

STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT AUF VIER EBENEN

Festschrift für Tobias Jaag

STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT AUF VIER EBENEN

Festschrift für Tobias Jaag

Herausgegeben von:

Markus Rüssli

Julia Hänni

Reto Häggi Furrer

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6608-2

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
Zum Geleit	VII

Allgemeines Staats- und Verwaltungsrecht

ALAIN GRIFFEL

Dynamik und Stillstand im Verwaltungsrecht	3
--	---

PETER KARLEN

Abschied vom Allgemeinen Verwaltungsrecht?

Gedanken zu einer Neuorientierung der Verwaltungsrechtslehre	15
--	----

DANIEL MOECKLI / ANDREA TÖNDURY

Vom Störerbild zum Störerprinzip – und zurück?	25
--	----

PIERRE MOOR

«La nullité doit être constatée en tout temps et par toute autorité»	41
--	----

MARKUS MÜLLER

Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens	57
--	----

BERNHARD RÜTSCHKE

Was sind öffentliche Rechte und Pflichten?

Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung	69
--	----

DANIEL THÜRER / DANIEL STADELMANN

Federalism – Beyond the (Nation)State	81
---	----

FELIX UHLMANN

Ein Professor geht – Gedanken über den Begriff des Verwaltungs-

vermögens	87
-----------------	----

Kommunale Ebene

THEO LORETAN / PETER SAILE

Amtszeitbeschränkung für Zürcher Gemeindeexekutiven 103

AUGUST MÄCHLER

Ersatzvornahme für die Rechtssetzung der Gemeinden 115

MARKUS RÜSSLI

**Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden des Kantons Zürich und
zwischen dem Kanton und den Gemeinden** 129

BENJAMIN SCHINDLER

**Die Gemeindeautonomie als Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz
Ästhetikvorschriften als Reservate kommunaler Willkür?** 145

Kantonale Ebene

GIOVANNI BIAGGINI

**Über Rollenfragen und Departementalisierungsgefahren in der inter-
kantonalen Zusammenarbeit** 159

MARCEL BOLZ

**Natürliche und direkte Quoren bei der Wahl des aargauischen Grossen
Rates** 167

BERNHARD EHRENZELLER / UELI KIESER / RAFAEL BRÄGGER

**Kantonale Spitalplanung – eine kompetenzrechtliche Knacknuss mit
Beispielcharakter**
Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Überlegungen 179

THOMAS GÄCHTER

Medizinischer Notfalldienst
Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe? 195

FELIX HELG

Kognition bei der Überprüfung von Prüfungsentscheiden
Anmerkungen zur Praxis im Kanton Zürich 209

ARNOLD MARTI

Die Bauaussteckung – bewährte Rechtsschutz eigenheit des Schweizer Bau- und Planungsrechts 219

MARKUS NOTTER

«Eine Initiative ist gültig, wenn ...»

Zur Praxis der Prüfung von Initiativen und Gegenvorschlägen von Stimmberechtigten auf ihre Gültigkeit nach zürcherischem Verfassungsrecht 233

PAUL RICHLI

Fragwürdige Verrechtlichungen im Bildungswesen 247

MARTIN RÖHL

Staatlicher und landeskirchlicher Rechtsschutz im Kanton Zürich 261

PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN

Hirndoping im Hörsaal

Warum das Neuro Enhancement Eingang in die Diskussion über die Integrität in der Wissenschaft finden muss 275

CHRISTIAN SCHUHMACHER

Erscheinungsweisen und Kritik des Verwaltungsstrafrechts des Kantons Zürich 289

RAINER J. SCHWEIZER

Bürgerpflichten im Recht der Kantone 301

ADRIAN STRÜTT

Zur Entwicklung des Kündigungsschutzes im Zürcher Personalrecht 321

THIERRY TANQUEREL

L'interdiction du double non en cas de vote populaire sur une alternative respecte-t-elle la liberté de vote? 339

HANS RUDOLF TRÜEB

GUSTAVO und andere Wege zum Wettbewerb

Die kantonalen Gebäudeversicherungen zwischen Staat und Markt 355

STEFAN VOGEL

Landanlagekonzessionen im Kanton Zürich 369

Bundesebene

ANDREAS AUER

Les cantons comme piliers de la Confédération suisse 383

ISABELLE HÄNER

Transportvertrag

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Zivilrechtskleid 401

JULIA HÄNNI

Grundzüge des Schweizerischen Entwicklungsverwaltungsrechts 415

PETER HÄNNI

Staatshaftung bei unterlassener Wahrnehmung von Schutzpflichten

Grundsatzfragen und Rechtsprechung im Bereich von Menschenrechten 429

MARTIN KAYSER

Verwaltungsgerichte und Politik

Der lange Abschied von den *actes de gouvernement* 443

REGINA KIENER

Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz 459

VINCENT MARTENET

**L'Assemblée fédérale et les parlements cantonaux face aux ordonnances
gouvernementales** 475

GEORG MÜLLER

**Das Kostendeckungsprinzip als Kriterium für die Bemessung der
Flughafengebühren** 489

TOMAS POLEDNA

Die Staatsgarantie zwischen Recht und Politik 503

PIERRE TSCHANNEN

**Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm
der Bundesverwaltung?** 517

BERNHARD WALDMANN

«Bundesrecht bricht kantonales Recht». Eine Formel mit Fragezeichen 533

STEFAN WEHRENBURG

**Rechtsschutz im Submissionsrecht – ein Plädoyer für die Einführung von
Behandlungsfristen** 549

ROGER ZÄCH / RETO A. HEIZMANN

**Die Anordnung von Entflechtungen im schweizerischen Kartellrecht –
ein Überblick** 565

Europäische Ebene

HEINZ AEMISEGGER

Probleme bei der Umsetzung der EMRK durch die Schweiz 581

ASTRID EPINEY

**Zu den Anforderungen des EU-Rechts und der Aarhus-Konvention an
den gerichtlichen Zugang für Umweltverbände**
Zum Urteil des EuGH in der Rs. C-115/09 und seinen Implikationen für das
schweizerische Umweltrecht 599

RETO HÄGGI FURRER / LAURA BUCHER

Das Zwangsgeld der Europäischen Union
Ein Instrument für das schweizerische Verwaltungsrecht? 611

CHRISTINE KAUFMANN

Helvetia schützt (vor) Strassburg?
Gedanken zum Verhältnis von EGMR und Demokratie 623

ANDREAS KELLERHALS

Wer sagt denn da, die EU sei nicht demokratisch? 639

ANDREAS KLEY / ALEXANDER SCHAER

«Europas Schicksal wird letzten Endes auch unser Schicksal sein»
Der Europatag und die Europatagsreden der Schweizer Bundesräte 651

GIORGIO MALINVERNI

**Les enjeux de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention
européenne des droits de l'homme** 667

MATTHIAS OESCH	
Die Keck-Formel des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht	677
MARKUS SCHOTT	
Die Bedeutung der direkten Demokratie im Verhältnis Schweiz – EU	693
MADELEINE SIMONEK	
Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht: Besonderheiten der Rechtfertigungsprüfung im Verhältnis zur Schweiz	709
CHRISTA TOBLER	
Rechtsakte mit Verordnungscharakter im EU-Nichtigkeitsverfahren und ihre Bedeutung für bilateralrechtliche Fälle Oder: «Eine Tafel für Tobias»	723
ANDREAS VÖGELI	
Die Scheinselbständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit	741
ROLF H. WEBER	
Grundstrukturen des europäischen Verkehrsrechts	757
Verzeichnis der Schriften von Tobias Jaag	773
Autorenverzeichnis	785

Vom Störerbild zum Störerprinzip – und zurück?

