

Markus H.F. Mohler

Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt

Am 27. Januar 2001 hat die Bündner Kantonspolizei während dem World Economic Forum (WEF) gestützt auf die polizeiliche Generalklausel einem Journalisten den Zugang nach Davos verwehrt. In vorletzter Instanz hat das Bundesgericht die Anwendung der Generalklausel in diesem Fall als konventions- und verfassungsmässig beurteilt (BGE 130 I 369). Der EGMR hat diesen Entscheid nun teilweise korrigiert. Zu einer dogmatischen Kontroverse.

Rechtsgebiet(e): Polizei- und Ordnungsrecht; Grundrechte

Zitiervorschlag: Markus H.F. Mohler, Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, in: Jusletter 11. Januar 2010

Inhaltsübersicht

1. Der Inhalt des Urteils
 - 1.1. Grundsätzliche Anerkennung der polizeilichen Generalklausel als EGMR-konform, Einschränkung ihrer Anwendbarkeit
 - 1.2. Abweisung der verfahrensrechtlichen Beschwerdepunkte
2. Zum grundrechtlichen Schutzbereich und zur grundsätzlichen Zulässigkeit seiner Einschränkung
3. Zur Frage der Vorhersehbarkeit insbesondere
4. Zur Kritik am Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Gefahr
 - 4.1. Grundsätzliche Bemerkungen
 - 4.2. Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid v. 30. November 2009 (2C_166/2009; Ökologisches Gleichgewicht, Euthanasie eines Hundes)
5. Abschliessende Bemerkungen und Zusammenfassung

1. Der Inhalt des Urteils

1.1. Grundsätzliche Anerkennung der polizeilichen Generalklausel als EGMR-konform, Einschränkung ihrer Anwendbarkeit

[Rz 1] Mit dem Urteil vom 8. Oktober 2009, Gsell c. Schweiz¹, hat sich zunächst in zweifacher Hinsicht willkommene Klarheit ergeben: Der *Gerichtshof* hatte zum ersten Mal Gelegenheit, die polizeiliche Generalklausel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 der BV von 1999² als solche hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit mit Bezug auf die Anforderungen der EMRK zu beurteilen³. Er hat diese bejaht (§§ 53, 61). Dabei hat er indessen deren Anwendbarkeit als rechtliche Eingriffsgrundlage insofern eingeschränkt, als sie nur bei einer tatsächlichen Unvorhersehbarkeit einer Gefahr angerufen werden könne (§ 59), andernfalls von den grundrechtlichen Anforderungen her das Bestimmtheitsgebot verletzt werde (§ 52). Zudem stellte der EGMR im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen das Störerprinzip fest (§ 60).

1.2. Abweisung der verfahrensrechtlichen Beschwerdepunkte

[Rz 2] Die übrigen Beschwerden betr. zweifache Verletzung von Art. 6 EMRK⁴ (Recht auf *richterliche Beurteilung in angemessener Zeit*) wurden abgewiesen. Der Sachverhalt sei unbestritten gewesen, sodass das Bundesgericht die polizeiliche

Massnahme als eine Einschränkung von Art. 10 EMRK und besonders deren hinreichende gesetzliche Grundlage einer freien und vertieften Prüfung unterzogen habe (§§ 73f.). Die Zeitspanne von rund dreieinhalb Jahren zwischen Vorfall und Bundesgerichtsurteil, während der sich vier Instanzen mit dem Fall beschäftigt hätten, sei i.S. von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht übertrieben lang (§ 79).

2. Zum grundrechtlichen Schutzbereich und zur grundsätzlichen Zulässigkeit seiner Einschränkung

[Rz 3] Der EGMR prüfte gestützt auf die Beschwerde des Journalisten, ausgehend von der *Freiheit der Meinungsäusserung* gemäss Art. 10 Abs. 1 EMRK, ob *in casu* durch die Hinderung der Reise nach Davos eine Einschränkung dieses Grundrechts vorgelegen habe (§ 49).

[Rz 4] Zum sachlichen Schutzbereich von Art. 10 EMRK gehört das Recht, sich Informationen zu beschaffen⁵. Da die EMRK die *Medienfreiheit* nicht gesondert schützt, bildet sie einen eigenständigen Teil dieses Schutzbereichs von Art. 10.⁶

[Rz 5] Die materiell-rechtliche Frage der *grundsätzlichen Zulässigkeit der Beschränkung der persönlichen (Meinungsäusserungs- bzw. der dafür notwendigen Bewegungs-) Freiheit* wird nicht weiter diskutiert, sondern implizit als gegeben festgehalten (§ 50). Summarisch wird dabei auf die vier rechtlichen Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen hingewiesen: (a) Eine gesetzliche Grundlage, (b) deren Vereinbarkeit mit legitimen Zielen der Gesetzgebung, die in einem demokratischen Staat nötig sind (§ 50), (c) deren Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit (§ 51) sowie (d) die Gesetzesqualität.⁷

[Rz 6] Sodann verweist der EGMR darauf, dass eine der Anforderungen, die aus dem Kriterium der gesetzlichen Grundlage fliesse, die *Vorhersehbarkeit* sei. Daran geknüpft sei der *Bestimmtheitsgrad*, die dem Rechtsadressaten erlaube, sein Verhalten entsprechend zu steuern (§ 52).

