZEN-RUFFINEN (FN 50), N 179 ff.

⁵⁵ BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessens, Zürich/St. Gallen 2010, N 441.

⁵⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (FN 44), 827 ff.

⁵⁷ GRIFFEL (FN 48), 113 ff.

⁵⁸ Vgl. aber TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 55, N 10 ff., welche insbesondere die typischen polizeilichen Massnahmen vertiefter beleuchten. Vgl. auch GRIFFEL (FN 48), 203.

⁵⁹ Dies verneinend GRIFFEL (FN 48), 202 f. Zur Problematik des «Allgemeinen» Verwaltungsrechts GIOVANNI BIAGGINI, Was ist das «Allgemeine» des «Allgemeinen Verwaltungsrechts»? in: ZBl 2016, 333 f.

⁶⁰ Polizeiorganisationsgesetz des Kantons Zürich (POG ZH) vom 29.11.2004 (LS 551.1); Gesetz über die Organisation der Polizei des Kantons Zug (POG ZG) vom 30.11.2006 (BGS 512.2).

⁶¹ So ausdrücklich Art. 4 Loi sur la police de la République et Canton de Genève (LPol GE) du 9.9.2014 (rs F 1 05); Art. 15 Polizeigesetz des Kantons St. Gallen (PoLG SG) vom 10.4.1980 (sGS 451.1); Art. 11 Abs. 2 Legge sulla polizia della Repubblica e Cantone Ticinese (LPol TI) del 12.12.1989 (RL 1.4.2.1); Art. 35 Abs. 1 Loi sur la police cantonale du Canton de Vaud (LPol VD) du 17.11.1975 (RSV 133.11); Art. 2 Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Wallis (PoLG VS) vom 20.1.1953 (SGS 550.1).

litärische Disziplin sowie das Dienstreglement.⁶² Das Personal der Polizei ist – verglichen mit der übrigen öffentlichen Verwaltung – wesentlich «uniformer», da Rekrutierung, Ausbildung und permanente Weiterbildung für das jeweilige Korps einheitlich geregelt sind.⁶³ Die Polizei ist zudem jederzeit über eine standardisierte Telefonnummer erreichbar und muss ihre Einsatzbereitschaft rund um die Uhr sicherstellen.⁶⁴ Schliesslich sind die Angehörigen der Polizei aufgrund ihrer Kleidung (Uniformpflicht) und ihrer Fahrzeuge äusserlich klar von der übrigen Verwaltung und privaten Sicherheitsdienstleistern zu unterscheiden (Unterscheidungsprinzip).⁶⁵ Die Verwendung des Wortes «Polizei» ist in vielen Kantonen ausschliesslich dieser einen Verwaltungseinheit vorbehalten (Exklusivität des Polizeibegriffs).⁶⁶ Es ist somit gerechtfertigt, die Polizei als «Verwaltungsbehörde sui generis»⁶⁷ zu bezeichnen.

Diese organisatorischen Eigenheiten sind letztlich Folge eines bestimmten *Modus* der polizeilichen Aufgabewahrnehmung. Betrachtet man die kantonalen Polizeigesetze, dann wird deutlich, dass der Schwerpunkt der Polizeigesetzgebung nicht etwa in der inhaltlichen Umschreibung der einzelnen Polizeiaufgaben liegt, sondern vielmehr in der Regelung der Frage, *wie* die Kantons- und Gemeindepolizeien ihre Aufgaben zu erfüllen haben. Diese Stossrichtung entspricht dem gesetzgeberischen Motiv, das unter grundrechtlichen Gesichtspunkten vielfach heikle Handlungsinstrumentarium formell-gesetzlich zu regeln. Insofern können die Polizeigesetze als *Polizeimassnahmegesetz* charakterisiert werden.⁶⁸

Was den Inhalt der polizeilichen Aufgaben angeht, so umschreiben die Polizeigesetze diesen oft nur im Sinne einer allgemeinen Übersicht mit vorwiegend informativem Normgehalt.⁶⁹ Darüber hinaus ergeben sich die

