



Benjamin Schindler*

Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung

Polizeiliches Handeln muss heute in praktisch allen Fällen einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein. Dies gilt auch für das polizeiliche Realhandeln. Die verfahrensrechtliche Umsetzung der Rechtsweggarantie im Bund und den Kantonen steckt indes noch in der Anfangsphase. Die Anfechtung von Realakten vermag in der heutigen Form kaum zu befriedigen, da die Balance zwischen den Bedürfnissen der Verwaltung nach Flexibilität und dem Bedürfnis der Individuen nach wirksamem Rechtsschutz noch nicht gefunden wurde.

L'action de la police doit aujourd'hui pouvoir être soumise à un contrôle judiciaire dans pratiquement tous les cas. Cela vaut aussi pour les actes matériels de police. La mise en œuvre dans le droit de procédure de la garantie de l'accès au juge sur le plan fédéral et cantonal en est toutefois encore à ses débuts. La contestation d'actes matériels est peu satisfaisante dans sa forme actuelle car un juste équilibre n'a pas encore été trouvé entre les besoins de flexibilité de l'administration et le besoin d'une protection juridique efficace pour les individus.

Inhalt

- I. Zum Begriff «Rechtsschutz»
- II. Rechtsschutzgarantien in der BV und EMRK
 1. Überblick
 2. Anforderungen an «richterliche» Behörden
 3. Grenzen des Anspruchs auf gerichtlichen Rechtsschutz
 4. Ausnahmen vom Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz
 5. Rechtsschutz gegen Realakte im Besonderen
- III. Umsetzung der Rechtsschutzgarantien auf Gesetzesstufe in Bund und Kantonen
 1. Variante 1: Direkte Anfechtbarkeit von Realakten
 2. Variante 2: Anspruch auf nachträglichen Erlass einer Verfügung
 3. Variante 3: Pflicht zum vorgängigen Erlass einer Verfügung
 4. Lösungsansätze
- IV. Zusammenfassung

I. Zum Begriff «Rechtsschutz»

Im öffentlichen Recht erfolgt die Rechtsanwendung grundsätzlich von Amtes wegen. Die Hauptverantwortung für die richtige Rechtsanwendung liegt damit bei den Behörden. Dennoch kann die Rechtsanwendung unterbleiben oder falsch erfolgen. Daher müssen die von der Rechtsanwendung Betroffenen die Möglichkeit haben, die richtige Anwendung des Rechts durchzusetzen: Unter Rechtsschutz versteht man gemeinhin diese Verfahren zur Rechtsdurchsetzung.

Das klassische Rechtsschutzorgan ist die Justiz. Auch wenn der Rechtsschutz oft mit der Justiz und damit mit dem gerichtlichen Rechtsschutz gleichgesetzt wird, muss Rechtsschutz heute breiter verstanden werden: Wirksamer Rechtsschutz beginnt nicht erst mit der

nachträglichen Überprüfung staatlichen Handelns oder Entscheidens durch ein unabhängiges Gericht, sondern bereits früher. Aus einer ganzheitlichen Sicht des Rechtsschutzes macht es daher Sinn, zwischen präventiven und repressiven Instrumenten des Rechtsschutzes zu unterscheiden. Ziel des präventiven Rechtsschutzes ist es, durch sichernde Massnahmen im Vorfeld die richtige Rechtsanwendung oder die richtige Rechtsdurchsetzung sicherzustellen. Etwa, indem Personen in besonders grundrechtssensiblen Situationen über ihre Rechte aktiv unterrichtet werden (Art. 31 Abs. 2 BV¹) oder indem geheime Überwachungsmassnahmen vorgängig von einem Zwangsmassnahmengericht bewilligt werden müssen (Art. 272 StPO²). Der repressive Rechtsschutz setzt dagegen erst nach einer (behaupteten) Unterlassung oder einer fehlerhaften Amtshandlung ein. Die entsprechenden Rechtsschutzverfahren können von Amtes wegen veranlasst oder auf Beschwerde bzw. Klage hin eingeleitet werden. Rechtsschutzbehörden können verwaltungsinterne Organe (hierarchisch vorgesetzte Stellen, besondere Beschwerdedienste oder Rekurskommissionen) oder von der Verwaltung unabhängige Justizorgane sein.

Die nachfolgenden Ausführungen stellen den nachträglichen Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte ins Zentrum. Dies rechtfertigt sich mit Blick auf das Inkrafttreten der allgemeinen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) auf den 1. Januar 2007 und der für die Kantone geltenden Umsetzungsfrist bis zum 1. Januar 2009 (Art. 130 Abs. 3 BGG³). Nach Darstellung der verfassungsrechtlichen Anforderungen (Abschnitt II) soll das Hauptau-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

² Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), SR 312.0.

³ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110.

* Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, MJur, Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen. Der Stil des mündlichen Referats wurde weitgehend beibehalten.

genmerk der Umsetzung durch den eidgenössischen und die kantonalen Gesetzgeber gelten. Der Blick in die Verfahrensgesetze ergibt ein uneinheitliches und wenig befriedigendes Bild. Wie diese Mängel mit einfachen Änderungen beseitigt werden könnten, soll am Schluss kurz aufgezeigt werden (Abschnitt III).