[Rz 7] Andererseits wird unterstrichen, dass der Bestimmtheitsgrad einer Norm von der zu regelnden Materie abhängen (§ 53), nicht ohne die Hinweise, dass die Gesetzgebung unmöglich alle hypothetischen Entwicklungen einzubeziehen vermöge, und eine Norm auf Verfassungsstufe weniger bestimmt sein dürfe als für einfache Gesetze (*législation ordinaire*). Damit wird eine *verfassungsrechtliche* Regelung als

¹ Appl.no. 12675/05.

² SR 101.

³ Bisher hat sich lediglich die frühere Kommission für Menschenrechte (EKMR) mit der polizeilichen Generalklausel (*Rassemblement jurassien*, EKMR-Entscheid v. 10. 10. 1979) und der *Gerichtshof* (*Schneiter c. Suisse*, 63062/2000), beide gestützt auf die Berner Kantonsverfassung, befasst: Gsell c. Schweiz a.a.O., § 55.; vgl. BGE 130 I 369, 381.

⁴ Der Beschwerdeführer rügte auch, dass zunächst der Regierungsrat des Kantons Graubünden die ursprüngliche Beschwerde beurteilt und abgelehnt habe, das Bündner Verwaltungsgericht auf den zweiten Rekurs nicht eingetreten sei, da es Art. 6 EMRK nicht für anwendbar hielt, und hierauf das Bundesgericht nur mit beschränkter Kognition (*Willkür*) über den Fall entschieden habe.

⁵ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Auflage, Bern 2008, 522.

⁶ CHRISTOPH GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, München/Basel/Wien 2009, § 23, Rz. 7.

⁷ Vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, zu Art. 36, Rz. 14.

Rechtsgrundlage (i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BV) anerkannt.⁸ Der EGMR stellt auch fest, dass der Bestimmtheitsgrad, wie wohl grundsätzlich sehr wünschbar, manchmal durch überbordende Ansprüche belastet werde (§ 52).

3. Zur Frage der Vorhersehbarkeit insbesondere

[Rz 8] Die Bestimmtheit einer Norm ihrerseits hängt direkt mit der *Vorhersehbarkeit* zusammen. Der Begriff wird jedoch in zwei Richtungen verwendet, was dessen massgebliche Bedeutung in der Rechtsanwendung erschwert: Zum Einen geht es um die *rechtliche Vorhersehbarkeit* einer die Freiheit beschränkenden Regelung *zur Steuerung des eigenen Verhaltens*⁹, zum Anderen um die *faktische Voraussehbarkeit* einer *möglichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit*, die den Erlass einer hinreichend bestimmten Norm zu deren Verhinderung oder Minimierung nötig macht.

[Rz 9] Der EGMR übersah hinsichtlich der *faktischen Voraussehbarkeit* nicht, dass es schwierig oder unmöglich sein kann, Gefährdungen in einer Genauigkeit vorauszusehen, die ihrerseits ermöglichte, rechtzeitig eine hinreichend bestimmte Norm für deren Abwehr zu erlassen – und damit der *rechtlichen Vorhersehbarkeit* Genüge zu tun (§§ 52, 58). Dabei bezieht er sich auch auf ein Bundesgerichtsurteil,¹⁰ in dem für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel eine «Notlage» vorliegen müsse.¹¹

[Rz 10] Der EGMR hielt auch fest, dass es für die Behörden *in casu* sehr schwierig war, die Situation zu analysieren und die inhärenten Risiken für die öffentliche Sicherheit genau einzuschätzen. Ebenso gab es keine Zweifel für den Gerichtshof, dass die Bedrohung tatsächlich ernsthaft war (§ 58). Diese Feststellung sagt indessen nichts Konkretes aus in Bezug auf die (faktische) *Voraussehbarkeit der Schwere (und Ursache) der Gefahr und die Bedeutung des bedrohten Rechtsgutes*¹². Der EGMR scheint sich indessen auf die *Argumentation des Bundesrates* zu stützen, wonach es für den Gesetzgeber sehr

schwierig sei, in einem Gesetz alle Fälle vorauszusehen, die *für Grundrechte eine Gefahr* darstellten. Dennoch müssten diese Grundrechte geschützt werden können, selbst wenn zu diesem Zweck die Grundrechte Dritter einer Einschränkung unterlägen¹³.