DANIEL MOECKLI / ANDREA TÖNDURY

Inhaltsübersicht

I.	Das Störerprinzip heute und gestern	25
1.	Bedeutung des Störerprinzips heute	25
2.	Gestern: Die Heilsarmee als Störerin?	27
II.	Geschichtliche Herkunft	28
1.	Störungen der alten «guten Policey»	28
2.	Frankreich: Erste Begrenzungen der Polizeigewalt	29
3.	Deutschland: Systematisierung der Grenzen der Polizeigewalt	30
III.	Vom Bild zum (schweizerischen) Prinzip	35
IV.	Heutige Funktion: Prinzip oder Bild?	36

I. Das Störerprinzip heute und gestern

1. Bedeutung des Störerprinzips heute

Das Störerprinzip ist ein zentraler Grundsatz des schweizerischen Polizeirechts. Er besagt, dass sich polizeiliches Handeln nur gegen den Störer, nicht aber gegen unbeteiligte Dritte richten darf¹. Die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz wiederholt bestätigt und seinen Gehalt in langjähriger Praxis entwickelt². Das Bundesgericht hat denn auch schon von einem eigentlichen «Störerrecht» gesprochen³. Auch in der Literatur ist das Störerprinzip allgemein anerkannt⁴. Dabei sind zwei Hauptkategorien von Störern entwickelt worden:

- *Verhaltensstörer* ist, wer durch sein eigenes Verhalten (oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgte Verhalten Dritter) unmittelbar die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet.

1 Statt vieler: THÜRER DANIEL, Das Störerprinzip im Polizeirecht, ZSR 102/1983, S. 463 ff., 463; TSCHAN-NEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 56 Rz. 28; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 2488. Zum Zusammenhang von Störerprinzip und Verursacherprinzip vgl. GRIF-FEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, Rz. 222 ff.

2 Vgl. etwa BGE 122 II 65 E. 6a; 107 Ia 19 E. 2a, je mit weiteren Hinweisen.

3 BGE 127 I 60 E. 5c.

4 Vgl. etwa MATHYS HANS, Zum Begriff des Störers im Polizeirecht, Diss., Zürich 1974; THÜRER (Anm. 1).

- *Zustandsstörer* ist, wer die Herrschaft über eine Sache hat, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet.⁵

Ob auch der *Zweckveranlasser*, also derjenige, der durch sein Verhalten bewirkt oder bewusst in Kauf nimmt, dass ein Dritter die Polizeigüter stört oder gefährdet, als Störer zu qualifizieren sei, ist umstritten⁶.

Schliesslich ist der Grundsatz, wonach die Polizei gegen den Störer vorgehen muss, in den letzten Jahren in den meisten kantonalen Polizeigesetzen verankert worden, so z.B. im Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007:

§ 18. Vorgehen gegen Störer

¹ Das polizeiliche Handeln richtet sich in erster Linie gegen die Person, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar stört oder gefährdet oder die für das entsprechende Verhalten einer dritten Person verantwortlich ist.

² Geht eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unmittelbar von einem Tier oder einem Gegenstand aus, richtet sich das polizeiliche Handeln gegen das Tier oder den Gegenstand sowie gegen die Person, welche die Herrschaft über das Tier oder den Gegenstand ausübt.

In der Polizeigesetzgebung mehrerer Kantone wird dieses Erfordernis ausdrücklich als «Störerprinzip» bezeichnet⁷.

Dass sich polizeiliche Massnahmen gegen den Störer richten müssen, ist eine «traditionsreiche (...) Maxime»⁸. Das Bundesgericht bezeichnet das Störerprinzip als «all-

5 Vgl. etwa REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht: Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Diss., Bern 1993, S. 184 ff.; SAUER BARBARA, Das Recht der Vollzugspolizeien von Bund und Kantonen in der Schweiz: Eine vergleichende Untersuchung aus der Perspektive der bundesdeutschen Polizeirechtsordnung, Würzburg 2007, S. 217 ff.; JAAG TOBIAS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Zürich 2005, Rz. 3822; SCHWEGLER IVO, Polizeirecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 259; MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 715 ff. Vgl. auch BGE 122 II 65 E. 6a.

6 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2498 ff.; THÜRER (Anm. 1), S. 478; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Anm. 1), § 56 Rz. 34.

7 § 26 Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz) des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2005; Art. 9 Polizeigesetz des Kantons Uri vom 30. November 2008; § 17 Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 28. November 1996; § 10 Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (Polizeigesetz) vom 13. November 1996; § 6 Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Luzern vom 27. Januar 1998; Art. 8 Polizeigesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 13. Mai 2002; § 6 Verordnung über die Kantonspolizei (Polizeiverordnung) des Kantons Schwyz vom 22. März 2000.

8 BIAGGINI GIOVANNI, Die polizeiliche Generalklausel: ein verkanntes Rechtsinstitut – Bemerkungen aus Anlass des Urteils des Bundesgerichts vom 15. Juli 2011 in Sachen FINMA/UBS [2C_127/2010], ZBl 113/2012, S. 35 ff., 36.

gemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz»⁹, die Lehre räumt ihm Verfassungsrang ein¹⁰. Woher aber stammt dieses Prinzip?

2. Gestern: Die Heilsarmee als Störerin?

Das Urteil des Bundesgerichts im Fall *SCHAAFF* aus dem Jahr 1886 wird häufig als erster Anwendungsfall des Störerprinzips angeführt¹¹. Am 12. August 1885 untersagte der Regierungsrat des Kantons Zürich öffentliche Versammlungen der Heilsarmee, denn solche hätten «überall, wo sie bisher stattgefunden haben, insbesondere auch in der Westschweiz zu Unruhen Veranlassung gegeben»¹². In dem Verhalten der Heilsarmisten werde eine Verhöhnung der christlichen Religion gesehen¹³, sodass «trotz des sonst sehr ruhigen und toleranten Charakters der zürcherischen Bevölkerung» ohne ein Verbot «ernstliche Ruhestörungen unvermeidlich gewesen wären»¹⁴. Die Heilsarmee reichte Rekurs beim Bundesgericht ein und erhielt Recht. Das Bundesgericht entschied, das Verbot verletze die von der zürcherischen Kantonsverfassung garantierte Vereins- und Versammlungsfreiheit. Die öffentliche Ordnung sei nicht durch die Versammlungen der Heilsarmee an sich gestört worden: «Vielmehr gingen die Störungen der öffentlichen Ordnung unzweifelhaft von Dritten [sic] Personen aus, welche die Versammlungen der Heilsarmee störten. Die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes darf nun aber gewiss nicht deshalb beschränkt oder aufgehoben werden, weil Dritte dessen berechnete Ausübung zum Anlass der Begehung rechtswidriger Handlungen machen.»¹⁵

