

Polizeiliche Schutzgüter im Wandel

Andrea Töndury / Omar Abo Youssef*

Inhaltsübersicht

I.	Geschichtliche Entwicklung	7
	A. <i>Police</i> nach französischem Verständnis	8
	B. Weichenstellung durch Montesquieu	9
	C. Verwissenschaftlichung der <i>Policey</i>	11
	D. Französische Revolution und deutsche Aufklärungsphilosophie	12
	E. Regeneration und liberales Polizeiverständnis	16
II.	Von der Wohlfahrts <i>policey</i> zur Wohlfahrt <i>pflege</i>	19
III.	Polizeiliche Schutzgüter nach heutigem Verständnis	22
	A. Merkmal der Öffentlichkeit	23
	B. Öffentliche Ordnung und Sicherheit	24
	C. Öffentliche Gesundheit und Sittlichkeit	27
	D. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr	29
	E. Weitere polizeiliche Schutzgüter?	30
	Literaturverzeichnis	31

I. Geschichtliche Entwicklung

«Gebend und empfangend, so steht die Schweiz an der Grenzscheide dreier grosser Nationen», führte Fritz Fleiner anlässlich seiner akademischen Antrittsrede in Zürich im Jahr 1916 aus.¹ Die von ihm angesprochene Offenheit für kulturelle Einflüsse aus den Nachbarstaaten prägte das schweizerische Geistesleben während aller geschichtlichen Epochen und auch heute findet ein reger Austausch von Ideen, Gedanken und Theorien zwischen der Schweiz und ihren Nachbarländern (aber selbstverständlich nicht nur diesen) statt. Bezüglich der Entwicklung des schweizerischen Rechts gilt dies in besonderem Mass für Frankreich und Deutschland. Diese Länder haben sich zudem ebenfalls über die Jahrhunderte hinweg stets wechselseitig beeinflusst. Gerade am Beispiel der polizeilichen Schutzgüter² lässt sich das Zusammenspiel französischer und deutscher

* Die Autoren danken Herrn Dr. iur. Daniel Moeckli, LL.M., Fürsprecher, für die kritische Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

¹ FLEINER, Staatstheorien, 180.

² Die Terminologie bezüglich des Begriffes der polizeilichen Güter ist uneinheitlich. Vielfach wird von polizeilichen Schutzgütern, dann aber auch von Polizeigütern oder polizeilichen Gütern gesprochen. Nur schon HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2431 ff., benützen im gleichen Zusammen-

Einflüsse, welche sich mit schweizerischen Eigenheiten verbinden, anschaulich aufzeigen.³

A. *Police nach französischem Verständnis*

Im Jahr 1371 führte der Gelehrte Nicolas Oresme den Begriff «Politia» aus der lateinischen Übersetzung von Aristoteles' Politik in die französische Sprache ein, indem er diesen Ausdruck mit «policie» übersetzte.⁴ Im französischsprachigen und ab Mitte des 15. Jahrhunderts im deutschsprachigen Gebrauch bezeichneten «bonne police» bzw. «Gute Policey»⁵ in der Folge den wünschbaren Zustand guter Ordnung.⁶ Das policeyliche Gut war somit zunächst die gute Ordnung des Staates *an sich*.

In den folgenden Jahrhunderten erhielt der Ausdruck Policey eine weitergehende und vielgestaltigere Bedeutung.⁷ Das breite Begriffsverständnis führte zur Notwendigkeit einer Systematisierung der Policeymaterien. In Frankreich waren es vor allem Policey-Praktiker, welche diese Arbeit übernahmen.⁸ Das bekannteste Werk stammt von Nicolas Delamare, Policeykommissar in Paris, der sein monumentales Werk *Traité de la Police* zwischen 1705 und 1738 in vier Bänden veröffentlichte.⁹ Delamare ordnete die Bestände von Policeyordnungen, Erlassen und Edikten und unterschied dafür elf Policeyfelder:¹⁰ 1. Religionspolicey, 2. Sittenpolicey, 3. Gesundheitspolicey, 4. Lebensmittelpolicey, 5. Policey der Gebäude und Strassen, 6. Policey für öffentliche Ruhe, 7. Policey der Wissenschaft und Kunst, 8. Handelspolicey, 9. Policey des Handwerks, 10. Policey der

hang einmal den Begriff der polizeilichen Güter und ein andermal denjenigen der polizeilichen Schutzgüter. JOST, 25, wiederum verwendet den Begriff der Polizeigüter. Weil inhaltlich keine Unterschiede auszumachen sind, erfolgt auch hier keine einheitliche Verwendung.