[Rz 11] Demgegenüber zeigte er sich nicht überzeugt, dass das *Ausmass der Gefahren* mit Blick auf bereits dokumentierte Demonstrationen früherer Ereignisse auf globaler Ebene und im Zusammenhang mit dem WEF nicht (faktisch) voraussehbar war¹⁴. Unter Hinweis auch auf die relevanten Formulierungen in einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2000,¹⁵ wonach sich die Behörden in voraussehbaren oder wiederholt vorgekommenen Fällen nicht auf die polizeiliche Generalklausel berufen könnten, stellt der EGMR fest, dass die Behörden früher hätten reagieren müssen, um die vorgesehenen Massnahmen auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, die bestimmter ist als Art. 36 Abs. 1 BV¹⁶.

[Rz 12] Darüber hinaus stellte der EGMR eine Verletzung des *Störerprinzips* fest, da hinsichtlich der Fernhaltungsmassnahme nicht zwischen potentiell gewaltbereiten und friedlichen Demonstranten unterschieden worden sei, sondern diese sich gegen alle Personen, die sich nach Davos begeben wollten, richtete.

⁸ GIOVANNI BIAGGINI, Komm. BV, Art. 36, N 16.

⁹ Gsell c. Schweiz, a.a.O., § 52: «... l'expression « prévue par la loi » est la prévisibilité. On ne peut donc considérer comme « une loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; ... ». Vgl. dazu auch BGE 1C_179/2008 v. 30. September 2009 (Polizeigesetz des Kt. Zürich; zur Publ. vorgesehen), E. 3.1.

¹⁰ BGE 126 I 112, E 4b; (vgl. zu diesem BGE auch FN 43).

¹¹ Damit ist in keiner Weise der Notstand i.S. des Staatsnotstandes gemäss Art. 15 EMRK angesprochen (das Zitat «Notlage» im Urteil Gsell c. Schweiz, a.a.O., §§ 23 und 30, ist nicht genau: in BGE 126 I 122 E 4b wird der Ausdruck «Notfall» verwendet); als unglücklich erscheint die Verwendung des Ausdrucks «Notlage» im angefochtenen BGE 130 I 369, 382, E. 7.3, da dieser Ausdruck in Art. 61 BV in einem Zusammenhang erwähnt wird, der zu einem (in der BV nicht geregelten) Staatsnotstand eine gewisse Nähe hat (zudem wird Notlage auch in Art. 12 BV verwendet).

¹² Vgl. dazu MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, in: Sicherheit und Recht, 1/2008, 4ff., 13f., 18.

¹³ § 45: «Il serait fort difficile pour le législateur de prévoir, dans une loi, tous les cas pouvant constituer une menace pour les droits fondamentaux. Pourtant, ces droits devraient pouvoir être protégés, même si, à cette fin, les libertés fondamentales de tiers subissaient une restriction.»

¹⁴ Dabei verweist der EGMR auch auf den am 2. Juli 2001 publizierten Bericht von PETER ARBENZ, wonach gegen das WEF mindestens seit 1999 in unfriedlicher Weise demonstriert worden sei (§ 52). In der Tat kann auf Grund des seit Jahren verfeinerten Sicherheitsdispositivs für das WEF, zu dem bereits für die Veranstaltung im Jahre 2000 – zur Unterstützung eines damals erstmals erlassenen Demonstrationsverbotes – Polizeikräfte aus fast der ganzen Schweiz namentlich zur eventuellen Leistung unfriedlichen Ordnungsdienstes, ebenso wie Teile des Festungswachtkorps beigezogen worden sind, Unvoraussehbarkeit kaum geltend gemacht werden (vgl. Medienmitteilung der Kantonspolizei Graubünden v. 26. Januar 2000, URL: www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/kapo/aktuelles/medien/2000/Seiten/DE_6339.aspx; Einblick: 30. Dezember 2009), ferner EJPD, Staatsschutzbericht 1999, Bern Mai 2000, 11, 28f. Aufschlussreich mit Bezug auf die faktische Voraussehbarkeit der Problematik der Unterscheidung zwischen erwünschten und unerwünschten Anreisenden bzw. entsprechender Massnahmen ist die Antwort des Bundesrates vom 17. Januar 2001 auf eine einfache parlamentarische Anfrage (URL: www.admin.ch/cp/d/3a65b495_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html; Einblick: 30. Dezember 2009). Zur *staatspolitischen* Dimension des Sicherheitsbegriffes und der Anwendbarkeit von Notrecht bzw. der polizeilichen Generalklausel vgl. die Diskussion von ANDREAS KLEY und MARKUS MÜLLER, in: plädoyer 5/09, 8ff.