Polizeiaufgaben vor allem aus zahlreichen weiteren Erlassen in Bund, Kantonen und Gemeinden (insb. Strafprozessrecht, Strassenverkehrsrecht, Betäubungsmittelrecht, Binnenschiffahrtsrecht, Umweltrecht, Tierschutzrecht, kommunale Polizeireglemente etc.).⁷⁰ Die polizeilichen Aufgaben beschränken sich aber nicht auf den Bereich des öffentlichen Rechts (Strafrecht und Verwaltungsrecht), sondern ragen ins Zivilrecht hinein, etwa wenn ein Zivilgericht seine Anordnungen mittels Zwang durchsetzen muss (Art. 128 Abs. 2 ZPO) oder wenn gerichtlicher Rechtsschutz zum Schutz zivilrechtlicher Ansprüche nicht rechtzeitig erlangt werden kann.⁷¹ Das polizeiliche Aufgabenspektrum ist somit durch eine potentielle Allzuständigkeit geprägt und die kantonalen Polizeikorps sowie einzelne städtische Polizeikorps (etwa Zürich) haben den Charakter einer «Auffangeneinheit»⁷².

Die charakteristische Eigenart der polizeilichen Tätigkeit ist nicht eine bestimmte Sachmaterie oder spezifische, nur von der Polizei zu verfolgende öffentliche Interessen (sog. «polizeiliche» Schutzgüter). Vielmehr liegt das Polizei-typische darin, *wie* öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Diese Eigenheiten hängen aufs engste zusammen mit der spezifischen Ausprägung der Polizeiorganisation. Charakteristikum der Polizei ist ihre Fähigkeit, die Rechtsordnung *jederzeit* («rund um die Uhr») und mit *unmittelbarer staatlicher Vollzugsmacht* (zivilver physischer Gewalt) durchzusetzen. Die Polizeigesetze sind darauf ausgerichtet, die Polizeikorps zu befähigen, dass sie diese spezifische Art der Aufgabewahrnehmung zeitgerecht und grundrechtskonform erfüllen können, indem ihnen das Gesetz bestimmte rechtliche «Instrumente» bzw. Handlungsbefugnisse einräumt. Dieses Instrumentarium umfasst das Recht zur Zwangsanwendung (z.B. Fesselung, Waffengebrauch), weitere Massnahmen (z.B. Personenkontrollen, Durchsuchung, Wegweisung, Fernhaltung, Gewahrsam) sowie Informationsbeschaffung und -verarbeitung. Die Wahrnehmung dieser rechtlichen Befugnisse bedingt eine spezielle Ausrüstung (insb. Bewaffnung und Schutzausrüstung), Ausbildung (Polizeischule, Weiterbildungen) und Organisationsstruktur (militärische Hierarchie mit klarer Kommandostruktur⁷³). Es ist diese *fachliche Spezialisierung in der Art der Aufgabewahrnehmung*, welche die Polizei als *Verwaltungsbehörde sui generis* von den übrigen Verwaltungs-

⁶² § 3 Dienstreglement für das Polizeikorps des Kantons Zürich vom 8.3.1951 (LS 551.111): «Das Polizeikorps steht unter militärischer Disziplin.»

⁶³ Vgl. § 16 f. Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit des Kantons Aargau (Polizeigesetz, PolG AG) vom 6.12.2005 (SAR 531.200); Art. 37 f. Polizeigesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden (PolG AR) vom 13.5.2002 (bGS 521.1); Art. 16 ff. LPol TI (FN 61); Art. 9 ff. PolG VS (FN 61); § 4 POG ZH (FN 60).

⁶⁴ Vgl. § 11 Abs. 2 POG ZH (FN 60); § 11 POG ZG (FN 60).

⁶⁵ § 511 Abs. 3 Bst. a Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft (PolG BL) vom 28.11.1996 (SGS 700); Art. 40 Abs. 2 Polizeigesetz des Kantons Glarus (PolG GL) vom 6.5.2007 (GS V A/11/1); Art. 27 Abs. 4 Bst. c Polizeigesetz des Kantons Schaffhausen (PolG SH) vom 21.2.2000 (SHR 354.100); § 5 Abs. 1 POG ZH (FN 60). Vgl. auch Art. 13 Abs. 3 Bst. a Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (abrufbar unter <www.kkjpd.ch>; tritt vorläufig nicht in Kraft).