³ In Bezug auf die Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts macht KLEY, 86 ff., insb. 88 f., – nebst unmittelbar deutschen und mittelbar französischen Einflüssen (vgl. dazu KÖLZ II, 831 ff.; SCHINDLER, 390 f.) – «archäologisch» eine kanonische Rezeptionsschicht aus; zudem gehe das schweizerische Verwaltungsrecht wohl auch auf Rechtsformen des Ancien Régime der Alten Eidgenossenschaft zurück. Zu den (viel schwächeren) österreichischen und italienischen Einflüssen vgl. SCHINDLER, 393.

⁴ KROPF, 503 ff., auch 510 f.

⁵ Im Folgenden wird von «Policey» gesprochen, wenn es um das althergebrachte Verständnis geht (bzw. bis ca. 1830), hingegen von «Polizei», wenn der moderne Sinn gemeint ist.

⁶ Vgl. ISELL, Policey, 16.

⁷ Vgl. dazu MAIER, Polizei, 573 ff.; MAIER, Staats- und Verwaltungslehre, 143, auch 402.

⁸ ISELL, Policey, 30 f.

⁹ Vgl. MAIER, Polizei, 570. Der letzte, 4. Band von DELAMARE erschien posthum.

¹⁰ Nach dem französischen Original: 1. *police de la religion*, 2. *police des moeurs*, 3. *police de la santé*, 4. *police des vivres*, 5. *police de la voirie*, 6. *police pour la tranquillité publique*, 7. *police des sciences et arts liberaux*, 8. *police du commerce*, 9. *police des manufactures et des arts mechaniques*, 10. *police pour les serviteurs, domestiques et les manouvriers* und 11. *police des pauvres*.

Bediensteten und Tagelöhner und 11. Armenpolicy. Nach Delamare war es die Aufgabe der *police*, den Menschen zur grösstmöglichen Glückseligkeit zu führen, welche in diesem Leben möglich ist.¹¹

Das Werk von Delamare wurde weit über die Landesgrenzen hinaus rezipiert.¹² Die von ihm vorgenommene Unterteilung der Policeygüter und seine Sammlung waren ferner für die nachkommende Policeyliteratur in Frankreich wegweisend: Die im 18. Jahrhundert veröffentlichten französischen Policeyhandbücher waren allesamt als Nachschlagewerke für die Praxis konzipiert, ohne einen grösseren theoretischen Überbau.¹³ Die französische Auffassung von *police* kennzeichnete sich dadurch, dass sie praktisch orientiert war. *Police* wurde demzufolge zu einer nachgeordneten Funktion reduziert, die kaum mehr mit der Idee der guten Ordnung des Staates in Zusammenhang stand.¹⁴

B. Weichenstellung durch Montesquieu

Eine in der französischen Policeyliteratur bereits untergründig angelegte Auftrennung zwischen öffentlichem und privatem Raum nahm Montesquieu 1748 in seinem bahnbrechenden Werk «De l'esprit des loix» auf. Seine Ideen hatten wegweisenden Einfluss auch auf das Verständnis der *police*:

Zunächst nahm Montesquieu eine Unterscheidung unter anderem zwischen staatlichem Recht (*Droit Politique*) und Privatrecht (*Droit Civil*) vor.¹⁵ Montesquieu erörterte, die Menschen hätten auf ihre natürliche Unabhängigkeit verzichtet, um gemäss dem staatlichen Recht zu leben. Desgleichen hätten sie auf die natürliche Gütergemeinschaft verzichtet, um nach den zivilen Gesetzen zu leben. Während das Staatsrecht daher die Freiheit sichere,¹⁶ garantiere das Privatrecht das Eigentum.¹⁷ Es sei demzufolge ein Trugschluss zu sagen, das private Interesse (*le Bien particulier*) müsse dem öffentlichen Interesse (*le Bien public*) weichen. Diese propagierte Gleichrangigkeit privater und öf-

¹¹ DELAMARE, Bd. 1, Préface. Vgl. auch ISELL, *police*, 170 f. mit Hinweisen.