Wie in der Schweiz stand die Polizei zu jener Zeit in vielen anderen europäischen Ländern dem Problem gegenüber, dass Versammlungen der Heilsarmee zu Volksaufläufen und Ausschreitungen führten. Im Vereinigten Königreich z.B., wo die Heilsarmee gegründet worden war, erliessen die Behörden der Ortschaft Weston-super-Mare bereits im Jahr 1882 in Folge von Auseinandersetzungen zwischen Heilsarmisten und ihren Gegnern ein Verbot öffentlicher Versammlungen. Auf Beschwerde der Heilsarmee hin entschied der Divisional Court, dass die Polizei dieser nicht untersagen durfte, Versammlungen durchzuführen. Denn die Störungen des öffentlichen Friedens seien nicht von ihr, sondern den Gegendemonstranten ausgegangen¹⁶. Das preussi-

9 BGE 90 I 1 E. 1a; 94 I 403 E. 4. Der Begriff «Störerprinzip» findet sich soweit ersichtlich nur in zwei veröffentlichten Entscheiden: BGE 121 II 378 E. 17b und BGE 136 I E. 4.4.3.

10 Vgl. etwa MATHYS (Anm. 4), S. 47; TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève 2011, Rz. 561.

11 Vgl. etwa MATHYS (Anm. 4), S. 38 f.

12 BGE 12 93, S. 95 f. Vgl. auch HUBER MARTIN, *Als die Heilsarmee verboten wurde*, Tages-Anzeiger, 13. März 2010, S. 22.

13 BGE 12 93, S. 96.

14 BGE 12 93, S. 101.

15 BGE 12 93, S. 108 f.

16 *Beatty v. Gillbanks*, (1882) 9 QBD 308.

sche Oberverwaltungsgericht kam 1896 zu einem ähnlichen Schluss. Versammlungen der Heilsarmee, hielt das Gericht fest, dürften nicht allein aus dem Grund verboten werden, dass sie zu Ansammlungen des Publikums und damit zu Verkehrs- und Ruhestörungen führen. Vielmehr müsse die Polizei gegen das die Störungen verursachende Publikum vorgehen¹⁷.

Mit einem ähnlichen Problem konfrontiert, kamen verschiedene Gerichte in Europa also zum gleichen – einleuchtenden – Resultat. Doch nur in der Schweiz wird das betreffende Urteil heute ausdrücklich als erster Anwendungsfall eines eigentlichen Prinzips charakterisiert. In Deutschland und Österreich ist der Grundsatz, wonach sich polizeiliches Handeln gegen die Störer der öffentlichen Ordnung und Sicherheit richten soll, dem Inhalt nach zwar ebenfalls anerkannt. Allerdings findet der Begriff «Störerprinzip» dort kaum Verwendung. Vielmehr werden die entsprechenden Fragen unter dem Titel «polizeirechtliche Verantwortlichkeit»¹⁸ bzw. «Polizeipflichtigkeit»¹⁹ behandelt. Ausserhalb des deutschen Rechtskreises kommt man offenbar gänzlich ohne die explizite Anerkennung eines solchen Grundsatzes aus²⁰. Dies wirft die Frage auf, wie das Störerprinzip in der schweizerischen Rechtsordnung die Bedeutung erlangen konnte, die ihm heute zukommt und welche Funktion es überhaupt erfüllen soll.

II. Geschichtliche Herkunft

1. Störungen der alten «guten Policey»

Im Europa der frühen Neuzeit herrschte ein sehr weiter Begriff der Polizei vor: Die sogenannte «gute Policey» bzw. «bonne police» schützte nichts weniger als die «gute Ordnung» des Gemeinwesens, der gesamte Alltag der Menschen wurde durch sie normiert²¹. Wer diese gute Ordnung verletzte, war ein Störer der öffentlichen Ruhe (*perturbateur du repos public*) und musste mit policeylicher Verfolgung und Bestrafung rechnen. Im 16. Jahrhundert bildeten sich zunächst in Paris staatliche Organe heraus, welche mit der Feststellung policeylicher Verstösse betraut wurden, im 18. Jahrhundert entstanden derartige Organe auch im Alten Reich²². Diese Policeyorgane wurden

17 Urteil des preussischen Oberverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 1896, PrOVGE 31, 409, S. 411.

18 Vgl. etwa GUSY CHRISTOPH, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2011, S. 192 ff.; WIEDERIN EWALD, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht, Wien 1998, S. 81 ff.

19 PIEROTH BODO/SCHLINK BERNHARD/KNIESEL MICHAEL, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., München, 2010, S. 130 ff.

20 THÜRER (Anm. 1), S. 464.

21 ISELI ANDREA, Gute Policey. Öffentliche Ordnung in der frühen Neuzeit, Stuttgart 2009, S. 32 ff. Vgl. dazu auch ZIMMERMANN GUSTAV, Die deutsche Polizei im neunzehnten Jahrhundert, Band 1, Hannover 1845, S. 81 ff.

22 ZIMMERMANN GUSTAV, Wesen, Geschichte, Literatur, charakteristische Thätigkeiten und Organisation der modernen Polizei: Ein Leitfaden für Polizisten und Juristen, Hannover 1852, S. 22 ff.

gegenüber allen Formen möglicher Verletzung der guten Ordnung eingesetzt, seien diese nach heutigem Verständnis krimineller oder in anderer Weise störender Natur. Das Vorgehen dieser Organe war dabei in Frankreich durch zum Teil «brutale Mittel der Gewalt (...), durch den Besitz von unmässigen Rechten und der Freiheit von der richterlichen Controlle» gekennzeichnet²³.

2. Frankreich: Erste Begrenzungen der Polizeigewalt

Montesquieu, der gemässigte Aufklärer, kritisierte in seinem Werk «De l'esprit des lois» von 1748, dass alle Störungen der öffentlichen Ordnung über einen Leist geschlagen wurden. Er hielt fest, der Magistrat greife im Rahmen der Polizei kraft seiner Autorität und weniger gestützt auf das Gesetz ein. Es gehe nicht um Kriminelle, welche bestraft werden müssten, sondern um eine bloss Korrektur. Die betreffenden Personen müssten nur angehalten werden, künftig nach den Regeln der Gesellschaft zu leben. Polizeiangelegenheiten seien «des choses de chaque instant», bei denen es üblicherweise um wenig gehe, weshalb keine grossen Formalitäten einzuhalten, aber auch keine grossen Strafen auszusprechen seien²⁴. Montesquieu versuchte also, polizeiliches Handeln darauf zu beschränken, nicht-kriminelle Störer mit verhältnismässig milden Mitteln zur Beachtung der öffentlichen Ordnung anzuhalten.