⁶⁶ § 6 PolG AG (FN 63); Art. 55b Polizeigesetz des Kantons Bern (PolG BE) vom 8.6.1997 (BSG 551.1); § 7c und § 511 Abs. 3 Bst. b PolG BL (FN 65); vgl. auch § 4 Abs. 4 Polizeigesetz des Kantons Thurgau (PolG TG) vom 9.11.2011 (RB 551.1). Vgl. auch Art. 13 Abs. 3 Bst. b Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (FN 65).

⁶⁷ ADRIAN LOBSIGER, Grundaufgaben der «Polizei» und der «Verwaltung», in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, 169 ff., 178.

⁶⁸ Bezeichnend und zutreffend daher der Titel des Werks von MARC RÉMY, *Droit des mesures policières*, Genf/Zürich/Basel 2008. Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 2), § 55 N 10 ff.

⁶⁹ Vgl. MAGNIN (FN 13), 32.

⁷⁰ Vgl. die beispielhafte Aufzählung zahlreicher Aufgabennormen für die Schaffhauser Polizei bei TIEFENTHAL (FN 31), Art. 2 N 17 ff. Zum breiten Aufgabenspektrum der Polizei auch MAGNIN (FN 13), 19.

⁷¹ Art. 2 Abs. 2 PolG AR (FN 63); Art. 1 Abs. 2 PolG BE (FN 66); § 3 PolG BL (FN 65); § 2 Abs. 2 Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (PolG BS) vom 13.11.1996 (SG 510.100); Art. 2 Abs. 2 PolG GL (FN 65); Art. 3 Abs. 3 PolG SH (FN 65); Art. 4 Abs. 2 Polizeigesetz des Kantons Uri (PolG UR) vom 30.11.2008 (RB 3.8111); § 1 Abs. 4 Polizeigesetz des Kantons Zug (PolG ZG) vom 30.11.2006 (GS 512.1).

⁷² MAGNIN (FN 13), 22.

⁷³ Zur Bedeutung einer klaren «chain of command» für den grundrechtskonformen polizeilichen Schusswaffeneinsatz Urteil EGMR *Makaratzis v. Greece* (App. No. 50385/99) vom 20. Dezember 2004, § 68.

behörden und der Justiz unterscheidet⁷⁴ und dazu führt, dass sie regelmässige die einzige Verwaltungsbehörde ist, welcher das Recht der unmittelbaren Zwangsanwendung zukommt (sog. «Einheit der Polizeigewalt»)⁷⁵. Die potentielle Allzuständigkeit der Polizei führt aber auch dazu, dass die Polizei im Sinne der Subsidiarität erst dann zum Handeln befugt ist, soweit keine andere Behörde zuständig ist oder diese nicht rechtzeitig handeln kann (polizeiliches Subsidiaritätsprinzip).⁷⁶

Bemerkenswert ist, dass die Polizei in der breiteren Bevölkerung stark über ihre Massnahmenkompetenzen wahrgenommen wird, z.B. über ihre Kompetenz, Personenkontrollen durchführen zu können, Personen in Gewahrsam zu nehmen oder in gewissen Situationen von Zwangsmitteln Gebrauch machen zu dürfen.⁷⁷ Auch scheint das Sensorium in der Bevölkerung stark ausgeprägt, dass gewisse Massnahmen nur von der Polizei selber ergriffen werden dürfen und nicht von privaten Sicherheitsfirmen.⁷⁸

Mit Blick auf das umgangssprachliche Verständnis und den Regelungsgegenstand der kantonalen Polizeigesetze drängt es sich somit auf, einen *organisatorisch-modalen (oder organisatorisch-instrumentalen) Polizeibegriff* zu verwenden, der die Tätigkeit der Organisationseinheit Polizei über ihren spezifischen Modus der Aufgabenwahrnehmung und das ihr hierzu verliehene Instrumentarium definiert. Polizeiliche Tätigkeit ist demnach eine Querschnittaufgabe, die jedoch einer bestimmten Behörde zukommt, deren Besonderheit in der *Art und Weise* der Aufgabenerfüllung liegt und weniger in der Aufgabe selber bzw. dem Ziel der Aufgabenerfüllung (Schutz bestimmter Rechtsgüter).