II. Rechtsschutzgarantien in der BV und EMRK

1. Überblick

In der schweizerischen Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴ sind verschiedene Rechtsschutzgarantien verankert.⁵ Die Allgemeine Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) garantiert den generellen Zugang in «Rechtsstreitigkeiten» an ein unabhängiges Gericht. Das Wort «Rechtsweg» wird traditionell als Gegenbegriff zum «Verwaltungsweg», d. h. dem Instanzenzug vor Verwaltungsbehörden, verstanden. Der garantierte Weg ist somit nicht der Weg zum «Recht», sondern der Zugang zu einem unabhängigen Gericht, zum richterlichen Urteil.⁶ Deutlicher als der deutschsprachige Randtitel von Artikel 29a BV bringt dies der französische zum Ausdruck: «garantie de l'accès au juge». Neben dieser allgemeinen Rechtsweggarantie bestehen in bestimmten Situationen darüber hinausreichende Rechtsschutzansprüche.

Einen in zeitlicher Hinsicht weitergehenden Anspruch auf gerichtliche Beurteilung statuieren Bundesverfassung und EMRK im Falle der Freiheitsentziehung (Art. 31 Abs. 3 und 4 BV; Art. 5 Abs. 2–4 EMRK): Dieser besonders einschneidende Eingriff in ein zentrales Grundrecht muss «unverzüglich» bzw. «jederzeit» von einer richterlichen Behörde überprüft werden: Die «unverzügliche» Vorführung muss gemäss Rechtsprechung innert 24 bis 48 Stunden stattfinden.⁷ Eine erneute richterliche Überprüfung kann innert «vernünftiger» Abstände verlangt werden. Dabei ist es gemäss Bundesgericht auch zulässig, die Häufigkeit von Rechtsmitteln zu begrenzen oder einer vorübergehenden Sperrfrist zu unterwerfen.⁸

Ebenfalls eine weitergehende Rechtsweggarantie kennt Art. 32 Abs. 3 BV im Bereich der Strafverfahren, indem nämlich ein zweistufiger Instanzenzug vorgeschrieben wird: Hier besteht also nicht bloss eine Rechtsweggarantie, sondern eine Rechtsmittelgarantie.

Eine spezifische Rechtsweggarantie, welche vor dem Inkrafttreten der Rechtsweggarantie die Rechtsweggarantie in der Schweiz entscheidend geprägt hat, findet sich in Art. 6 EMRK. «Spezifisch» ist die Rechtsweggarantie deshalb, weil sie eine richterliche Überprüfung nur bei Streitigkeiten über «zivilrechtliche» Ansprüche und bei strafrechtlichen Anklagen vorsieht. Der Begriff «zivilrechtlich» ist freilich mit Vorsicht zu geniessen, da er nicht unserem schweizerischen Verständnis von Zivilrecht entspricht, sondern vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte autonom ausgelegt und weiterentwickelt wird. Es fallen deshalb auch Streitigkeiten darunter, die nach unserer Diktion verwaltungsrechtlicher Art sind, die aber Auswirkungen vermögensrechtlicher Natur haben. Erinnert sei an den sog. «PKK-Entscheid» des Bundesgerichts: Umstritten war in diesem Fall die Einziehung und Vernichtung von Propagandamaterial der kurdischen Arbeiterpartei PKK. Nach schweizerischem Rechtsverständnis wäre dies keine zivilrechtliche Angelegenheit, stützte sich die Massnahme doch nicht auf Zivilrecht und wurde damit vor allem der Schutz der inneren und äusseren Sicherheit des Landes verfolgt. Dennoch qualifizierte das Bundesgericht die Streitigkeit als «zivilrechtlich» im Sinne der EMRK, da es um die Vernichtung von Eigentum ging, und bejahte damit einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung.⁹ Der Anspruch von Art. 6 EMRK geht in den Anforderungen an das gerichtliche Verfahren weiter als Art. 29a BV, indem das Verfahren in einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung durchgeführt werden muss, zumindest, wenn die Betroffenen dies verlangen.¹⁰

Der Vollständigkeit halber sei sodann das Recht auf eine «wirksame» Beschwerde erwähnt, wenn eine Verletzung eines Rechts der EMRK geltend gemacht wird (Art. 13 EMRK). Verlangt wird in diesem Fall keine gerichtliche Beurteilung, sondern lediglich eine «wirksame» Beschwerde bei einer staatlichen Instanz, welche nicht zwingend den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht zu genügen hat. Mit der Rechtsweggarantie und als Folge der weiten Auslegung von Art. 6 EMRK dürfte Art. 13 EMRK indes nur noch einen geringen praktischen Anwendungsbereich haben.¹¹

2. Anforderungen an «richterliche» Behörden

Was bedeutet nun der Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde? Grundsätzlich lassen sich drei Aspekte unterscheiden: ein organisatorischer, ein personeller und ein verfahrensrechtlicher Aspekt.¹²

⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), SR 0.101.

⁵ Verwiesen sei zudem auf die weitgehend analogen Verfahrensgarantien im UNO-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

⁶ FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928, 15, Anmerkung 18 («Das Wort «Recht» in der Formel «Rechtsweg» bedeutet nicht etwa jus, sondern iudicium, Gericht, Gerichtsverfahren. Rechtsweg ist somit der Weg, der zu den ordentlichen Gerichten führt.»).

⁷ BGE 131 I 36; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 31 BV, Rz. 31. Vgl. auch Art. 224 und 226 StPO; hierzu BGE 137 IV 92.

⁸ BGE 123 I 31; VEST (FN 7), Art. 31 BV, Rz. 35.

⁹ BGE 125 II 417 E. 4 (420 ff.).