Dieses Polizeiverständnis von Montesquieu beeinflusste in der Folge die wichtigsten Exponenten der frühen deutschen Policeyliteratur²⁵. Das Gedankengut der Aufklärung – insbesondere auch dasjenige von Montesquieu – war ausserdem für die Französische Menschenrechtserklärung von 1789 wegweisend, in welcher grosses Gewicht auf die Freiheitssphäre des Individuums gelegt und u.a. festgehalten wurde: «La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société.»²⁶ Das aufklärerisch-revolutionäre Denken spiegelte sich sodann in der napoleonischen Gerichtsverfassung und sogar in der «Charte Constitutionelle» von 1814 wider, was zu weiteren Einschränkungen der vormals umfassenden policeylichen Tätigkeit führte: Den alten Policeyorganen wurden die früheren Gewaltmittel gänzlich entzogen und polizeiliches Handeln wurde einer gerichtlichen Kontrolle unterstellt²⁷. Aufgrund der praktischen Ausrichtung des französischen Polizeirechts wurden diese Neuerungen

23 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 25.

24 MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARON DE (LA BRÈDE ET ...), *De l'esprit des loix*, Genève 1748, Buch 26, Kap. XXIV.

25 So etwa Johann Heinrich Gottlob von Justi oder Günther Heinrich von Berg. Vgl. TÖNDURY ANDREA/ ABO YOUSSEF OMAR, *Polizeiliche Schutzgüter im Wandel*, in: Omar Abo Youssef/Andrea Töndury (Hrsg.), *Der Schutz polizeilicher Güter – Entwicklungen und Spannungsfelder*, Zürich 2011, S. 7 ff., 11 ff.

26 Article V.

27 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 26 ff. Vgl. auch ZIMMERMANN GUSTAV, *Die deutsche Polizei im neunzehnten Jahrhundert*, Band 3, Hannover 1849, S. 1217.

allerdings nicht rechtswissenschaftlich mittels einer Entwicklung von übergeordneten Grundsätzen und Prinzipien systematisiert²⁸.

3. Deutschland: Systematisierung der Grenzen der Polizeigewalt

Im Deutschen Reich wirkte die althergebrachte *Policey* im Sinne einer «Niederhaltungspolizei»²⁹ mehrere Jahrzehnte länger weiter als in Frankreich. Dies lag u.a. an der Ausrichtung der sogenannten *Policey*wissenschaft, welche sich mehrheitlich gegen eine Modernisierung bzw. eine Reduzierung ihres umfangreichen Aufgabengebietes aussprach. So propagierte etwa noch Robert von Mohl, dessen Werke zur Polizeiwissenschaft ab 1832 in Deutschland die «meiste Billigung und allgemeinste Verbreitung» gefunden hatten³⁰, nicht etwa die Abkehr vom alten wohlfahrtsorientierten *Policey*staat, sondern dessen Verbindung mit einem (materiellen) Rechtsstaat. Diesem auferlegte von Mohl zwar gewisse Beschränkungen, da es «im Wesen des Rechtsstaates» liege, «seine Zwecke mit der möglichst geringen Beschränkung der Bürger zu erreichen»³¹. Der von Mohl'sche Staat erscheint aber aus heutiger Betrachtung noch immer als «*policeylich*», weil er alle Bereiche des Lebens und insbesondere «die Erreichung positiver Vorteile»³² umfasste³³. Das Verdienst der wissenschaftlichen Erarbeitung der Grenzen polizeilicher Gewalt kommt nicht Robert von Mohl, sondern v.a. seinem heute kaum mehr beachteten Konkurrenten und Polizeipraktiker Gustav Zimmermann zu³⁴.

Zimmermann untersuchte die Polizei aus einem praktischen Blickwinkel. In seinen Werken ab 1845 wollte er dem theoretischen Modell der deutschen *Policey*wissenschaften, welches er für unfruchtbar erachtete, ein pragmatisches Modell der modernen Polizeiorganisation entgegensetzen³⁵. Die *policey*wissenschaftlichen Staats-

28 Stattdessen wurde v.a. mit Fallsammlungen operiert. Vgl. etwa DUVERGIER JEAN-BAPTISTE, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'état*, Paris ab 1824.

29 BERGMANN LUTZ, *Der Begriff des Störers nach deutschem und schweizerischem Polizeirecht*, Diss., Basel 1967, S. 8 f.

30 SCHÄFFLE ALBERT, *Die Stellung der politischen Verwaltung im Staatsorganismus aus dem Gesichtspunkt technisch zweckmässiger Arbeitsteilung*, Ein Beitrag zur Theorie der Polizei, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 27. Jahrgang, 2. Heft, Tübingen 1871, S. 181 ff., 207.

31 MOHL ROBERT VON, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Band 3, *System der Präventiv-Justiz oder Rechtspolizei*, Tübingen 1866, S. 87.

32 MOHL ROBERT VON, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1. Band, Tübingen 1832, S. 10 ff. Fn. 3.

33 Vgl. MATSUMOTO NAOKO, *Polizeibegriff im Umbruch. Staatszwecklehre und Gewaltenteilungspraxis in der Reichs- und Rheinbundpublizistik*, Frankfurt a.M. 1999, S. 219.

34 Vgl. zu den Werken der beiden Autoren etwa BRATER A., *Die neueren Bearbeitungen der Polizeiwissenschaft*, in: Ludwig Arndts/Johann Caspar Bluntschli/Joseph Pözl (Hrsg.), *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 5. Band, München 1857, S. 69 ff.

35 Vgl. für die Schweiz SCHOLLENBERGER, *der eine Unterscheidung der polizeilichen Tätigkeiten nach dem Zweck ebenfalls für «nur doktrinär» hielt, welche «keine praktische Folge» bezüglich des Polizeiorganis-*

zwecktheorien wies er dementsprechend als «Definitionssalbaderei»³⁶ ohne Nutzen für die Praxis zurück. Zimmermann propagierte für Deutschland eine «moderne Polizei» nach französischem Vorbild³⁷. Es würde sich zwar in keinem französischen Werk eine Zusammenstellung der Prinzipien finden und nur hin und wieder stosse man auf einzelne Grundsätze und Maximen³⁸. Er habe aber das französische Modell zerlegt, «um die Principien und Bestandtheile zu finden, auf denen es ruht»³⁹. Durch Vergleichung sei nun «volles Licht und Gestalt über die Construction jenes grossartigen Wunderwerkes» gekommen⁴⁰.

Zimmermann beschäftigte sich in diesem Rahmen vertieft mit der Frage, wie die Polizei bei Störungen vorgehen sollte. Gewisse «gegenwärtige Uebelstände» musste die Polizei formlos behandeln⁴¹ bzw. die «gegenwärtige Störung oder Gefahr augenblicklich» beseitigen, unterdrücken oder dämpfen können⁴². Als Beispiele dafür nannte Zimmermann einerseits verschiedene Naturgefahren. Andererseits waren damit direkt durch den Menschen verursachte Störungen angesprochen, so «Auflauf, Tumult, Empörung, die plötzlich entstehen; Zänkereien, Thätlichkeiten in den Strassen oder auf öffentlichen Plätzen; Trunkenbolde, Schreier, Lärmer, wenn sie unmässig stören, oder öffentlichen Scandal erregen; Hemmungen in den Strassen oder in den Eingängen zu öffentlichen Verkehrsorten; unsittliche Handlungen, welche öffentliches Aergernis oder Anstoss geben»⁴³.

Gegen wen sollte die Polizei nun vorgehen und welche Mittel sollten ihr zur Verfügung stehen?