¹² ISELL, *Policey*, 31 mit Beispielen.

¹³ In seinem Werk hatte Delamare selbst allerdings den Versuch unternommen, die *bonne police* in einen theoretischen Zusammenhang zu stellen (vgl. auch ISELL, *Policey*, 30).

¹⁴ ISELL, *police*, 57 ff. Eine weitere Folge war daher die Ablösung des Begriffs *police* durch *administration* (vgl. ISELL, *police*, 63 ff.).

¹⁵ MONTESQUIEU, Buch 1, Kap. III; vgl. auch ISELL, *police*, 56.

¹⁶ Freiheit bestand für Montesquieu darin, zu keiner Sache gezwungen werden zu können, welche das Gesetz nicht befehle (MONTESQUIEU, Buch 26, Kap. XX).

¹⁷ MONTESQUIEU, Buch 26, Kap. XV. Bei einer Einschränkung des Privateigentums müsse daher das zivile Gesetz angewandt werden, welches das *Palladium* des Eigentums sei (MONTESQUIEU, Buch 26, Kap. XV).

fentlicher Interessen war durch eine Trennung der Gewalten¹⁸ sicherzustellen, welche verhinderte, dass der Souverän gleichzeitig Richter sein konnte.¹⁹ Dafür seien (unabhängige) Gerichtshöfe einzusetzen, welche über Streitsachen zu entscheiden hätten.²⁰ Einen grossen Missstand sah Montesquieu deshalb darin, dass königliche Minister sich anmassen, über – nach heutigem Verständnis administrative – Streitfälle zu richten, etwa in Steuerfragen.²¹

Als Folge seiner Unterscheidungen konnte Montesquieu der *police* einen neuen Platz zuweisen: Bislang hatte der absolutistisch herrschende König das Recht in Anspruch genommen, private Interessen verletzen zu können und entsprechende Policeyverordnungen und -reglemente zu erlassen, welche sich auf den Vorrang des öffentlichen Rechts stützten und mit dem öffentlichen Wohl begründet wurden. Montesquieu reduzierte nun aber die «Policey» des Ancien Régime fast schon zur blossen «Polizei».²² Er verstand sie weder als Teil des Staatsrechts oder des Strafrechts noch als eigentliches ziviles Recht.²³ Montesquieu argumentierte dementsprechend, es gebe Kriminelle, welche der Magistrat bestrafe, und es gebe die anderen, welche er (bloss) korrigiere.²⁴ Policymaterien regelten alltägliche Störungen, bei denen es üblicherweise um wenig gehe. Es müssten daher auch wenig Formalitäten eingehalten werden, und grosse Bestrafungen wären fehl am Platz. Dementsprechend handelte es sich nach Montesquieu bei Policeyverordnungen auch nur um Reglemente und nicht um Gesetze («Elle a plutôt des Réglemen[t]s que des Loix»): «Ainsi il ne faut pas confondre les grandes violations des Loix avec la violation de la simple Police; ces choses sont d'un ordre différent.»²⁵

Die *police* umfasste nach Montesquieu somit nur noch die Tätigkeit, den Bürger durch «Realakte» an seine Pflichten und Regeln zu erinnern. Einer willkürlichen policeystaatlichen Tätigkeit war damit rechtstheoretisch ein Riegel geschoben. In Montesquieus Werk war demgemäss einerseits die Trennung der Justiz von der Verwaltung vorgezeichnet, andererseits wiesen seine Ausführungen hin zu einer klaren Unterscheidung von öffentlichem Recht und Zivilrecht sowie von Strafrecht und Verwaltungsrecht. Seine Ideen wurden innert weniger Jahre europaweit verbreitet.