¹⁰ Vgl. BGE 134 I 331.

¹¹ Relevant ist die Bestimmung noch in denjenigen Fällen, die ausdrücklich von der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV ausgenommen sind und zugleich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen.

¹² Grundlegend zur richterlichen Unabhängigkeit REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001.

Das Gericht hat als Institution und Organisation unabhängig zu sein: von anderen Staatsorganen wie von den Parteien. Hierzu gehört auch, dass die Grundzüge seiner Organisation und Zuständigkeit in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt sind. Organisatorisch muss auch sichergestellt sein, dass das Gericht in ordnungsgemässer Besetzung entscheiden kann, d.h., neben den ordentlichen Richterinnen und Richtern muss auch eine ausreichende Anzahl von Ersatzmitgliedern vorgesehen sein.¹³

Die Gerichtspersonen – und damit nicht nur die Richterinnen und Richter, sondern auch die an der Entscheidung mitbeteiligten Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber – haben ebenfalls unabhängig zu sein, d.h. sie müssen entsprechende Unvereinbarkeitsvorschriften beachten. Die Unparteilichkeit gegenüber den Verfahrensparteien im konkreten Einzelfall ist mit entsprechenden Ausstandsvorschriften sicherzustellen. Hinzu kommt, dass insbesondere die Richterinnen und Richter personalrechtlich und finanziell ausreichend abgesichert sind.¹⁴

Das Verfahren muss sodann sicherstellen, dass das Gericht Sachverhalt und Rechtsfragen frei prüfen kann.¹⁵ Eine Prüfung, welche auf Rechtsfragen (ohne Sachverhaltsprüfung) oder gar die Verletzung verfassungsmässiger Rechte eingeschränkt ist, genügt den Anforderungen hingegen nicht. Damit wird auch deutlich, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht infolge der beschränkten Kognition (Art. 116 BGG) nicht ausreicht, um den Erfordernissen der Rechtsweggarantie Genüge zu tun. Das Verfahren muss sodann ein Mindestmass an Öffentlichkeit sicherstellen: Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erleidet dieser Grundsatz indes faktisch eine gewichtige Einschränkung durch den Umstand, dass die Verfahren in der Regel rein schriftlich durchgeführt werden. Eine mündliche und öffentliche Verhandlung kann indes dort verlangt werden, wo es um Ansprüche geht, welche unter den Schutzbereich von Art. 6 EMRK fallen.¹⁶

3. Grenzen des Anspruchs auf gerichtlichen Rechtsschutz

Aus den soeben skizzierten Anforderungen an eine richterliche Behörde ergibt sich auch, was nicht verlangt wird bzw. wo die Grenzen des Anspruchs auf gerichtlichen Rechtsschutz verlaufen: Es besteht in der Regel nur der Anspruch auf einmalige Überprüfung durch ein

unabhängiges Gericht.¹⁷ So sehen denn auch die meisten Verwaltungsrechtspflegeordnungen der Kantone nur eine richterliche Kontrollinstanz vor: nämlich das kantonale Verwaltungs-, Kantons- oder Obergericht. Einen doppelten gerichtlichen Instanzenzug, wie er im Strafrecht vorgesehen und verfassungsrechtlich garantiert ist (Art. 32 Abs. 3 BV), gibt es bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, und damit in weiten Bereichen des Polizeirechts, nicht.

Sodann besteht kein verfassungsrechtlich verankerter Anspruch auf Zugang zum Bundesgericht.¹⁸ Soweit eine kantonale Entscheidung angefochten wird, ist dieser Zugang zwar in den meisten Fällen gewährleistet. Allerdings nur im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde, welche bekanntlich eine stark eingeschränkte Kognition kennt.

Es besteht sodann kein Anspruch auf abstrakte Normenkontrolle von generell-abstrakten Gesetzen oder Verordnungen. Die Rechtsweggarantie sichert nur die Beurteilung konkreter Rechtsstreitigkeiten, welche sich aus einem konkreten Tun, Dulden oder Unterlassen einer staatlichen Behörde ergeben.¹⁹

Es besteht nicht zuletzt kein Anspruch auf eine umfassende Kontrolle von Ermessensentscheiden.²⁰ Polizeiliches Handeln kann somit nur auf seine Rechtmässigkeit hin geprüft werden, nicht aber, ob es zweckmässig, angemessen oder unangemessen war. Es sei denn, das Verfahrensrecht sehe explizit etwas anderes vor – so etwa die Regelung für das Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG²¹ i.V.m. Art. 49 VwVG²²).

4. Ausnahmen vom Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz

Von den Grenzen der Rechtsweggarantie zu unterscheiden sind die Ausnahmen, d.h. diejenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber eine gerichtliche Überprüfung ausschliesst, obwohl die Verfassung eine Überprüfung grundsätzlich verlangen würde. Art. 36 BV findet in diesem Bereich keine Anwendung, da diese Bestimmung auf materielle Grundrechtsgarantien zugeschnitten ist; nicht auf Verfahrensgarantien. Massgebend ist einzig und allein der Vorbehalt, wie er sich in Art. 29a Satz 2 BV selber findet; ein Vorbehalt, der sich in dieser Form im deutschen Grundgesetz – welches mit Blick auf die Rechtsweggarantie ansonsten als Vorbild diente – nicht findet, sondern eine schweizerische Eigenheit

¹³ Vgl. im Einzelnen KIENER (FN 12), 291–310; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 255; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, Basel 2010, Rz. 430, 496–502.

