

- 349 **La législation climatique doit-elle être davantage environnementale?**  
*Thierry Largey*
- 
- 351 **Administrativ- und Disziplinaruntersuchungen in der Bundesverwaltung.**  
*Felix Uhlmann/Jasmina Bukovac*
- 
- Rechtsprechung**
- 372 Öffentlichkeitsprinzip. Bund. Gesuch um Bekanntgabe der Unternehmen, die 2014 um eine Ausfuhrbewilligung von Kriegsmaterial ersuchten; Art. 4, 7, 9 und 11 BGÖ, Art. 47 Abs. 1 ParlG.  
Kommentar (*Christoph Auer*)
- 386 Öffentlichkeitsprinzip. Bund. Gesuch um Einsicht in den Steuerstreit zwischen Schweizer Banken und den USA betreffende Dokumente, Beeinträchtigung der ausserpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen der Schweiz; Art. 7 Abs. 1 lit. d BGÖ, Art. 16 Abs. 3 und Art. 17 BV.
- 393 Gewässerschutz – Heimatschutz. Luzern. Freihaltung des Gewässerraums ausserhalb von dicht überbauten Gebieten; Ortsbildschutz; Art. 36a GSchG, Art. 41c Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> GSchV, Art. 6 f., 25 NHG.  
Kommentar (*Arnold Marti*)
- 
- Besprechung**
- 402 *Magnin Josianne*: Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung (*Reto Müller*)

## Besprechung

Josianne Magnin, Dr. iur.: *Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung*. Diss. Luzern 2016. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 116. LXI + 471 Seiten. Preis CHF 89.–. Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2017. ISBN 978-3-7255-7683-8.

Das Werk ist dem Untertitel folgend in drei Teile gegliedert: *Begriff der Polizei, polizeiliche Aufgaben und Massnahmen* (176 Seiten), *rechtsstaatliche Grenzen sicherheitspolizeilicher Tätigkeit* (96 Seiten) und *Staatshaftung für sicherheitspolizeiliche Realakte* (180 Seiten). Der dritte Teil gab den Anstoss zu dieser Dissertation; erkennbar legt die Autorin einen besonderen Fokus darauf. Das Werk wird inhaltlich mit einer siebenseitigen *Zusammenfassung und Schlussbetrachtung*, formell mit einem dreiseitigen Sachregister abgerundet.

Josianne Magnin zeigt, dass das Sicherheits- und Polizeirecht von einer Kombination aus begrifflicher Vielfalt und Unschärfe geprägt ist. Für die Polizei postuliert sie eine Reduktion auf den *institutionellen Polizeibegriff*: Dieser umfasst jene Dienststellen, denen «primär die Aufgabe der Gefahrenabwehr obliegt und die hierfür organisationsrechtlich als Polizeibehörden ausgesondert sind» (S. 10). Die weiteren Polizeibegriffe sind «mehrdeutig und zumeist konturlos» (S. 31); eine genauere Aufgabenumschreibung könnte Abhilfe schaffen.

Als einzelne *sicherheitspolizeiliche Standardmassnahmen* auf kantonaler Ebene werden Anhaltung, Identitätsfeststellung und Festnahme (S. 136 ff.), erkennungsdienstliche Massnahmen (S. 138 f.), Vorladung und Vorführung (S. 139 f.), Wegweisung und Fernhaltung (S. 140 ff.), Gewahrsam (S. 143 ff.),

Durchsuchung (S. 145 ff.), Sicherstellung (S. 147 ff.) sowie Datenbearbeitung und Überwachung (S. 148 ff.) dargestellt. Der «polizeiliche Zwang der kantonalen Polizeikörpers» wird richtigerweise separat behandelt (S. 160 ff.). Auch mit Destabilisierungsgeräten wird «in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen. Da der Eingriff aber regelmässig leichter sein dürfte als beim Schusswaffengebrauch, ist der Einsatz von Tasern unter Beachtung der Regelungen zu den Schusswaffen zulässig und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip gar zu fordern, wenn er als milderer Mittel erscheint» (S. 164). Offen bleibt, ob Taser auch unabhängig von der (restriktiven) Zulässigkeit von Schusswaffen eingesetzt werden dürften.