¹⁵ BGE 126 I 112, E 4b; (vgl. zu diesem BGE auch FN 43).

¹⁶ Gsell c. Schweiz, a.a.O., §§ 58f.: «Par contre, elle n'est pas convaincue que l'ampleur des manifestations effectivement enregistrées ne fût pas prévisible pour les autorités compétentes, vu les événements qui s'étaient déroulés auparavant au niveau mondial et dans le contexte du WEF.» (§ 58) und «...la Cour est d'avis que les autorités responsables du canton des Grisons auraient pu, voire dû réagir plus tôt afin d'appuyer la mesure litigieuse sur une base légale plus précise que l'article 36, alinéa 1^{er}, de la Constitution fédérale.» (§ 59).

[Rz 13] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der EGMR-Entscheid die polizeiliche Generalklausel *grundsätzlich* als EMRK-konform erachtet, deren *Anwendbarkeit* aber gegenüber der dem klaren Wortlaut in seinen Urteilen oft zuwiderlaufenden largen Praxis des Bundesgerichts einschränkt¹⁷: Sie darf nur angerufen werden, wenn eine *nicht voraussehbare*, also atypische, nicht wiederholt aufgetretene (ernsthafte und unmittelbare) Bedrohung für ein fundamentales Grundrecht sich nicht anders als durch eine gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene Massnahme in Form einer Einschränkung eines Grundrechts abwenden (oder vermindern) lässt (§ 59). Ebenso sind solche Massnahmen zielgerichtet einzusetzen, d.h. das Störerprinzip ist zu beachten (§ 60).¹⁸

4. Zur Kritik am Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Gefahr

4.1. Grundsätzliche Bemerkungen

[Rz 14] Damit ist indessen das insbesondere von MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI aufgezeigte Dilemma¹⁹ für die *Rechtsanwendung* noch nicht angesprochen: Das Fehlen einer gesetzlich geregelten Massnahme gegen eine längst bekannte Gefahr einerseits, was eine *Intervention verbietet*, und die (grundrechtliche) Pflicht des Schutzes qualifizierter kollektiver oder individueller Rechtsgüter, die eine *Intervention gebietet*. Der von den Autoren zur Behebung dieser für die Praxis anforderungsreichen Abwägung vorgeschlagene *ersatzlose Verzicht auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit der Gefahr*²⁰ dürfte nach diesem EGMR-Urteil völkerrechtlich fraglich sein, da dieses damit als unverzichtbares Kriterium stipuliert wird.

[Rz 15] Die Problematik besteht in der Überlagerung zweier verschiedener Rechtsfiguren, eines Grundrechts mit seiner Schutzfunktion einerseits und der polizeilichen Generalklausel andererseits. *Beide* zielen auf den Schutz von Grundrechtspositionen: Zum einen durch einen unmittelbaren *Anspruch der Grundrechtsträger auf Schutz* (Ausrichtung auf den materiellen Grundrechtsbegriff), zum andern durch eine vom Rechtsstaatsprinzip gebotene *beschränkte*

*Eingriffsermächtigung*²¹ für die zuständigen Organe (Betonung des formellen Gesetzesbegriffes als Ausdruck des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips).²²

[Rz 16] Anzumerken ist, dass die grundrechtliche Schutzpflicht weder eine alleinige noch generelle Polizeiaufgabe darstellt. Die Polizei i.S. der Exekutivpolizei (d.h. hauptsächlich Kantons- und Gemeindepolizeidienste) unterstehen dem Subsidiaritätsprinzip insofern, als ihr nicht eine primäre (Allein-)Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr zukommt. Ihre Interventionsbefugnisse sind beschränkt auf Gefahren, die (andere) zuständige Behörden nicht oder nicht rechtzeitig abzuwehren vermögen.²³

[Rz 17] Kann der Schutzanspruch nur durch Einschränkung anderer Grundrechte bewirkt werden, bedarf diese Grundrechtsbeschränkung einer hinreichenden Rechtsgrundlage. Diese besteht in einem *Gesetz* oder ausnahmsweise in einem *rechtlichen Notstand* in Form einer schweren und unmittelbaren Gefahr für individuelle oder kollektive fundamentale Sicherheitsinteressen, in dem die *polizeiliche Generalklausel als Ersatzgrundlage* dient.²⁴ Dieser Notstand, es sei wiederholt,²⁵ entspricht nicht einem «Staatsnotstand», sondern dem strafrechtlichen (rechtfertigenden) Notstandsbegriff (Art. 17 StGB²⁶) bzw. dem polizeilichen Notstand, der in nicht anders lösbaren Fällen einer Schutzpflicht ein Abweichen vom Störerprinzip erlaubt.²⁷