¹⁸ Vgl. MONTESQUIEU, Buch 11, Kap. VI («Il n'y a point encore de Liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative & de l'exécutrice.»).

¹⁹ MONTESQUIEU, Buch 6, Kap. V; vgl. auch ISELL, *police*, 55.

²⁰ MONTESQUIEU, Buch 6, Kap. I.

²¹ MONTESQUIEU, Buch 6, Kap. VI.

²² ISELL, *police*, 55.

²³ Vgl. MONTESQUIEU, Buch 26, Kap. XXIV («Que les Réglemen[t]s de police sont d'un autre ordre que les autres Loix Civiles»).

²⁴ MONTESQUIEU, Buch 26, Kap. XXIV.

²⁵ MONTESQUIEU, Buch 26, Kap. XXIV.

C. Verwissenschaftlichung der Policey

Während in Frankreich die Policey-Praktiker den Ton angaben, entwickelte sich in den deutschen Ländern – einzigartig in Europa – ein eigenes universitäres Fach.²⁶ Ein Auslöser für diese Entwicklung waren Montesquieus Ideen, welche durch deutsche Autoren aufgenommen und weiter entwickelt wurden.²⁷ Dies galt insbesondere für die von Montesquieu vorgenommene Entkriminalisierung der Policeyvergehen.²⁸ Grossen Anteil an der Entwicklung der Policey zu einer eigenen Wissenschaft hatte Johann Heinrich Gottlob von Justi.²⁹ Er entwickelt seine Ideen in starker Auseinandersetzung mit Delamares und Montesquieus Werken.³⁰ Letzterem Werk entnahm er 1760 das «neue» Verständnis der Policey,³¹ allerdings ohne so weit zu gehen, zwischen dem staatlichen Interesse und dem Interesse des Individuums zu unterscheiden. So trennte er zwischen staatlichem Wohl und dem Wohlergehen der *Familien*.³²

Justi definierte die Policey einerseits als eine Wissenschaft, die sich von der Staatskunst, der Finanzwissenschaft und anderen Regierungswissenschaften unterschied. Andererseits gehe es darum, «die innerlichen Verfassungen des Staats solchergestalt einzurichten, dass die Wohlfahrt der einzelnen Familien mit dem allgemeinen Besten beständig in einer genauen Verbindung und Zusammenhange sich befindet».³³ Mit dieser Definition stellte Justi die Verbindung zu den hergebrachten Policey-Aufgaben her.³⁴ Nach Justi beinhaltete die Policey dementsprechend alle Massregeln, mit welchen «die Glückseligkeit des gemeinen Wesens» gefördert werden könne.³⁵ In Ansätzen nahm er aber zudem eine Weichenstellung vor, indem er festhielt, dass die «Policey in weitläufigem Verstande alles in sich begreift, was zur Cultur des Landes und zur Aufnahme des Nahrungsstandes gereicht; *im engen Verstande hingegen wird zur Policey nur die Handhabung der guten Zucht und Ordnung gerechnet.*»³⁶

²⁶ ISELI, Policey, 30; vgl. auch PAULY, 33 ff.

²⁷ Vgl. etwa nur schon den Titel des Werkes von JOHANN HEUMANN von 1761: «Der Geist der Geseze der Teutschen»; vgl. dazu PAULY, 40 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

²⁸ Vgl. MATSUMOTO, 57 ff., 60 ff., 62 ff., 138 f. mit Hinweisen.

²⁹ Vgl. ISELI, Policey, 29; vgl. zu Justis Schriften: STOLLEIS, 379 ff.; MAIER, Staats- und Verwaltungslehre, 242 ff. Im Gegensatz dazu vertrat etwa JOSEF VON SONNENFELS in seinen Werken «Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz» ab 1765 eine noch rein policeystaatliche Sichtweise (vgl. WOLFFERS, 386 ff.).

³⁰ Vgl. JUSTI, Grundsätze, Vorwort mit Hinweis auf Delamare.

³¹ Vgl. MAIER, Staats- und Verwaltungslehre, 247. 1756 hing Justi noch der hergebrachten Vorstellung von Policey nach (ISELI, Policey, 29).