V. Plädoyer für eine zurückhaltende und zugleich gezielte Begriffsverwendung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass der tradierte verwaltungsrechtliche Polizeibegriff mit seinen unscharfen Konturen kaum in der Lage ist, die gewünschte Abgrenzungsfunktion zu erfüllen. Bei der Anrufung exekutiven Notrechts (sog. «Polizeigeneralklausel») ist der Begriff kaum mehr zielführend und bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit wurde inzwischen zu Recht auf die problematische Unterscheidung zwischen «wirtschaftspolitisch» und «wirtschaftspolizeilich» motivierten Eingriffen verzichtet.⁷⁹ Auch im übrigen Verwaltungsrecht hat in den letzten hundert Jahren eine «Entpolizeilichung»⁸⁰ stattgefunden. Während zu Beginn des 20. Jahrhunderts Begriffe wie Alpenpolizei [!], Armenpolizei, Fabrikpolizei, Forstpolizei, Fremdenpolizei, Gewerbepolizei, Handelspolizei, Haustierpolizei, Lebensmittelpolizei, Marktpolizei, Ruhetags- bzw. Sonntagspolizei, Sanitätspolizei, Seuchenpolizei, Wasserbaupolizei, Wirtschaftspolizei und Wohnungspolizei durchaus üblich waren,⁸¹ ist der Polizeibegriff in vielen Bereichen des Verwaltungsrechts inzwischen auf dem Rückzug. In gewissen Bereichen, etwa der Baupolizei oder Feuerpolizei, konnte er sich bis heute halten. Gerade der auf das Ancien Régime zurückreichende Begriff der «Baupolizei»⁸² zeigt indes, dass es hier nur teilweise um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geht, sondern ebenso um Aspekte des Ortsbild-, Landschafts- und Umweltschutzes⁸³. Auch im öffentlichen Baurecht ist der Polizeibegriff daher kaum zielführend.⁸⁴

Neben dem langsamen Verschwinden des Polizeibegriffs aus vielen Bereichen des Verwaltungsrechts wurden die kantonalen und kommunalen Polizeikorps und ihr Handlungsinstrumentarium seit den 1980er-Jahren in allen Kantonen auf eine formell-gesetzliche Grundlage gestellt.⁸⁵ Verschiedene dieser Gesetze reservieren den Begriff «Polizei» exklusiv für die Polizeikorps, anderen Verwaltungseinheiten ist die Begriffsverwen-

⁷⁴ LOBSIGER (FN 67), 179 f.

⁷⁵ Ausdrücklich § 5 PolG BS (FN 71); Art. 5 Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Freiburg (KapoG FR) vom 15.11.1990 (ASF 551.1); vgl. auch Art. 46 Abs. 3 Polizeigesetz des Kantons Obwalden (PolG OW) vom 11.3.2010 (OGS 510.1); § 23 Polizeigesetz des Kantons Schwyz (PolG SZ) vom 22.3.2000 (SRSZ 520.110). Hierzu MAGNIN (FN 13), 19.

⁷⁶ Ausdrücklich Art. 5 PolG BE (FN 66); Art. 10 Loi sur la police neuchâteloise (LPol NE) du 1.1.2013 (RSN 561.1); Art. 1 Abs. 2 PolG VS (FN 61); § 2 PolG ZG (FN 71).

⁷⁷ TIBOR SZVIRCSEV TRESCH/ANDREAS WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2015: Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend, Zürich 2016, 90.

⁷⁸ TIBOR SZVIRCSEV TRESCH/ANDREAS WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2016: Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend, Zürich 2016, 106.

⁷⁹ Nach Art. 94 Abs. 4 BV ist massgebend, ob ein Eingriff «vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» abweicht. Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 94 N 5.