[Rz 18] Das beschriebene Dilemma würde mit der zur Diskussion gestellten Reform der polizeilichen Generalklausel durch den Verzicht auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Gefahr nicht aufgehoben, sondern nur verlagert. Die quasi zur Kompensation geforderte erhöhte Anforderung an die *Qualifikation des bedrohten Rechtsgutes* könnte zudem *dogmatisch* die rechtsstaatlich problematische zu häufige Anwendung der polizeilichen Generalklausel nicht beheben, wie gerade der dem EGMR-Entscheid zu Grunde liegende Sachverhalt²⁸ belegt.

[Rz 19] Zudem würde die bekannte Nachlässigkeit der

¹⁷ Vgl. die Kritik auch bei MÜLLER/JENNI (FN 12), 4, 17 (FN 117) und MARC RÉMY, *Droit des mesures policières*, Genf/Zürich/Basel 2008, 36.

¹⁸ Vgl. dazu auch SCHWEIZER (FN 7), zu Art. 36, Rz. 17 mwH.

¹⁹ (FN 12), 17f.

²⁰ (FN 12), 18. Gleich: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Bern 2009, § 56, Rz. 10; einschränkend: REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Bern 2007, 95f.: das Kriterium der Nichtvorhersehbarkeit sei auf finanztechnische und organisatorische Beeinträchtigungen zu begrenzen; bei «intensiven Gefährdungen, insbesondere von Leib und Leben» sei eine Eingriffsbefugnis anzunehmen, selbst wenn der Gesetzgeber die Gefährdungslage hätte erkennen können.

²¹ Nach der hier vertretenen Auffassung umfasst die polizeiliche Generalklausel nicht auch eine Interventionspflicht (vgl. MÜLLER/JENNI [FN] 12, 14), sondern nur ein Interventionsrecht; die Pflicht muss auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden können, bspw. auf die grundrechtliche Schutzpflicht.

²² Vgl. dazu auch SCHWEIZER (FN 7), zu Art. 36, Rz. 16.

²³ MARKUS H.F. MOHLER/RAINER J. SCHWEIZER, *Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht – sicherheitsrechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit dem sicherheitspolitischen Bericht*, in: Jusletter 7. Dezember 2009, Rz. 11.

²⁴ RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Basel 2009, Rz. 1207 – 1210 («Notstandsklausel»).

²⁵ Vgl. oben, FN 11.

²⁶ SR 311.

²⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 20), § 56, Rz. 11ff.

²⁸ KIENER/KÄLIN (FN 20) beziehen sich – vor dem EGMR-Urteil – just auf den Sachverhalt des BGE 130 I 369 als Argument für den Verzicht auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit.

Optimierung der Rechtsgrundlagen noch gefördert werden.²⁹ Nicht behoben, eher verschärft würde ebenso das grundrechtliche Problem der *Vorhersehbarkeit einer das eigene Verhalten steuernden Regelung* durch die Rechtsadressaten.

4.2. Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid v. 30. November 2009 (2C_166/2009; Ökologisches Gleichgewicht, Euthanasie eines Hundes)

[Rz 20] Das zeigt auch dieses eben ergangene Bundesgerichtsurteil, das den EGMR-Entscheid nicht erwähnt: Ein sehr aggressiver Hund, der eine Velofahrerin angefallen und gebissen hatte und nur durch Polizeiangehörige in Schutzmontur eingefangen und in einen Zwinger gebracht werden konnte, wurde durch Verfügung des stellvertretenden Kantonstierarztes unverzüglich eingeschläfert. Das Bundesgericht stellte fest, dass eine gesetzliche Grundlage gefehlt habe und fährt dann – unter Hinweis auf die hier relevierte Literatur – fort:

«Das Bundesgericht verlangt zudem, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle zu beschränken sei; ihre Anrufung sei grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden (mit Hinw.). Handelt es sich bei der Gefährdung um eine solche von Leib und Leben, somit um einen Fall «ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV), ist dieses zusätzliche Kriterium indes nicht sachgerecht (vgl. Kiener/Kälin, a.a.O., S. 95). Ein Untätigsein des Gesetzgebers darf – wie vorliegendenfalls – dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil gereichen, zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen. (...) Angesichts seines Wesens als Schutzhund hätte nur der Beschwerdeführer die Situation entschärfen können. Dieser wollte allerdings in den Ferien, und seine Ehefrau wollte nach dem Vorfall nichts mehr mit dem Hund zu tun haben und hatte auch – wie der Angriff auf die Velofahrerin gezeigt hatte – nicht die gewünschte Herrschaft über das Tier. Insofern war auch die zeitliche Dringlichkeit gegeben. Zudem stehen – wie bereits ausgeführt – keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung. Die polizeiliche Generalklausel vermochte deshalb die fehlende gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Eigentumsfreiheit des Beschwerdeführers zu ersetzen. Auch das öffentliche Interesse zum Schutz der fundamentalen Rechtsgüter Leben und Gesundheit steht ausser Frage.»

[Rz 21] In Bezug auf die Verhältnismässigkeit hält das Bundesgericht sodann fest:

«Das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein müssen. Eine Massnahme ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. Das bereits Ausgeführte erhellt, dass die Euthanasierung des Hundes geeignet und auch erforderlich gewesen war: So standen keine milderen Massnahmen zur Verfügung, um die unmittelbare Gefahr abzuwenden. Insbesondere auch das längere Halten des Hundes in einem Zwinger stellt nur scheinbar eine mögliche taugliche Massnahme dar, denn bei jeder Fütterung und Tränkung erneuert sich die Gefahr für das Leben des Personals.»

[Rz 22] Die Feststellung, es sei *nicht sachgerecht*, die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle zu beschränken bzw. diese auszuschliessen, falls typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis nicht normiert werden, stellt eine wesentliche *Praxisänderung* dar,³⁰ was angesichts des hier relevanten EGMR-Urteils erstaunt. Mit Blick auf die vom Bundesrat am 12. April 2006 ergänzte alte Tierschutzverordnung³¹ wäre es bei der damals intensiven Diskussion über den Schutz vor gefährlichen Hunden im Übrigen wohl möglich gewesen, innert nützlicher Zeit eine genügende kantonale Gesetzesbestimmung zu erlassen. Diese Reduzierung der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel steht auch im Widerspruch zum nur zwei Monate zuvor ergangenen Bundesgerichtsurteil vom 30. September 2009.³²

[Rz 23] Der *sachliche* Entscheid des Veterinärs wird hier nicht diskutiert. Dass es darum ging, die physische Sicherheit des Tierpflegepersonals als fundamentale Rechtsgüter zu gewährleisten, ist nicht zweifelhaft. Man kann sich in diesem Zusammenhang jedoch fragen, ob eine schwerwiegende, zeitlich unmittelbare Gefährdung (der Angehörigen des Tierheims) tatsächlich noch im Sinne eines (rechtlichen) Notstandes andauerte, als der Hund in einem Zwinger war und somit niemanden mehr angreifen konnte (auch eine Fütterung scheint – wie bei andern gefährlichen Tieren – mit geeigneten Mitteln ohne Eigengefährdung möglich).³³ Ob nicht bis zur (allenfalls vorzeitigen) Rückkehr des eigentlichen Hundehalters aus den Ferien mit dieser unmittelbar zu vollziehenden Verfügung der Tötung hätte zugewartet werden können, betrifft

³⁰ Art. 23 BGG. Darauf wird im Urteilstext des bisher zur Publikation nicht vorgesehenen Entscheides selber hingewiesen.

³¹ AS 2006 1427, Art. 34a und 34b.

³² 1C_179/2008 (Polizeigesetz des Kantons Zürich), E 3.1.

³³ Diese Frage hätte sich im vorliegenden Fall selbst bei Vorhandensein einer Gesetzesnorm gestellt.

²⁹ G.I.M. MÜLLER/JENNI (12), 17.

die (kaum relevierte) *zeitliche* Komponente im Prüfprogramm des Verhältnismässigkeitsprinzips (Erforderlichkeit).

5. Abschliessende Bemerkungen und Zusammenfassung

[Rz 24] Die Notwendigkeit der Abwägung zwischen einem Verbot und einem Gebot einer Intervention ist für die Rechtsanwendung nicht neu. Es ist mitunter zu entscheiden, ob der *materiellen* Pflicht, den nicht zumutbaren (unmittelbar drohenden) Schaden für ein qualifiziertes Rechtsgut (Grundrecht) zu verhindern, dem Beachten des Legalitätsprinzips als *formeller* Grundsatz vorgeht oder nicht. Wird ein fundamentales Grundrecht (Leben, Gesundheit, Freiheit, Privatsphäre, Eigentum) unmittelbar und schwer bedroht und würde die Gefahr ohne Intervention zu einem irreversiblen Schaden führen, dürfte diese Priorisierung nicht übermässig schwierig sein. Das Befolgen ethischer Anforderungen ist dabei hilfreich.³⁴