¹⁴ Vgl. KIENER (FN 12), 55–222, 249–291; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (FN 13), Rz. 256; RHINOW et al. (FN 13), Rz. 430, 488–495.

¹⁵ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (FN 13), Rz. 202; RHINOW et al. (FN 13), Rz. 434 f.

¹⁶ Vgl. Ausführungen vor FN 9.

¹⁷ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (FN 13), Rz. 204; RHINOW et al. (FN 13), Rz. 415, 432, 436.

¹⁸ RHINOW et al. (FN 13), Rz. 436.

¹⁹ RHINOW et al. (FN 13), Rz. 437.

²⁰ MARKUS MÜLLER, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken: Ein Plädoyer für mehr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung, ZBJV 140 (2004), 161–197, 176 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich 2010, Rz. 409.

²¹ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG), SR 173.32.

²² Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG), SR 172.021.

ist: Vorbehalte können der Bund und die Kantone aber nur in begründeten Ausnahmefällen und auf Stufe des formellen Gesetzes anbringen.

Auf Bundesebene finden sich entsprechende Vorbehalte im BGG und VGG, wobei im Bereich Polizei- und Sicherheitsrecht v.a. die Vorbehalte von Art. 83 Bst. a BGG bzw. die Parallelnorm in Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG von Relevanz sind: Ausgeschlossen von einer gerichtlichen Überprüfung sind demnach «Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt». Entscheidend ist nun – und hier wird deutlich, dass Art. 6 EMRK mit der Rechtsweggarantie nicht vollständig an Bedeutung verloren hat –, dass Ausnahmen von der Rechtsweggarantie dort nicht möglich sind, wo die EMRK eine gerichtliche Beurteilung vorsieht. Erinnert sei nochmals an den sogenannten «PKK-Fall»: Die Sicherstellung von Propagandamaterial einer ausländischen politischen Partei fällt zwar unter die Kategorie «innere und äussere Sicherheit des Landes». Weil es sich aber um eine «zivilrechtliche» Streitigkeit im Sinne der EMRK handelt, muss dennoch eine gerichtliche Überprüfung gewährleistet sein.²³

Hinzuweisen ist sodann darauf, dass die Kantone praktisch keinen Spielraum mehr haben, Ausnahmen von der Rechtsweggarantie gesetzlich vorzusehen. Dies ergibt sich allerdings nicht direkt aus Art. 29a BV, sondern aus dem Bundesgerichtsgesetz, das in allen Fällen, in denen ein Rechtsmittel ans Bundesgericht vorgesehen ist, die Überprüfung durch ein «oberes» kantonales Gericht vorschreibt (Art. 86 Abs. 2 BGG und Art. 114 BGG). Da mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde praktisch in allen Fällen ein Rechtsmittel gegen kantonale Entscheide besteht, haben die Kantone kaum mehr Spielräume, Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen.²⁴

5. Rechtsschutz gegen Realakte im Besonderen

Die Möglichkeiten der Kantone, Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen, sind somit stark begrenzt. Insbesondere können die Kantone den Zugang an ein Gericht nicht dadurch beschränken, indem sie gewisse Hoheitsakte – wie etwa Realakte – für nicht anfechtbar erklären. Die Beurteilung einer konkreten Rechtsstreitigkeit darf also nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Staat mittels Realakt oder mittels Verfügung handelt; Rechtsschutz muss in beiden Fällen sichergestellt sein. Würde der Rechtsschutz davon abhängig gemacht, ob der Staat sich der Rechtsform der

Verfügung bedient, könnte die Rechtsweggarantie weitgehend ausgehöhlt werden.²⁵

Dennoch hat die Unterscheidung zwischen Realakt und Verfügung praktische Auswirkungen auf den Rechtsschutz: Deshalb möchte ich Realakt und Verfügung kurz vergleichend einander gegenüberstellen. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung unterscheidet den Realakt von der Verfügung nicht die äussere Form – sondern der materielle Gehalt, das mit dem Hoheitsakt unmittelbar angestrebte Ziel. Beim Realakt geht es um die Gestaltung der Faktenlage, bei der Verfügung um die Gestaltung der Rechtslage.²⁶

Während vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Ansicht noch weit verbreitet war, Realakte seien rechtlich ungebundenes Verwaltungshandeln,²⁷ ist heute allgemein anerkannt, dass das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) sich auf alle Bereiche des Staatshandelns bezieht, dass also jeder Staatsakt (auch der Realakt) rechtlich gebundenes Handeln ist.²⁸ Damit wird auch deutlich, dass ein Realakt – auch wenn er primär auf einen Taterfolg abzielt – Rechtsnormen verletzen kann. Dies gilt besonders im Bereich Polizei und innere Sicherheit, wo die Grundrechtsrelevanz von Realakten offensichtlich ist. Auch ein Realakt kann daher «Rechtsstreitigkeiten» auslösen, bei denen ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung besteht (Art. 29a BV).