³² JUSTI, Grundfeste, § 3 und § 8.

³³ JUSTI, Grundfeste, § 3 und § 8.

³⁴ ISELI, Policey, 30.

³⁵ JUSTI, Grundsätze, 4.

³⁶ JUSTI, Grundriss, § 139 [Hervorhebung durch die Verfasser].

D. Französische Revolution und deutsche Aufklärungsphilosophie

Ende des 18. Jahrhunderts wurde der aufklärerische Versuch unternommen, dem Staat nur noch eine beschränkte Bedeutung zuzuerkennen. Auslöser waren die Werke von Immanuel Kant und die Entwicklungen der Französischen Revolution.³⁷ Im Jahr 1781 erschien Kants «Critik der reinen Vernunft», in welcher er einer staatlich geförderten Glückseligkeit der Menschen eine Absage erteilte, da jeder Mensch nur selbst bestimmen könne, was zu seiner Glückseligkeit verhelfe. In seiner «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» von 1785 brachte er dementsprechend zum Ausdruck, dass Glückseligkeit ein (zu) «unbestimmter Begriff» für staatliche Eingriffe sei.³⁸ Der Mensch existiere «als Zweck an sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen».³⁹ Die radikalen Anhänger von Kants Aufklärungsphilosophie versuchten daher, den Staat zugunsten der Freiheit des Individuums zurückzubinden.⁴⁰ Mit der Französischen Revolution wiederum hatte sich die Überzeugung gefestigt, dass dem Individuum unverbrüchliche Rechte gegenüber dem Staat zustanden, wie sie durch die *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* von 1789 festgehalten worden waren. Dadurch verbreitete sich die Hoffnung, der spätabolutistische Policey-Staat könne überall in Europa auf eine neue, freiheitliche Verfassungsgrundlage gestellt werden.

In diesem revolutionären Umfeld veröffentlichte Wilhelm von Humboldt im Jahr 1792 anonym seine «Ideen über Staatsverfassung, durch die neue Französische Konstitution veranlasst». Die dort angetönten Gedanken baute er zu einem Werk aus, in welchem er die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen versuchte.⁴¹ Humboldt wählte einen radikalen Ansatz, um den als freiheitsbeschränkend empfundenen Staat zurückzudrängen: Die Theorie erlaube dem Staat «allein Sorgfalt für die Sicherheit, weil die Erreichung dieses Zwecks allein dem einzelnen Menschen unmöglich, und daher diese Sorgfalt allein nothwendig ist».⁴² Sicher seien die Bürger, «wenn sie in der Ausübung der ihnen zustehenden Rechte, dieselben mögen nun ihre Person, oder ihr Eigenthum betreffen, nicht durch fremde Eingriffe gestört werden». Hingegen solle der Staat keinesfalls mehr «für das Wohl der Bürger sorgen»⁴³. Auf die Sitten und den Charakter der

³⁷ Vgl. ferner MATSUMOTO, 22 ff., zum Einfluss von ADAM SMITHS «An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations» von 1776.

³⁸ Vgl. KANT, 46.

³⁹ KANT, 64 f.

⁴⁰ Vgl. MATSUMOTO, 37 ff.

⁴¹ Die Schrift erschien in verschiedenen Teilen im Jahr 1792, vollständig aber erst posthum im Jahre 1851 (vgl. die Einleitung von EDUARD CAUER, in: HUMBOLDT, VII f.); vgl. WEBER, 206 ff. zu den Ähnlichkeiten mit den Ideen des liberalen Staatsphilosophen Benjamin Constant.

⁴² HUMBOLDT, 100 f. und 187.

⁴³ HUMBOLDT, 103 f.