- Die Polizei könne entweder «ihre eigenen Kräfte in Bewegung setzen» und den Übelstand beseitigen, «z.B. durch Arretiren der Lärmenden, Trunkenbolde; durch Auseinanderjagen der Tumultuanten, Prügelnden»⁴⁴;
- oder die Polizei könne den «*Veranlassern der Störung*» den Stillstand der Ordnungswidrigkeit gebieten und die eigenen Kräfte nur bereithalten, um nötigen

mus habe. SCHOLLENBERGER JOHANN JACOB, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizerischen Kantone, III. Band, Das Verwaltungsrecht, Zürich 1899, S. 147.

36 ZIMMERMANN GUSTAV, Die deutsche Polizei im neunzehnten Jahrhundert, Band 1, Hannover 1845, S. 137.

37 Polizei in ihrem heutigen Sinne sei «eine französische Erfindung». ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 25 ff. Vgl. auch ZIMMERMANN III (Anm. 27), S. 672 ff., wonach die französische Polizeiorganisation einen «mächtigen Vorsprung vor der deutschen» aufweise.

38 ZIMMERMANN III (Anm. 27), S. 655.

39 ZIMMERMANN III (Anm. 27), S. 663.

40 ZIMMERMANN III (Anm. 27), S. 655.

41 ZIMMERMANN GUSTAV, Die deutsche Polizei im neunzehnten Jahrhundert, Band 2, Hannover 1845, S. 556 ff.

42 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 90.

43 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 92 f.

44 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 93.

falls den Gehorsam sofort zu erzwingen oder selbst den Missstand zu beseitigen⁴⁵. Wo nämlich «sich Störungen des ordnungsmässigen Zustandes zeigen, die keine schleunige und augenblickliche Abhülfe heischen, da genügt es, vorläufig den Veranlassern Thun, Unterlassen oder Wegnahme zu gebieten, insofern diese zur Erfüllung der polizeilichen Auflage verpflichtet sind»⁴⁶.

Nach Zimmermann konnte die Polizei bei Störungen (nur) gegen den «Betheiligten» vorgehen⁴⁷. Zugleich legte er grossen Wert auf die Verhältnismässigkeit polizeilichen Eingreifens. Wohl in Anlehnung an Montesquieu argumentierte er, dass polizeiliches Handeln «factisches Antlitz, den Charakter der Gewalt an sich trägt und keine besondere[n] Förmlichkeiten mit sich bringt»⁴⁸. Andererseits dürfe die Polizei den Begriff der Ordnungswidrigkeit bzw. Störung nicht willkürlich feststellen und die Mittel ihres Einsatzes nicht beliebig festsetzen. «Gesetz, Gebrauch, Vernunft und Zweckmässigkeit» müssten hier die notwendigen Grenzen setzen⁴⁹. Insbesondere «*Mass und Ziel*» seien bei solchen Gewalteinsetzungen zu beachten⁵⁰. Dementsprechend sollte die Polizei gegen Trunkenbolde, Schreier, Lärmer nur dann vorgehen, «wenn sie *unmässig* stören»⁵¹. Sodann dürfe nicht «eine Maschine von 100 Pferdekraft» aufgestellt werden, nur «um eine Mücke niederzuschlagen». Das polizeiliche Gebot oder Handeln dürfe auch keinesfalls den Charakter «einer Strafzufügung annehmen». Bei einfachen Widerhandlungen sei es «unerlaubt, starke und gewalthätige Massregeln gegen den Thäter anzuwenden, sonst dürfte der Polizeiofficiant dem Tabackkrauchenden die Hände binden, welcher trotzig fortraucht»⁵².

Zimmermann verband also die Voraussetzung, dass die Polizei sich nur gegen den (übermässigen) Störer halten darf, mit der Forderung nach der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingreifens. Diese Bedingungen polizeilichen Eingreifens vermittelte er in einer bilderreichen und lebhaften Sprache.

Gustav Zimmermann entfaltete als Politiker und Staatsrat in Hannover grossen politischen Einfluss⁵³, polizeiwissenschaftlich konnte er sich zunächst jedoch nicht durchsetzen, insbesondere weil seine Ansichten zu franzosenfreundlich waren und

45 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 93 (Hervorhebung durch die Verfasser).

46 ZIMMERMANN II (Anm. 41), S. 559.

47 Vgl. ZIMMERMANN II (Anm. 41), S. 560.

48 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 93 f.

49 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 94.

50 ZIMMERMANN II (Anm. 41), S. 561 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

51 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 92 f. (Hervorhebung durch die Verfasser).

52 ZIMMERMANN II (Anm. 41), S. 561.

53 POTEN BERNHARD VON, «Zimmermann, Gustav», in: Allgemeine Deutsche Biographie, hrsg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Band 45 (1900), S. 265 f., Digitale Volltext-Ausgabe in Wikisource (Version vom 1. April 2012).

er selbst zu preussenfeindlich war⁵⁴. Im Jahr 1871 wurde sein Werk über die Polizei indes wiederentdeckt mit den Worten, Zimmermann habe die «Ignorierung durch die Wissenschaft» nicht verdient⁵⁵. Der Einfluss seines Werkes machte sich in den folgenden Jahrzehnten verstärkt geltend⁵⁶. Für vorliegenden Zusammenhang ist von Interesse, dass Zimmermann insbesondere in seinem «Leitfaden» für die Praxis eine Vielzahl von Merkmalen einführte, die in der Folge den Inhalt des «Störerprinzips» prägten (vgl. dazu insbesondere hinten IV). Den genannten Begriff verwendete Zimmermann allerdings nie.

Einen ähnlichen Ansatz wie Gustav Zimmermann verfolgte einige Jahrzehnte später Otto Mayer, der sich – dann allerdings für das gesamte Verwaltungsrecht – vertieft mit dem französischen Recht auseinandersetzte und dieses in seiner «Theorie des französischen Verwaltungsrechts» von 1886 systematisierte⁵⁷. Mayer wollte wiedergeben, was «vielfach unausgesprochen» der Inhalt des französischen Verwaltungsrechts sei⁵⁸. Er bearbeitete ebenfalls das französische Polizeirecht⁵⁹. Grosses Gewicht legte er auf die «Machtgränzen des Polizeibefehls», welche sich aus den in der Menschenrechtserklärung von 1789 niedergelegten Freiheiten des Einzelnen ergeben würden⁶⁰. Mayers Ausführungen in seinem Werk über das französische Verwaltungsrecht enthalten indes wenig zur Frage des Vorgehens gegen Störer⁶¹. Erst in seinem 1895 erschienenen «Deutschen Verwaltungsrecht» zeichnete er vor, was heute als Inhalt des Störerprinzips gilt. Im Kapitel zu den «Grenzen der Polizeigewalt» hielt er fest, die Polizeigewalt müsse sich gegen jenes Rechtssubjekt richten, «von welchem die Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens ausgeht»⁶². Dabei gelte «die Störung als ausgehend von demjenigen, dessen Lebenskreise sie entspringt», ohne dass die Frage

54 Vgl. auch SCHÄFFLE (Anm. 30), S. 212. Zimmermann hatte «wegen anderer Schriften sehr viele Gegner» gefunden. Nach von Mohl z.B. waren die Werke «ohne sachlichen Inhalt oder auch nur eine Ahnung der wissenschaftlichen Aufgabe; niedrig in Auffassung, roh in der Form»; MOHL ROBERT VON, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, 3. Aufl., Tübingen 1866, S. 85. Zimmermann hatte gehaut, dass die «Franzosenfresser» einwenden könnten, es sei «undeutsch, sich auf Frankreich zu berufen». ZIMMERMANN III (Anm. 27), S. 735.