Aus dieser materiellen Definition ergibt sich, dass eine formell mangelhafte Verfügung nicht automatisch zum Realakt wird, sondern eine formell mangelhafte Verfügung bleibt. Dies hat durchaus praktische Auswirkungen: Ist eine Verfügung formell mangelhaft, kann sie deshalb angefochten werden oder ist im Extremfall infolge Formmangel sogar nichtig. Der Realakt ist demgegenüber in der Regel an keine Form gebunden und die Formlosigkeit «schadet» ihm nicht. Dennoch muss unter gewissen Umständen vor Umsetzung des Realakts das rechtliche Gehör gewährt werden.²⁹ Im Gegensatz zur Verfügung ist die Gewährung des Gehörsanspruchs aber nicht grundsätzlich zwingend, sondern es kann je nach den konkreten Umständen auch darauf verzichtet werden. Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen hat diese Anforderungen so umschrieben:

²⁵ Dies scheint nun auch das Bundesgericht zu bejahen. Vgl. BGer Urteil vom 9. Juli 2012, 2C. 272/2012 E. 4.3. Vgl. auch KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (FN 13), Rz. 203; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 12; MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 914, 1478–1484; FELIX UHLMANN, Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 40 Rz. 6. Anderer Ansicht MÜLLER (FN 20), 174.

²⁶ BGE 130 I 369 E. 6.1 (379); ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 730a; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 38 Rz. 4.

²⁷ Vgl. ERWIN RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Erster Band, 1. Aufl., Zürich, 1934, 59.

²⁸ Besonders pointiert die Formulierung von PETER SALADIN: «Alles Verwaltungshandeln ist Rechtshandeln.» (Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, 14; Hervorhebung im Original).

²⁹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (FN 13), Rz. 427 f.

²³ BGE 125 II 417 E. 4 (420 ff.).

²⁴ Ausnahmen sind nur noch möglich bei Entscheiden mit «vorwiegend politischem Charakter» (Art. 86 Abs. 3 BGG), im Bereich abstrakte Normenkontrolle (Art. 87 Abs. 1 BGG) und in Stimmrechts-sachen (Art. 88 Abs. 2 BGG). Vgl. RHINOW et al. (FN 13), Rz. 450–456.

«Fehlt ein gesetzlich statuerter Anspruch auf rechtliches Gehör, ist jeweils im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Intensität der durch den Realakt bewirkten Betroffenheit zu klären, ob vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren ist [...]. Die zentrale Frage zur konkreten Gewährung des rechtlichen Gehörs ist diejenige, ob bezogen auf den konkreten Fall ein Bedürfnis nach Mitwirkung der Betroffenen für die Fällung eines gerechten und sachlich richtigen Entscheides besteht und wie diesem Bedürfnis angemessen, wirksam und verwalteffizient Rechnung getragen werden kann [...]»³⁰

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Ausübung des Realakts macht den Realakt damit aber noch nicht zur Verfügung. Auch kann bei Realakten nicht verlangt werden, dass sämtliche Vorgaben des Verwaltungsverfahrens integral zur Anwendung gelangen. Das Bundesgericht formuliert dies so:

«Das tatsächliche und informelle Verwaltungshandeln zeichnet sich u.a. dadurch aus, dass es an sich nicht auf Rechtswirkungen, sondern auf die Herbeiführung eines Taterfolges ausgerichtet ist, indessen gleichwohl die Rechtsstellung von Privaten berühren kann [...]. Der Umstand, dass sich diese polizeilichen Massnahmen rechtlich auf den Beschwerdeführer auswirken und ihn, wie dargelegt, in verfassungsmässigen Rechten berühren, macht diese für sich allein nicht zu Verfügungen im Sinne der Verwaltungsrechtspflege. Es ist denn auch nicht denkbar, dass auf derartiges Verwaltungshandeln das Verwaltungsverfahrensgesetz integral zur Anwendung kommt. Insbesondere die Verfügungsmerkmale der Schriftlichkeit, der Begründung und der Rechtsmittelbelehrung treffen auf diese Art des Verwaltungshandelns nicht uneingeschränkt zu [...]»³¹

Von den (weitgehend fehlenden) formellen Anforderungen an den Realakt zu unterscheiden ist die Verpflichtung der Behörden, unter Umständen vorgängig ein Verwaltungsverfahren durchzuführen und eine Verfügung zu erlassen. So kann eine unmittelbar auf Rechtswirkungen ausgerichtete behördliche Anordnung im Normalfall nicht einfach formlos mittels Realakt vollzogen werden. Vielmehr hat die Anordnung in Form der Verfügung und nach Durchführung eines Verfahrens zu ergehen.³² In Fällen zeitlicher Dringlichkeit ist es indes nicht immer möglich, ein vorgängiges Verwaltungsverfahren durchzuführen, weshalb der Realakt und die behördliche Anordnung zeitlich zusammenfallen können. Typischerweise ist dies bei polizeilichen Anhaltungen, Rückweisungen, Kontrollen und Hinderungen der Fall. Nach Ansicht des Bundesgerichts und Teilen der Lehre handelt es sich hierbei allerdings weiterhin um auf Taterfolg gerichtete Realakte

(«verfügungsvertretende Realakte»)³³. Nach einer anderen Lehrmeinung sind solche Anordnungen dagegen als Verfügungen zu qualifizieren, bei denen in Anbetracht der zeitlichen Dringlichkeit aber auf ein vorgängiges Verwaltungsverfahren verzichtet werden kann,³⁴ welche also «direkt» ergehen («verfahrensfreie Verfügungen»)³⁵. Unabhängig davon, ob solches behördliches Handeln als Realakt qualifiziert oder die «verfahrensfreie Verfügung» unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachtet wird, stellt sich die Frage, wie der nachträgliche Rechtsschutz gegen dieses Handeln im Verfahrensrecht konkret umgesetzt wird. Diese Frage soll nun näher beleuchtet werden.