[Rz 25] Insofern besteht m.E. kein Dilemma, das durch das Kriterium der Unvoraussehbarkeit einer Gefahr für die Anwendung der polizeiliche Generalklausel bewirkt werde: Steht keine genügende Rechtsgrundlage zur Verfügung, muss ein (wirklicher) rechtlicher Notstand³⁵ vorliegen, um Grundrechte einzuschränken. Der *grundsätzliche* Verzicht auf dieses Kriterium schmälerte, auch bei einer verstärkten Beachtung der Qualität des bedrohten Rechtsgutes,³⁶ oder bei dessen Einschränkung auf «intensive Gefährdungen, insbesondere von Leib und Leben»,³⁷ die Bedeutung der ersten beiden Sätze von Art. 36 Abs. 1 BV: Der Gesetzgeber steht in der Pflicht, die notwendigen Regelungen zu erlassen.³⁸

[Rz 26] Das bedeutet:

<List Type="Bullet">Mögliche schwerwiegende Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit, sei es in Form individueller oder kollektiver fundamentaler Rechtsgüter, die Massnahmen zur Vermeidung oder Minimierung dieser Gefahren nötig machen, sind regelmässig zu beurteilen (Bedrohungsanalyse und -beurteilung³⁹).

Das Erkennen möglicher Gefährdungen hat den *Anforderungen von Risikobeurteilungen* zu folgen (Schadenpotential und Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintrittes⁴⁰).

Faktische Voraussehbarkeit bedeutet, dass der Erlass rechtlicher Grundlagen für allfällig als nötig erachtete Massnahmen gegen erkannte Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit i.S. individueller oder kollektiver fundamentaler Rechtsgüter bzw. deren Urheber *unverzüglich eingeleitet* werden muss.

<Item>Die *polizeiliche Generalklausel* kann als Gesetzessubstrat nur beansprucht werden,</>

1. wenn es sich um fundamentale Rechtsgüter des Staates, d.h. eine *schwere Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit*, oder wenn es um Gefährdungen von individuellen *unmittelbar sicherheitsrelevanten Grundrechten* (Leben, Gesundheit, Freiheit und Privatsphäre, Eigentum⁴¹) geht (*qualifiziertes Rechtsgut*) und
2. es sich um eine «ernste», d.h. *schwerwiegende, zeitlich unmittelbar drohende Gefährdung* handelt (*qualifizierte Bedrohung oder Störung*), die eine *unverzügliche Massnahme* (zeitliche Dringlichkeit) erfordert⁴², sowie
3. *hinreichende gesetzlich gestützte Massnahmen fehlen, sofern*
4. die *Zeitspanne* zwischen dem *möglichen* Erkennen und Beurteilen einer solchen *Gefährdung* für entsprechende Rechtsgüter⁴³ (verbunden mit der Prüfung der bestehenden Gesetzgebung für deren Bekämpfung) für die *normale – oder mindestens die dringliche – Gesetzgebung* zu deren Bekämpfung oder Minimierung *nicht ausreichte*.⁴⁴

<Paragraph></Item>Massnahmen gegen eine seit längerem bekannte oder gar wiederholte Gefahr für qualifizierte

³⁴ MARKUS H.F. MOHLER, Ethik in der Polizei, in: Janos Fehérváry/Wolfgang Stangl (Hrsg.), Menschenrecht und Staatsgewalt, Wien 2000, 201ff., 205ff., 211.

³⁵ Vgl. FN 11 und Rz. 17.

³⁶ MÜLLER/JENNI (FN 12), 18.

³⁷ KIENER/KÄLIN (FN 20), 95.

³⁸ SCHWEIZER (FN 7), zu Art. 36, Rz. 17 in fine. Diese Feststellung gilt noch vermehrt für das in den Kantonen einfachere und damit raschere Gesetzgebungsverfahren.

³⁹ Was dem Optimierungsgebot entspricht, vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR II/1, Basel 2008, Rz. 37, 64, 66ff., 224. Im Zusammenhang bspw. mit der Bekämpfung der organisierten Kriminalität ist in der EU für alle Mitgliedstaaten eine entsprechende Zusammenstellung von Bedrohungen, die EUROPOL zuzustellen ist, vorzunehmen.

Die Zusammenfassung führt zum jährlichen *Organised Crime Threat Assessment Report (OCTA)*, der auf der strategischen Stufe Anpassungen der Rechtsetzung nötig machen kann. Das zeigt in der Schweiz u.a. die Diskussion um «BWIS II» (vgl. z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [20], § 55, Rz. 21; SCHWEIZER [FN 7], zu Art. 57, Rz. 26 mwH.; GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärung betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit «BWIS»), in: VPB 4/2009, 2. Dezember 2009).