Im Polizeirecht können die Anforderungen des *Legalitätsprinzips* an eine stufengerechte und genügend dichte Normierung dem Bedürfnis nach Handlungs- und Entscheidungsspielräumen entgegenstehen. Die Autorin zeigt sich offen für die Normierungen sicherheitspolizeilicher Bestimmungen auf Verordnungsstufe, solange sachliche Gründe vorliegen und dies «zu keinen schwerwiegenden Beschränkungen für die Bürger» führt (S. 193). Dies wird anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Wegweisungsartikeln diskutiert. Die Gründe für höhere Anforderungen an die Normdichte bleiben abstrakt. Dafür wird auf drei «Bestimmtheitssurrogate» hingewiesen, nämlich Verfassungsgrundsätze, ein ausgebauter Rechtsschutz- und Rechtsmittelsystem sowie Kontrollmassnahmen (S. 201).

Bei den Voraussetzungen der *polizeilichen Generalklausel* (S. 205 ff.) folgt die Autorin den neuen Kriterien des Bundesgerichts

und will zumindest bei Schutzpflichten auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Gefahrenlage verzichten (S. 208). Es müsse aber abgewartet werden, ob das Bundesgericht seine Praxis dazu «weiter präzisiert, modifiziert oder tatsächlich ändert»; jedenfalls soll der Rückgriff auf die Polizeigeneralklausel auf «absolute Notfälle» beschränkt bleiben (S. 209). Davon zu unterscheiden ist die *kleine Generalklausel* in den kantonalen Polizeigesetzen; die Autorin lässt sie als «Grundlage für Massnahmen [...], welche zu keinen schweren Beeinträchtigungen der Rechte Privater führen» auch ungeschriebenen gelten (S. 211 f.).

Dem *Opportunitätsprinzip* sind im Polizeirecht sowohl durch die gesetzlichen Aufträge und die Gefahrenabwehr gestützt auf die Polizeigeneralklausel als auch durch allfällige Schutzpflichten Schranken gesetzt (S. 228 ff.). Die mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip verbundenen Wertungen sollten «direkt durch die Legislative vorgenommen» werden (S. 231).

Die *Grundrechte* bilden «für sämtliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit die immer sichtbare Leitlinie» (S. 267). Nach einer Einleitung zu grundrechtlichen Abwehr- und Schutzansprüchen werden einzelne Grundrechte jeweils kurz mit ihren Schutzbereichen umschrieben und für die sicherheitsrechtliche Praxis mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) konkretisiert. Beim *Rechtsschutz gegen sicherheitspolizeiliche Realakte* bestehen Lücken in der kantonalen Gesetzgebung (S. 272). Hinzu tritt die Problematik, «[...] dass gegen unterschiedliche sicherheitspolizeiliche Massnahmen im gleichen Kanton teilweise unterschiedliche Rechtswege vorgesehen sind» (S. 274). Die

Autorin tritt für eine Vereinheitlichung der Rechtsmittel ein.

Der dritte Teil der Arbeit geht ausführlich und auf erfrischende Art auf die *Staatshaftung* ein. «Aufgrund der unterschiedlichen anwendbaren Haftungsgrundlagen, den verschiedenen sicherheitspolizeilichen Akteuren auf mehreren föderativen Ebenen und deren vielgestaltigen Positionen präsentiert sich das Haftungssystem für sicherheitspolizeiliche Realakte auf den ersten Blick als sehr kompliziert» (S. 302). So können die *zivilrechtlichen Kausalhaftungen* für die Polizei als Eigentümerin von Diensthunden (Tierhalterhaftung, Art. 56 OR), als Eigentümerin eines Polizeipostens (Grundeigentümerhaftung, Art. 679 Abs. 1 ZGB) oder bei der Errichtung von Absperrungen oder Barrikaden (Werkeigentümerhaftung, Art. 58 OR) infrage kommen. *Gefährdungshaftungen* können im Strassenverkehr (Motorfahrzeughalterhaftung) oder im Luftverkehr (Haftung nach dem Luftfahrtgesetz) greifen; hingegen richtet sich die Haftung der Polizei bei Schäden aus dem Betrieb von Schiffen nach dem jeweiligen Verantwortlichkeitsgesetz (S. 341 f.). Gesondert behandelt werden die Gefährdungshaftung für besonders gefährliche militärische Tätigkeiten und eine Kausalhaftung für andere dienstliche Tätigkeiten der Armee (S. 352 ff.). Spannend sind die Überlegungen zur Haftung bei der *Verwendung von Feuerwaffen*: Die Autorin spricht sich für eine Anwendung des Sprengstoffgesetzes (SprstG; SR 941.41) aus. Dazu dehnt sie den Begriff des Betriebs gemäss SprstG auf die jeweiligen Sicherheitsbehörden aus. Die Haftungsnorm von Art. 27 Abs. 1 SprstG würde auch Schiesspulver – und damit den Einsatz von Feuerwaffen – erfassen (S. 347 f.). Offen bleibt, welche Bedeutung Art. 1 Abs. 3 SprstG dann noch hätte («Schiesspulver, das