III. Umsetzung der Rechtsschutzgarantien auf Gesetzesstufe in Bund und Kantonen

Das gesetzliche Verfahrensrecht im Bereich Polizei und innere Sicherheit ist auf Bundesebene und kantonaler Ebene geregelt. Im Gegensatz zu den Grundrechtsgarantien und auch im Gegensatz zum Zivil- und Strafprozessrecht gibt es daher nicht eine bestimmte Rechtsordnung, die hier vertieft dargestellt werden könnte. Vielmehr bestehen 26 kantonale und eine bundesrechtliche Verfahrensordnung. Zu beachten ist zudem, dass es im Bund und in den Kantonen auch nicht einfach je eine einzige Verfahrensordnung gibt: Oft sehen die besonderen Sachgesetze im Polizei- und Sicherheitsrecht wiederum abweichende Verfahrensregeln vor. Den Überblick in diesem Verfahrensrechtsdschungel zu bewahren dürfte für Praktiker und Wissenschaftler nicht immer einfach sein. Dennoch – oder gerade deshalb – versuche ich, die Verfahrensordnungen im Sinne eines Überblicks darzustellen und die wichtigsten Grundmuster oder Typen herauszuarbeiten. Dass ich dabei nicht oder nur äusserst punktuell auf konkrete Verfahrensbestimmungen eingehen kann, versteht sich von selber.

Soweit das polizeiliche Handeln Ausdruck in einer förmlichen Verfügung gefunden hat, verläuft der Rechtsschutz in den üblichen Bahnen des Verwaltungs-

³⁰ Entscheid K 2008/2 des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. August 2008, E. 4.1.

³¹ BGE 130 I 369 E. 6.1 (379), Verweigerung des Zugangs nach Davos.

³² BGE 137 I 120 E. 55 (125 f.): Eine Liefersperre von Elektrizität infolge nichtbezahlter Gebühren kann nicht einfach mittels Realakt vollzogen werden, sondern es ist vorgängig ein Verwaltungsverfahren durchzuführen, welches mit einer Verfügung abzuschliessen ist.

³³ BGE 130 I 369 E. 6.1 (379 f.); BGE 128 I 167 E. 4.5 (174); TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 26), § 38 Rz. 17 f.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25a Rz. 8. Vgl. auch MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Bern 2007, 313–373, 326, der von «verfügungseinschliessenden Realakten» spricht.

³⁴ Vgl. exemplarisch Art. 3 Bst. f VwVG, wonach das Gesetz keine Anwendung findet auf «das erstinstanzliche Verfahren in anderen Verwaltungssachen, wenn deren Natur die Erledigung auf der Stelle durch sofort vollstreckbare Verfügung erfordert».

³⁵ JÜRIG BICKEL/MAGNUS OESCHGER/ANDREAS STÖCKLI, Die verfahrensfreie Verfügung: Ein Beitrag zu einem übersehenen Konzept des VwVG, ZBl 110 (2009), 593–624; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (FN 13), Rz. 309 f.

rechtsschutzes. Diese sollen hier in Anbetracht der reichen Rechtsprechung und Literatur nicht näher beschrieben werden. Wesentlich mehr Unwägbarkeiten bestehen dort, wo die Polizei nicht förmlich, sondern mittels Realakt handelt. Zwar besteht hier – als Ausfluss der bundesverfassungsrechtlich verankerten Rechtsweggarantie – ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung. Die konkrete verfahrensrechtliche Ausgestaltung ist indes weitgehend Sache des Gesetzgebers.³⁶ Im Bund und den Kantonen lassen sich drei unterschiedliche Regelungsvarianten ausmachen.

1. Variante 1: Direkte Anfechtbarkeit von Realakten

Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Graubünden³⁷ sieht in Art. 28 Abs. 4 vor, dass die «Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sowie Realakte, die in Rechte und Pflichten von Personen eingreifen», in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit einer formellen Verfügung gleichgestellt sind. Der Realakt wird damit selber zum Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens. Die Regelung im Kanton Graubünden wurde vorgespurt durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches die polizeiliche Verweigerung der Weiterreise eines Journalisten nach Davos «nicht als eigentliche Verfügung», aber als «Ausgangspunkt für eine wirksame Beschwerde eigener Natur» bezeichnet hat.³⁸ Der bundesgerichtliche Entscheid aus dem Jahr 2004 hatte zwar das Recht auf wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK zum Gegenstand. Der Entscheid dürfte aber auch in den Fällen von Art. 29a BV (in Kraft seit Januar 2007) den prozessualen Weg vorzeichnen, wenn ein Kanton die Anfechtung von Realakten nicht ausdrücklich geregelt hat.³⁹ Auch in diesen Fällen dürfte der Realakt selber Ausgangspunkt eines Rechtsmittelverfahrens bilden.