55 SCHÄFFLE (Anm. 30), S. 216 f. Vgl. aber immerhin AVÉ-LALLEMANT FRIEDRICH CHRISTIAN BENEDICT, Das deutsche Gaunerthum in seiner social-politischen, literarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande, Erster Theil, Leipzig 1858, S. 353 f.

56 Vgl. u.a. MÜLLER HEINRICH, Über Präventivpolizei, Diss., Zürich 1937, S. 23.

57 MAYER OTTO, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Nachdruck der Erstausgabe (Strassburg 1886), Goldbach 1998. Vgl. dazu KÖLZ ALFRED, Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts, in: Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat, Chur/Zürich 1998, S. 95 ff.

58 MAYER (Anm. 57), S. VIII. Ganz ähnlich wie bei Zimmermann hatte sich «vor den Augen Otto Mayers» beim Studium der französischen Literatur und Praxis «ein glänzendes und geschlossenes System aufgebaut», welches er «den Juristen des Reichslandes nahezubringen» beschloss. FLEINER FRITZ, Otto Mayer, in: Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 351 ff., 351.

59 Vgl. MAYER (Anm. 57), S. 161 ff.

60 MAYER (Anm. 57), S. 174 f.

61 Vgl. insbesondere MAYER (Anm. 57), S. 192 f.

62 MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Leipzig 1895, S. 265.

des Verschuldens relevant wäre⁶³. Niemand hafte für eine Polizeiwidrigkeit, die nicht auf ihn zurückzuführen ist: Der Einzelne kann «nicht polizeilich verantwortlich gemacht und in seiner Freiheit beschränkt werden wegen Störungen, welche von einem fremden Lebenskreise ausgehen»⁶⁴. Den Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit betonend forderte er, die Abwehr der Polizeigewalt könne den Pflichtigen «nur erfassen *soweit*, als Störung von ihm ausgeht»⁶⁵. «Die naturrechtliche Grundlage» fordere die Verhältnismässigkeit der Abwehr und bestimme das Mass der polizeilichen Kraftentwicklung⁶⁶. Die Polizei dürfe «nicht mit der Störung unnötigerweise zugleich das Zulässige, noch in der gesellschaftlichen Freiheit Liegende unterdrücken und so das Unkraut mit dem Weizen ausraufen»⁶⁷. In seinem Deutschen Verwaltungsrecht kommt Mayer somit in Bezug auf das polizeiliche Vorgehen gegen Störer auf ein sehr ähnliches Ergebnis wie zuvor Zimmermann, und auch er verwendet zur Begründung sehr eingängige Bilder⁶⁸.

Ähnlich wurden die Grenzen polizeilichen Handelns Ende des 19. Jahrhunderts durch das 1875 gegründete Preussische Oberverwaltungsgericht definiert⁶⁹. Bereits 1884 entschied es, die Polizei habe zu Unrecht einer Sekte, die in einem Privathaus Erbauungstunden hielt, befohlen, die Fenster zu schliessen: Nicht gegen die Sekte, sondern die störenden Passanten hätte die Polizei vorgehen müssen⁷⁰. Diesen Grundsatz bestätigte das Gericht zwölf Jahre später im bereits erwähnten Urteil zur Heilsarmee. Danach wurde in der Rechtsprechung immer deutlicher hervorgehoben, dass sich die Polizei nur an Personen wenden darf, welche die Störung unmittelbar veranlasst haben⁷¹.

Dieses in Lehre und Rechtsprechung entwickelte Verständnis fand schliesslich seinen Niederschlag in der Polizeigesetzgebung. Das Preussische Polizeiverwaltungsgesetz von 1931, das als Vorbild für die Regelung in den meisten deutschen Ländern diente, bestimmte in Abschnitt V die «polizeipflichtigen Personen». Dabei statuierte § 18 den Grundsatz, wonach die Polizei die Massnahmen, die durch das polizeiwidrige Verhalten von Personen oder den polizeiwidrigen Zustand von Sachen erforderlich werden, gegen diejenigen zu richten hat, die dafür verantwortlich sind. § 19 Abs. 1 präziserte:

63 MAYER (Anm. 62), S. 265.

64 MAYER (Anm. 62), S. 265.

65 MAYER (Anm. 62), S. 267 (Hervorhebung im Original).

66 MAYER (Anm. 62), S. 267.

67 MAYER (Anm. 62), S. 267.

68 Mayer zitiert Zimmermann nicht, weshalb es in das Reich der Spekulation gehört, ob er dessen Werk gelesen hatte.

69 Die Frage muss offenbleiben, ob das Preussische Oberverwaltungsgericht die Schriften Zimmermanns kannte; dessen polizeirechtswissenschaftliche Wiederentdeckung im Jahr 1871 in einer renommierten Zeitschrift würde jedoch dafür sprechen.

70 O.V.G. 11. Oktober 1884 (Entscheid XI S. 382).

71 NAAS STEFAN, Die Entstehung des Preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931, Tübingen 2003, S. 148.

«Wird die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch das Verhalten von Personen gestört oder gefährdet, so haben sich die Polizeibehörden an diejenigen Personen zu halten, die die Störung oder Gefahr verursacht haben.»

III. Vom Bild zum (schweizerischen) Prinzip

Wie weiter oben erläutert, kann in der Schweiz das Heilsarmee-Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1886 als erster praktischer Anwendungsfall des Grundsatzes bezeichnet werden, wonach die Polizei nur gegen den Störer vorzugehen hat, nicht aber gegen Dritte. In der Lehre umschrieb der zu jener Zeit noch in Deutschland lehrende Fritz Fleiner in seinem von Otto Mayer beeinflussten Werk «Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts» diesen Grundsatz als eine der «Schranken der Polizeigewalt»⁷².

Fleiner verwendete in seinem Werk den Begriff des Störers im Sinne eines eingängigen Bildes: Die Polizei habe sich an den «Störer» zu wenden, «nicht an denjenigen, der sich in gesetzmässiger Ausübung eines Rechtes befindet»⁷³. Dabei könne Störer nicht nur eine handelnde, sondern auch eine nicht-handelnde Person sein, «so z.B. der Eigentümer, der es unterlässt, den polizeiwidrigen Zustand seines Eigentums zu beseitigen»⁷⁴. Auch Fleiner betonte in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips. So dürfe nicht jede Ungehörigkeit wie etwa «das Tabakrauchen halbwüchsiger Burschen auf der öffentlichen Strasse» als Störung der öffentlichen Ordnung beurteilt werden⁷⁵. Die Polizei habe zudem nur «die nötigen Anstalten» zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu treffen, sie solle «nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen»⁷⁶. In seinem 1923 erschienenen «Schweizerischen Bundesstaatsrecht» wiederholte Fleiner im Kapitel zu den individuellen Freiheitsrechten diese Ausführungen: Das Eingreifen der Behörde müsse verhältnismässig sein und habe «sich gegen den Störer zu richten und nicht gegen denjenigen, der gesetzmässig seine Rechte ausübt»⁷⁷. In einer Fussnote merkte er an, gegen letzteren Grundsatz hätten sich «Bundes- und Kantonsbehörden bei der Behandlung der Heilsarmee sehr schwer vergangen»⁷⁸.