⁴⁰ MOHLER (FN 39), Rz. 50ff. mwH.

⁴¹ Vgl. MARC RÉMY (FN 17), 35.

⁴² Zur sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit: SCHWEIZER (FN 7), zu Art. 36, Rz. 17 mwH.

⁴³ BGE 126 I 112, 118 E. 4b; vgl. auch BGE 119 IA 28, 31 E. 2 hinsichtlich der grundrechtlichen Schutzpflicht. Der in der Literatur (vgl. MÜLLER/JENNI [12], 17 [FN 116], mwH.) in Bezug auf seine Anwendbarkeit kritisierte BGE 126 I 112 weist auf in der Praxis mitunter notwendige Entscheide hin (vgl. Rz. 24 und 29).

⁴⁴ BGE 88 I 173, 178f. («Il lui [d.h. dem Staatsrat] 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.»).

kollektive (Staat) oder individuelle Rechtsgüter können daher nicht auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden⁴⁵, es sei denn, eine Nichtintervention führte direkt zu einer unzumutbaren schweren (irreversiblen) Verletzung eines fundamentalen Grundrechts (vgl. oben, Rz. 24). Im Fall der polizeilichen Generalklausel als Rechtsgrundlage für freiheitsbeschränkende Massnahmen ist das *Verhältnismässigkeitsprinzip von besonderer Bedeutung*⁴⁶, namentlich was die erforderliche Dringlichkeit eines schweren Grundrechtseingriffs angeht. Mitunter kann ein gestaffeltes Vorgehen eine unmittelbare Gefahr entschärfen und dadurch direkt eine schwere Grundrechtsbeeinträchtigung auf beiden Seiten vermeiden. Solche Abwägungen gehören zur täglichen Aufgabe der Polizei. Schliesslich ist das *Störerprinzip* zu beachten.

[Rz 27] Der Grundrechtsschutz in der Abwehr- wie in der Leistungs- bzw. Schutzfunktion und die polizeiliche Generalklausel mit allen vier Anwendungskriterien ergänzen sich. Der grundsätzliche Verzicht auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Gefahr bedeutete eine *systematische* Verminderung der Vorhersehbarkeit, mithin des Bestimmtheitsgrades einer Norm als Steuerungsmöglichkeit eigenen Verhaltens. Aus grund- und damit auch aus polizeirechtlicher Sicht ist indessen das Gegenteil erwünscht (vgl. oben, Rz. 15).

[Rz 28] Umgekehrt nehmen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip den Gesetzgeber in die andauernde Pflicht, mit genügender Bestimmtheit festzulegen, *welche vorhersehbaren* Gefahren für welche Rechtsgüter mit welchen Mitteln bekämpft werden sollen.⁴⁷ Die Verantwortung für die mitunter ohnehin schwierigen Entscheide, die sonst – oft unter unvorteilhaften oder gar widrigen Umständen – in Zeitnot zu treffen sind, soll so nicht ohne Not den Rechtsanwendenden zugeschoben werden.

[Rz 29] Insbesondere bei unmittelbar vollziehbaren Verfügungen und verfügungsvertretenden oder verfügungsfreien Realakten der Polizei ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit die Notwendigkeit eines *sofortigen* (nicht schrittweisen) Handelns kritisch zu prüfen, namentlich wenn dadurch unumkehrbare Grundrechtsbeeinträchtigungen so oder so unabweichliche Folge sind.

[Rz 30] Die begrüßte Klarheit durch das EGMR-Urteil ist mit dem Bundesgerichtsentscheid vom 20. November 2009, auch mit Blick auf das zur Publikation vorgesehene Urteil vom 30. September 2009 i.S. Polizeigesetz des Kantons Zürich (oben, Rz. 22), wieder einer Rechtsunsicherheit gewichen, die sich in der Praxis nicht positiv auswirken dürfte.

Dr. iur. Markus H.F. Mohler ist Lehrbeauftragter für öffentliches Recht, speziell Sicherheits- und Polizeirecht, an den Universitäten von Basel und St. Gallen.

Der Autor dankt PATRICK GÄTTELIN für die Durchsicht des Beitrages.

* * *

⁴⁵ MÜLLER/SCHEFER (FN 5), 80; BGE 126 I 112, a.a.O.

⁴⁶ BGE 128 I 327 (GR, Vo Kapo), 345, E. 4.3.3.

⁴⁷ PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, Bern 1982, 347; vgl. auch FN 39.