Die Lösung, den Realakt selber zum Anfechtungsobjekt zu erheben, besticht auf den ersten Blick durch ihre elegante Einfachheit. Bei genauerem Hinsehen stellen sich indes verschiedene Fragen. So ist bei dieser Variante nicht sichergestellt, dass die vom Realakt betroffenen Personen von dieser Rechtsschutzmöglichkeit tatsächlich Kenntnis erhalten. Im Gegensatz zur förmlichen Verfügung fehlt eine Rechtsmittelbelehrung. Bei der Gleichstellung von Verfügung und Realakt besteht zudem die Gefahr, dass der Realakt eine Rechtsmittelfrist

auslöst, die dann unbenutzt verstreicht. Selbst wenn die Betroffenen von der Rechtsschutzmöglichkeit Kenntnis erhalten und innert Frist ein Rechtsmittel ergreifen, müssen Sie ihre Rechtschrift ins Leere hinaus begründen, da sie keine amtliche Begründung erhalten, an der sie ihre Argumentation anknüpfen können. Weiter führt die Variante dazu, dass die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt erstmalig feststellen muss, da sie von den rechtlich zu beurteilenden Umständen erst im Rahmen der Rechtsmittelschrift Kenntnis erhält.⁴⁰

2. Variante 2: Anspruch auf nachträglichen Erlass einer Verfügung

In Anbetracht der Schwierigkeiten, welche eine direkte Anfechtbarkeit von Realakten mit sich bringt, räumt das VwVG bei Realakten von Bundesbehörden einen Anspruch auf Erlass einer nachträglichen Verfügung ein, soweit ein «schutzwürdiges Interesse» geltend gemacht wird (Art. 25a VwVG). Verschiedene Kantone haben diese Regelung mehr oder weniger unverändert in ihre Verwaltungsrechtspflegegesetze übernommen.⁴¹ Andere Kantone kennen für Teilbereiche des Verwaltungshandelns ähnliche Ansprüche auf eine nachträgliche Verfügung. So sieht das Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vor, dass Wegweisungen und Fernhaltungen für längstens 24 Stunden mündlich angeordnet werden können (Art. 29bis Abs. 1 Polizeigesetz⁴²). Bei einer mündlichen Wegweisung und Fernhaltung kann aber innert fünf Tagen eine schriftliche Verfügung verlangt werden (Art. 29ter Abs. 1 Polizeigesetz).

Diese Lösung hat den Vorteil, dass nachträglich ein erstinstanzliches Verfahren durchgeführt wird, welches mit einer formellen Verfügung abschliesst. Dadurch wird der Realakt im Nachhinein in die gewohnten Bahnen des Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsprozessrechts gelenkt. Die Behörde erhält so auch Gelegenheit, ihr Vorgehen nachträglich zu begründen, und die Betroffenen können gestützt auf diese Begründung entscheiden, ob ein Rechtsmittel Erfolg verspricht und wie

³⁶ MOHLER (FN 25), Rz. 1490.

³⁷ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (des Kantons Graubünden) vom 31. August 2006 (VRG), BR 370.100.

³⁸ BGE 130 I 369 E. 6.1 (379).

³⁹ Eine ausdrückliche Regelung zur Anfechtung von Realakten auf Stufe Verwaltungsrechtspflegegesetz fehlt – soweit ersichtlich – in den Kantonen Bern (hierzu MARKUS MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2008, 141), Nidwalden, Glarus, beiden Basel, beiden Appenzell, St. Gallen, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Jura. Der Kanton Freiburg statuiert ausdrücklich einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung, ohne aber näher zu umschreiben, wie dieser konkret umgesetzt wird: Art. 7a und 114 Abs. 2 Bst. b Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1991 (VRG), SGF 150.1.

⁴⁰ Zur praktischen Schwierigkeit des «fehlenden Dossiers» PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR NF 118 (1999) II, 353–455, 446.

⁴¹ § 10c Verwaltungsrechtspflegegesetz (des Kantons Zürich) vom 24. Mai 1959 (VRG), LS 175.2; § 44a Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (des Kantons Luzern) vom 3. Juli 1972 (BRG), SRL 40; Art. 25a Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (des Kantons Uri) vom 23. März 1994 (VRPV), URB 2.2345; § 34a Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (des Kantons Schwyz) vom 6. Juni 1974 (VRP), SRSZ 234.110; Art. 2a Verordnung über das Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren (des Kantons Obwalden) vom 29. Januar 1998 (VwVV), GDB 133.21; § 21a Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (des Kantons Zug) vom 1. April 1976 (VRG), BGS 162.1; § 28bis Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (des Kantons Solothurn) vom 15. November 1970 (VRG), BGS 124.11; § 7a Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (des Kantons Schaffhausen) vom 20. September 1971 (VRG), SHR 172.200; Art. 4A Loi sur la procédure administrative (des Kantons Genf) vom 12. September 1985 (LPA), RSG E 5 10.

⁴² Polizeigesetz (des Kantons St. Gallen) vom 10. April 1980, sGS 451.1.

allenfalls zu argumentieren wäre.⁴³ Freilich besteht auch bei diesem Vorgehen die Gefahr, dass die Betroffenen den Rechtsschutz nicht wahrnehmen können, da sie von der Möglichkeit, eine Verfügung zu verlangen, nicht oder zu spät Kenntnis erhalten. Dies gilt besonders dann, wenn die Frist sehr kurz angesetzt wird, wie dies bei Wegweisungen und Fernhaltungen im St. Galler Polizeigesetz der Fall ist.

3. Variante 3: Pflicht zum vorgängigen Erlass einer Verfügung

Eine dritte Variante, den Rechtsschutz gegen Realakte sicherzustellen, ist die Pflicht, den Realakt von Beginn weg in die Form einer Verfügung zu kleiden. Vor dem Erlass der Verfügung muss dann das rechtliche Gehör gewährt werden und die Verfügung ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. So verlangt das Polizeigesetz des Kantons Bern, dass Wegweisungen und Fernhaltungen mittels förmlicher Verfügung eröffnet werden (Art. 29 Abs. 2 Polizeigesetz⁴⁴). Dies entspricht auch dem Grundsatz des «Vorrangs der Verfügung», der im Bernischen Verwaltungsverfahren in allgemeiner Form verankert ist (Art. 29 VRPG⁴⁵).