72 FLEINER FRITZ, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1911, S. 321.

73 FLEINER (Anm. 72), S. 322.

74 FLEINER (Anm. 72), S. 323.

75 FLEINER (Anm. 72), S. 322. Es sticht ins Auge, dass Zimmermann ein sehr ähnliches Beispiel des Tabakrauchenden verwendet hatte. ZIMMERMANN II (Anm. 41), S. 561, vorne II.3.

76 FLEINER (Anm. 72), S. 323 (Hervorhebung im Original).

77 FLEINER FRITZ, Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 321.

78 FLEINER (Anm. 77), S. 321 Fn. 11.

Der Einfluss der Werke Fleiners war in der Schweiz bis in die 1960er-Jahre erheblich⁷⁹. Es verwundert daher nicht, dass Lehre und Rechtsprechung seinen Begriff des Störers übernahmen. So hielt das Bundesgericht z.B. 1934 unter Berufung auf Mayer und Fleiner fest, dass Störer derjenige sei, dessen Lebenskreis eine Störung entspringe, ein Verschulden sei dabei nicht vorausgesetzt⁸⁰. Obschon das Bild des Störers durch Fleiner geprägt war, ist bei ihm aber nie die Rede von einem «Störerprinzip». Sogar noch in der rechtsvergleichenden Dissertation von Lutz Bergmann aus dem Jahr 1967 ist – bereits im Titel – vom Störerbegriff, nirgends aber von einem Prinzip die Rede⁸¹. Dies gilt auch für die Hinweise in Max Imbodens dritten Auflagen der Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von 1968 und 1969⁸².

In zwei in den 1960er Jahren ergangenen Urteilen sprach dann das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem polizeilichen Vorgehen gegen den Störer zum ersten Mal von einem «allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz»⁸³. Unter Bezugnahme auf das letztere dieser Urteile und auf die Dissertation von Bergmann wird in der Habilitationsschrift von Peter Saladin aus dem Jahr 1970 das Erfordernis des Vorgehens gegen den Störer schliesslich zum eigenständigen Prinzip erhoben⁸⁴. Eine Begründung dafür lieferte Saladin nicht. Dass er das Verhältnismässigkeits- und das Störerprinzip als separate Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe abhandelte, könnte darauf hindeuten, dass er damit auf die Gleichrangigkeit der beiden Voraussetzungen anspielen wollte⁸⁵.

IV. Heutige Funktion: Prinzip oder Bild?

Die Entwicklung des – allerdings erst später und vor allem in der Schweiz als solches bezeichneten – «Störerprinzips» ist als Teil der Bemühungen zu verstehen, polizeilichem Eingreifen in die Individualsphäre (engere) Grenzen zu setzen und damit die Freiheit der Bürger zu schützen. Dabei wurde der Grundsatz, wonach sich polizeiliches Handeln (nur) gegen den Störer zu richten hat, stets als eng mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip verflochten verstanden (vgl. vorne II.2 und II.3).

79 IMBODEN MAX, Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts, in: Staat und Recht, S. 367 ff., 371. Vgl. auch KÖLZ (Anm. 57), S. 109.

80 BGE 60 I 108 E. 3.

81 BERGMANN (Anm. 29).

82 IMBODEN MAX, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Grundfragen, Band II: Besondere Fragen, Organisation und Verfahren, 3. Aufl., Basel 1968/1969, Rz. 442 und 311.

83 BGE 90 I 1 E. 1a; 94 I 403 E. 4.

84 SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970, S. 355 f. und 359. Im Jahr 1973 spricht dann Urs Gueng im Zusammenhang mit der Störerauswahl ebenfalls vom *Störerprinzip*; GUENG URS, Zur Haftungskonkurrenz im Polizeirecht, ZBl 74/1973, S. 275 ff., S. 269.

85 SALADIN (Anm. 84), S. 355 ff.

Diese Zusammenhänge drohen aus dem Blick zu geraten, wenn – wie das heute der Fall ist – der Grundsatz als eigenständiges Prinzip dargestellt wird oder sogar von einem eigentlichen «Störerrecht» (fast) im Sinne eines selbständigen Rechtsgebiets gesprochen wird. So ist etwa geltend gemacht worden, das Störerprinzip sei nicht mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzip verknüpft, sondern gehöre als Kriterium der Gefahrenabwehr dem klassischen Polizeirecht an, sei mithin ein spezifisch polizeiliches Prinzip⁸⁶. Zur Begründung dieser Position ist weiter argumentiert worden, die Bestimmung des Störers sei *Voraussetzung* für das polizeiliche Eingreifen gegen eine bestimmte Person, während die Verhältnismässigkeit sich auf das Verhältnis des Mittels zum Zweck beziehe⁸⁷.

In Wirklichkeit aber lassen sich diese beiden Fragen nicht klar voneinander trennen⁸⁸. Wie bereits Gustav Zimmermann, Otto Mayer und Fritz Fleiner erkannten, lässt sich regelmässig nur mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips bestimmen, wer als «Störer» gilt: Nur gegen denjenigen, der «unmässig» stört, darf die Polizei vorgehen und eben nur soweit, als Störung von ihm ausgeht (vgl. vorne II.3 und III.). Auch heute dürfte vergleichsweise unbestritten sein, dass der Zweckveranlasser bzw. «Mitstörer» (also der blosser Veranlasser einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) – wenn überhaupt – nur dann in Anspruch genommen werden darf, wenn der polizeiliche Eingriff geeignet und erforderlich ist, um die Störung zu verhindern bzw. zu beheben und ihm der Eingriff zugemutet werden kann⁸⁹. Das Bundesgericht prüfte denn auch diese Teilaspekte der Verhältnismässigkeit, als es entscheiden musste, ob ein Gastwirtschaftsbetrieb in einem Wohnquartier als «Mitstörer» belangt werden kann und diesem deshalb besondere Schliessungszeiten auferlegt werden können⁹⁰.

Die Verknüpfung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip zeigt sich darüber hinaus bei der Frage der Zulässigkeit eines Abweichens vom Störerprinzip. Wie bereits das Preussische Polizeiverwaltungsgesetz von 1931⁹¹ sehen auch die heutigen kantonalen Polizeigesetze regelmässig vor, dass sich das polizeiliche Handeln bei einer unmittelbar drohenden schweren Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch gegen Nichtstörer richten darf. Ein solches Vorgehen gegen unbeteiligte Dritte ist aber nur dann erlaubt, wenn die Gefahr nicht anders abgewehrt werden kann und der Ein-

86 So ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97 II (1978), S. 9 ff., 15 und 40.

87 So SCHAUMANN WILFRIED, Anmerkung zu BGE 85 I 225, ZSR 79 I (1960), S. 517 ff., 526; KÜNG RUDOLF, Der Adressat des Polizeibefehls, Diss., Zürich 1974, S. 31.