⁸⁰ BOLDT/STOLLEIS (FN 9), 18; GRIFFEL (FN 48), 202; LOBSIGER (FN 67), 176 f.; MAGNIN (FN 13), 31; MOHLER (FN 39), N 140.

⁸¹ Die Begriffe entstammen der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins sowie dem Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung im Zeitraum von 1900 bis 1920.

⁸² Die Stadtrepublik Zürich erliess 1788 «Bau-Polizeyverordnungen», welche aber in erster Linie die zulässigen Arbeitszeiten sowie die Handwerkerlöhne regulierten.

⁸³ Vgl. Art. 1b Abs. 3 Baugesetz Bern (FN 33).

⁸⁴ Vgl. DANIELA IVANOV, Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung: aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze, Diss. Fribourg, Zürich 2006, 40 f. Dem Begriff kommt auch im kürzlich erschienenen Grundlagenwerk zum öffentlichen Baurecht keine relevante Bedeutung mehr zu: ALAIN/GRIFFEL/HANS U. LINIGER/HERIBERT RAUSCH/DANIELA THURNHERR (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016.

⁸⁵ GRIFFEL (FN 48), 203.

dung ausdrücklich untersagt.⁸⁶ Hinzu kommt, dass der Begriff der «Polizei» inzwischen auch bundesweit einheitlich im Strafprozessrecht verwendet wird und hier faktisch auf die kantonalen und (in einzelnen Kantonen) kommunalen Polizeikorps Bezug nimmt.⁸⁷ Den schärferen Konturen, welche das positive Recht dem Polizeibegriff verliehen hat, sollte auch die Verwaltungsrechtswissenschaft Rechnung tragen. Sei dies in der Literatur zum «Allgemeinen» Verwaltungsrecht, um hier die Vielfalt des organisationsrechtlichen Spektrums aufzuzeigen,⁸⁸ sei es aber auch im «Polizeirecht» als einem Teilgebiet des «Besonderen» Verwaltungsrechts. Die Rechtswissenschaft sollte den Begriff der «Polizei» nur noch in diesem eng verstandenen, organisatorisch-modalen Sinn verwenden und sich ansonsten von einem materiellen oder funktionalen Polizeibegriff verabschieden. Das Verwirrungspotential einer vom positiven Recht inzwischen weitestgehend überholten Begriffsverwendung ist zu hoch und der dogmatische Mehrwert zu gering, als dass sich ein Festhalten daran lohnen würde. OTTO MAYER bemerkte in seinem für die moderne Verwaltungsrechtswissenschaft bis heute prägenden «Deutschen Verwaltungsrecht» treffend, dass das geltende Recht «noch erfüllt [sei] mit Trümmern vorausgehender Entwicklungsstufen»⁸⁹. Und FRITZ FLEINER wies darauf hin, dass «in jede Periode [...] rechtliche Überreste überwundener Anschauungen»⁹⁰ hereinragen. Beide hatten sich zum Ziel gesetzt, solche Trümmer zur Seite zu räumen. Es ist eine Aufgabe, der sich die Verwaltungsrechtswissenschaft in periodischen Abständen immer wieder stellen muss. Die Zeit, sich im Allgemeinen Verwaltungsrecht vom traditionellen Polizeibegriff zu trennen, ist überfällig.

⁸⁶ Vgl. die Hinweise in FN 66.

⁸⁷ Vgl. die Übersicht bei RAPHAËL ARN/NICOLE SAURER/ANDRÉ KUHN (Hrsg.), Organisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden und strafrechtliche Ausführungsbestimmungen, Basel 2011, 718 ff. Theoretisch können auch Organe ausserhalb der Polizeikorps mit Strafverfolgungskompetenzen betraut werden, was indes unüblich ist und einer spezialgesetzlichen Regelung bedarf: ANDREAS J. KELLER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 15 N 2.

⁸⁸ Denn auch die Abbildung der Vielfalt ist die Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft: BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 2011, II, 331 ff., 416 f.

⁸⁹ MAYER (FN 46), 26.

⁹⁰ FLEINER (FN 46), 28.