Unter normalen Umständen, d.h., wenn die Polizei weder personell noch zeitlich unter Druck steht, mag diese Lösung ideal erscheinen. Die Betroffenen können ihre Rechte von Beginn weg wahren und riskieren nicht, dass ihnen der Rechtsweg mangels Rechtsmittelbelehrung und Unkenntnis der Rechtsmittelmöglichkeiten abgeschnitten wird. Sobald die Polizei aber an ihre Belastungsgrenzen stösst – etwa bei Sportgrossveranstaltungen oder grösseren Kundgebungen –, kann der Erlass von Wegweisungs- und Fernhalteverfügungen kaum mehr den Anforderungen an ein ordnungsgemässes Verwaltungsverfahren gerecht werden. Faktisch müssen sich die Polizeikräfte auf das Erfassen der Personalien beschränken. Das Abfassen der Verfügung wird zum Massengeschäft und lässt sich nur noch mittels standardisierter Begründungen bewältigen. Durch das Fehlen einer individualisierten Begründung mit der notwendigen Dichte leiden solche Massenverfügungen von Beginn weg an einem Mangel, der sie leicht angreifbar macht.⁴⁶ Die Verfügungspflicht lässt sich damit für gewisse polizeiliche Realakte im Polizeialltag kaum befriedigend umsetzen.

4. Lösungsansätze

Jede der hier dargestellten drei Varianten leidet an gewissen Mängeln. Die Herausforderung, welche die Ver-

waltungsverfahren- oder Polizeigesetze zu lösen haben, ist dem Bedürfnis nach Flexibilität der Verwaltungsbehörden ebenso Rechnung zu tragen wie dem Rechtsschutz der Betroffenen. Während die Varianten 1 und 2 aus Sicht des Rechtsschutzes nicht zu befriedigen vermögen, wird die Variante 3 den Anforderungen an das reale Verwaltungshandeln kaum gerecht. Der Nachteil, dass die Betroffenen von ihren Rechtsschutzmöglichkeiten keine Kenntnis erhalten, liesse sich bei den Varianten 1 und 2 dadurch korrigieren, dass die Betroffenen – in Anlehnung an die Informationsansprüche von Art. 31 Abs. 2 BV – mündlich oder schriftlich über die Rechtsschutzmöglichkeiten aufgeklärt würden. Das Abgeben eines in mehreren Sprachen vordruckten Informationsblatts würde die polizeiliche Tätigkeit (z.B. bei einer Wegweisung oder Fernhaltung) kaum behindern und die Vorteile des informellen Verwaltungshandelns könnten beibehalten werden. Die Variante 3 (Verfügungspflicht) könnte dadurch verbessert werden, indem ein Einspracheverfahren eingeführt würde. Die Verfügung könnte dann nicht mehr direkt vor einer Rechtsmittelinstanz angefochten werden. Zuerst wäre ein einfaches und kostenloses Einspracheverfahren zu durchlaufen, in welchem die verfügende Behörde die Gelegenheit erhält, ihre Verfügung zu präzisieren oder zu ändern. Dadurch könnte – ähnlich wie im Steuer- oder Sozialversicherungsrecht – den Bedürfnissen der Massenverwaltung besser Rechnung getragen werden. Die Anforderungen an die Gehörsgewährung und die Begründung der erstmaligen Verfügung könnten so gesenkt werden.

IV. Zusammenfassung

Polizeiliches Handeln muss – als Folge der in der Bundesverfassung verankerten Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und der Rechtsschutzgarantien der EMRK – in praktisch allen Fällen einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein. Dies gilt auch für das polizeiliche Realhandeln. Die hier vorgenommene Standortbestimmung hat gezeigt, dass die verfahrensrechtliche Umsetzung der Rechtsweggarantie im Bund und den Kantonen noch in der Anfangsphase steckt. Die Anfechtung von Realakten vermag in der heutigen Form kaum zu befriedigen, da die Balance zwischen den Bedürfnissen der Verwaltung nach Flexibilität und dem Bedürfnis der Individuen nach wirksamem Rechtsschutz noch nicht gefunden wurde. Soll polizeiliches Handeln auch in Zukunft weitgehend informell erfolgen (wie im Bund und den meisten Kantonen), müssen die Betroffenen verstärkt auf ihre nachträglichen Rechtsschutzmöglichkeiten hingewiesen werden. Soll polizeiliches Handeln dagegen von Beginn in die Bahnen des Verwaltungsverfahrens und der Verfügung kanalisiert werden (wie im Kanton Bern), müssen diese Verfahren den Anforderungen an die Massenverwaltung angepasst und mit einer Einsprachemöglichkeit ergänzt werden.

⁴³ Zu den Vorteilen dieser Variante TSCHANNEN (FN 40), 446.

⁴⁴ Polizeigesetz (des Kantons Bern) vom 8. Juni 1997, BSG 551.1.

⁴⁵ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (des Kantons Bern) vom 23. Mai 1989, BSG 155.21.

⁴⁶ Zur mangelnden Begründungsdichte einer weitgehend standardisierten Fernhalteverfügung vgl. Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichts 100.2008.23334 vom 2. März 2009. Publiziert in BVR 2009, 385–401; rezensiert von CHRISTOPH JENNI, Sicherheit & Recht 1/2010, 47–50.