als Treibladung für Munition von Feuerwaffen verwendet wird, unterliegt den Bestimmungen der Waffengesetzgebung»).

Die kantonalen Polizeigesetze enthalten meist keine Haftungsbestimmungen (S. 376). Daher erstellt die Autorin einen Überblick über die *Haftungsgrundlagen des kantonalen öffentlichen Rechts* und geht auf die jeweiligen Besonderheiten ein (363 ff.). Weil der Begriff des hoheitlichen Handelns «keineswegs eindeutig» ist (S. 384), plädiert sie dafür, zur Abgrenzung zwischen öffentlichem und Privatrecht auf eine amtliche Tätigkeit abzustellen; damit wäre die Funktionstheorie für Haftungsfragen «wohl massgebend» (S. 385).

Die Autorin lehnt ein Abstellen auf die objektive *Widerrechtlichkeitstheorie* für das öffentliche Haftungsrecht ab. Zudem erweise sich «das zweistufige Verfahren, zuerst eine Schädigung per se als widerrechtlich zu betrachten und anschliessend mittels Prüfung von Rechtfertigungsgründen nach Auswegen zu suchen, als unbefriedigend. Generell hat die Annäherung an die privatrechtliche Konzeption mit der Unterscheidung in Erfolgs- und Verhaltensunrecht für die staatshaftungsrechtliche Gerichtspraxis in erster Linie Schwierigkeiten mit sich gebracht» (S. 402).

Dem Legalitätsprinzip folgend ist im öffentlichen Recht das *Handlungsunrecht* in den Vordergrund zu stellen. «Im Schadenfall kann das Verhalten des Staates demnach anhand einer konkreten Bestimmung überprüft werden, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip im Vordergrund stehen dürfte, oder aber – bei keiner oder nicht ausreichender Regelung – der Geschädigte sich auf eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips berufen [wird]» (S. 403). Dies wird im Anschluss vertieft – teilweise auch relati-

viert. Zentrales Element bei *Handlungen* des Staates sind Normverstösse: «In Frage kommen primär ausdrückliche, geschriebene Normen, die kleine sowie Polizeiliche Generalklausel und die Grundrechte» (S. 411). Bei *Unterlassungen* haftet der Staat, wenn er eine Garantienstellung hat, um Gefahren für polizeiliche Schutzgüter abzuwehren (S. 417). Eine über grundrechtliche Schutzpflichten begründete Haftung wird nur zurückhaltend bejaht, «[...] wenn eine schwere Verletzung fundamentaler Rechtsgüter droht, die vergleichbar oder gar höher zu gewichten sind als die diejenigen, welche durch Schutzmassnahmen verletzt würden» (S. 421).

Polizeirechtliche Arbeiten sind stets von Abgrenzungen auf mehreren Ebenen geprägt. Die Herausforderung besteht in einer begrifflichen, zuweilen auch dogmatischen, föderalistischen und natürlich im engeren Sinne inhaltlichen Fokussierung. Eine vertiefte Behandlung von polizeilichen Dienst- und Einsatzbefehlen aus verwaltungsrechtlicher Sicht hätte die vorliegende Arbeit sinnvoll ergänzt. Das Werk richtet sich aber längst nicht bloss an eine polizeirechtlich affine, sondern insbesondere auch an eine am Staatshaftungsrecht interessierte Leserschaft. Das als beste Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern (2017) und mit dem Professor Walther Hug Preis (2018) ausgezeichnete Werk ist gut verständlich geschrieben und dokumentiert. Im Stichwortverzeichnis empfiehlt es sich teilweise, die Zielseiten um eine Seite aufzurechnen.

Dr. iur. *Reto Müller*, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität Basel und an der ETH Zürich