88 So auch THÜRER (Anm. 1), S. 468; REINHARD (Anm. 5), S. 183.

89 Vgl. für das Erfordernis der Zumutbarkeit: MATHYS (Anm. 4), S. 79 ff.; THÜRER (Anm. 1), S. 478.

90 ZBl 76/1975, S. 162 ff., 165.

91 § 21.

griff für diese zumutbar ist⁹². Auch hier spielt die Prüfung anhand des Verhältnismässigkeitsprinzips die entscheidende Rolle.

Aus diesen Gründen ist der heute wohl vorherrschenden Lehre und Rechtsprechung zuzustimmen, gemäss welcher das Störerprinzip im Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit angelegt und eine Konkretisierung desselben in persönlicher Hinsicht ist⁹³. Das Störerprinzip ist mit anderen Worten kein eigenständiges verfassungsmässiges Prinzip, sondern nur Teilgehalt eines solchen.

Der Erfolg der Wortbildung «Störerprinzip» hängt unseres Erachtens nicht mit einer tatsächlichen dogmatischen Prinzipienbildung zusammen, als vielmehr mit der Macht des Bildes, das diesem Begriff innewohnt. Wie die gegen Spatzen eingesetzten Kanonen⁹⁴ bzw. die gegen eine Mücke verwendete «Maschine von 100 Pferdekraft»⁹⁵ in Bezug auf die Mittel-Zweck-Relation, vermittelt das «Störerprinzip» ein klares, eingängiges Bild⁹⁶: Ist vom «Störer» die Rede, gegen den die Polizei vorgehen darf und muss, sieht jeder sofort die «Lärmenden, Trunkenbolde ... Tumultuanten, Prügelnden»⁹⁷ vor sich. Ebenso einleuchtend erscheint, dass die Polizei dabei nicht «das Unkraut mit dem Weizen ausraufen» darf⁹⁸.

Das Bild, das der Begriff «Störerprinzip» vermittelt, ist aber nur auf den ersten Blick klar und einleuchtend. Bei genauerem Hinsehen verwischen sich dessen Konturen rasch. Denn die zentrale Frage – nämlich wer rechtlich als Störer zur Verantwortung gezogen werden darf – beantwortet das Prinzip selber gerade nicht abschliessend. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die den Begriff des Störers auf den Zweckveranlasser («Mitstörer») ausdehnte, hielt Hans Nef schon 1979 fest, dass sich die Durchlöcherung des Störerprinzips so sehr verfestigt habe, «dass es heute kaum mehr sinnvoll ist, sie kritisch zu würdigen, so gerne man es täte»⁹⁹. Gerade bezüglich der Beantwortung der wirklich heiklen Frage, unter welchen Umständen auch der blosser Zweckveranlasser belangt werden darf, trägt der Begriff des Störers nichts bei.

Im Gegenteil verengt das vom «Störerprinzip» vermittelte Bild den Blickwinkel auf die Sichtweise der Polizei, obschon die Beantwortung dieser Frage gerade eine umfassende Abwägung aller öffentlichen und privaten Interessen des Einzelfalls erfor-

92 Vgl. z.B. Art. 25 des Polizeigesetzes des Kantons Bern vom 8. Juni 1997; § 19 des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23. April 2007.

93 Vgl. z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2488; TSCHANNEN/ZIMMERL/MÜLLER (Anm. 1), § 56 Rz. 21; REINHARD (Anm. 5), S. 176; THÜRER (Anm. 1), S. 468 f.; MATHYS (Anm. 4), S. 47.

94 FLEINER (Anm. 72), S. 323.

95 ZIMMERMANN (Anm. 41), S. 561.

96 Vgl. SCHINDLER BENJAMIN, Von Kanonen und Spatzen – oder über die Macht der Bilder in der Rechtsprache, Antrittsvorlesung an der Universität St. Gallen HSG vom 26. April 2011.

97 ZIMMERMANN (Anm. 22), S. 93.

98 MAYER (Anm. 62), S. 267; ZIMMERMANN II (Anm. 41), S. 561.

99 NEF HANS, Zeitgenössisches Polizeirecht, ZBl 81/1980, S. 49 ff., 54.

dern würde¹⁰⁰. In eine solche Abwägung müssen z.B. die Bedeutung der betroffenen Grundrechte, die Eingriffsschwere, die Schwere der Störung, die Interessenlage des Veranlassers, das öffentliche Interesse am Verhalten des Veranlassers und weitere Elemente einfließen¹⁰¹. Der Einbezug dieser ganzen Bandbreite von Interessen ist nur möglich, wenn man nicht ausschliesslich auf die staatliche bzw. polizeiliche Perspektive abstellt, sich also nicht auf die Frage nach dem Störer bzw. Zweckveranlasser versteift, sondern insbesondere der Perspektive der betroffenen Privaten zentrale Bedeutung einräumt. So legte etwa das Bundesgericht in seinem Urteil zur Heilsarmee (das zu einem Zeitpunkt erging, als noch nicht die Rede von einem «Störerprinzip» war) zu Recht grossen Wert auf den Schutz der Versammlungsfreiheit der Heilsarmisten¹⁰². Auch heute scheint eine solche umfassende Interessenabwägung im Allgemeinen in jenen Rechtssystemen besser zu gelingen, die das Störerprinzip nicht kennen, sondern traditionell der Sicht der Privaten einen hohen Stellenwert einräumen¹⁰³.

Die Begriffsbildung des «Störerprinzip» setzte erst in den 1970er Jahren allmählich ein. Dennoch durchdringt dieses Prinzip heute in der Schweiz nicht nur das Polizeirecht, sondern das gesamte Verwaltungsrecht. Angesichts der Scheinpräzision, die der Begriff vermittelt, verstellt er eher den Blick auf die relevanten Fragen, als zur Klärung derselben beizutragen¹⁰⁴. Es ist daher unseres Erachtens an der Zeit, das «Störerprinzip» auf das zu reduzieren, was es einmal war und tatsächlich sein kann: eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips in persönlicher Hinsicht und ein eingängiges Bild, welches allerdings die Komplexität der Interessenlagen regelmässig nur beschränkt widerzuspiegeln vermag.

100 REINHARD (Anm. 5), S. 183.

101 REINHARD (Anm. 5), S. 183.

102 BGE 12 93, S. 109. («Die verfassungsmässige Gewährleistung muss auch dann und gerade dann ihre Wirksamkeit äussern, wenn es sich um Vereine oder Versammlungen handelt, welche dem Publikum in seiner Majorität oder der Regierungsgewalt nicht sympathisch sind; gerade in solchen Fällen hat sich die verfassungsmässige Garantie des individuellen Rechtes des Bürgers praktisch zu bewähren.»)

103 Für zwei Beispiele aus dem angloamerikanischen Rechtskreis, siehe *Redmond-Bate v. Director of Public Prosecutions*, (1999) 163 JP 789 und *Gregory v. Chicago*, 394 U.S. 111 (1969).

104 Vgl. dazu das Plädoyer von Benjamin Schindler für differenzierende Typologien statt begrifflicher Scheinpräzision: SCHINDLER BENJAMIN, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 130/2011, S. 331 ff., 415 f.