Nation habe der Staat ebenfalls nicht einzuwirken, insbesondere würden z.B. «Erziehung, Religionsanstalten, Luxusgesetze» ausserhalb des Staatszwecks liegen.⁴⁴ Eine Reihe junger Autoren vertrat in der Folge ähnlich radikale Ansätze.⁴⁵

Die Idee einer derartig starken Zurückbindung des Staates war – wie auch die Idee der Gewaltenteilung – Ausdruck der politischen Bemühungen des liberalen Bürgertums in Europa. Dieses ging aufgrund der Erfahrungen im Ancien Régime von der Gegensätzlichkeit der Interessen des Staates bzw. des Adels und den Interessen des Staatsvolkes bzw. der Bürger aus. Die Liberalen versuchten daher, die Zugriffsmöglichkeiten des Staates auf die Individuen möglichst zu begrenzen. In Frankreich hatte dies unter anderem zur Folge, dass der Begriff *l'ordre public* an die Stelle der *bonne police* trat.⁴⁶ In einem Gesetz vom August 1790 wurde erstmals eine Aufzählung verankert, welche Störungen der öffentlichen Ordnung die Behörden konkret zu verhindern hatten.⁴⁷ Der *Code des Délits et des Peines* von 1795 trennte dann einerseits die Policey in eine Verwaltungspolizei (*police administrative*) und eine gerichtliche Polizei (*police judiciaire*).⁴⁸ Andererseits wurde darin festgehalten: «La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle.»⁴⁹

Im Deutschen Reich wurde eine solche Beschränkung der Policeygüter in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zwar angedacht, sie vermochte sich aber noch nicht durchzusetzen. Eine entsprechende Wegmarke hatte Johann Stephan Pütter gesetzt, der 1770 die Aufgabe der Policey zunächst auf die Gefahrenabwehr beschränkte.⁵⁰ Jedoch machte er diese Neuerung im nächsten Nebensatz zum Teil wieder rückgängig und öffnete das Feld für eine umfangreiche Wohlfahrtspolicey.⁵¹ Der liberale Gedanke fand in der deutschen Policeywissenschaft mithin erst abgeschwächten Widerhall. Auch mit dem Allgemeinen Preussischen Landrecht von 1794 war noch keine eigentliche Beschrän-

⁴⁴ HUMBOLDT, 100 f. Allerdings sei der Staat nur dann streng an die Theorie gebunden, «insofern nicht die Gegenwart ihn nöthigt, davon abzugehn» (HUMBOLDT, 187).

⁴⁵ Vgl. MATSUMOTO, 38 ff.; vgl. auch PREU, 255 f. zu Johann Gottlieb Fichte. Die radikalen Anhänger Kants und der Französischen Revolution («politische Puristen») gingen allerdings deutlich weiter als ihr Vorbild. Die Beschränkung des Staatszwecks spiegelte sich in einer entsprechenden Einengung der polizeilichen Schutzgüter (vgl. WOLFFERS, 390).

⁴⁶ Vgl. SCHMITZ, 70 f.

⁴⁷ Vgl. Décret sur l'organisation judiciaire du 16 et 24 août 1790, Titre XI, Des Juges en matière de Police, Art. 3 («Les objets de police ... sont: ...»).

⁴⁸ Art. 18 ff. Code des délits et des peines, du 3 Brumaire, an 4 (25 octobre 1795).

⁴⁹ Vgl. Art. 16 Code des délits et des peines (Fn. 48); vgl. dazu MAYER, Theorie, 161 ff.

⁵⁰ «Ea supremæ potestatis pars, qua exercetur *cura avertendi mala futura* in statu rei publicæ interno in commune metuenda, dicitur *ius politiæ*. ...» (PÜTTER, Institutiones, § 321, spätere Aufl. § 331 [Hervorhebung durch die Verfasser]; vgl. aber schon PÜTTER, Begriff, § 185 [1764]).

⁵¹ «... promovendæ salutis cura proprie non est politiæ, nisi quatenus ea mente agitur, ut tanto lautior sit status isti malo, quod metuebatur directe oppositus» (PÜTTER, Institutiones, § 321 [Hervorhebung durch die Verfasser]; vgl. WOLFFERS, 389; PREU, 180 ff.; MATSUMOTO, 13).

kung der policeylichen Tätigkeiten des preussischen Königs beabsichtigt.⁵² Die Rechtsgelehrten versuchten in erster Linie, die (bisherigen) policeylichen Tätigkeiten im Sinne der Aufklärungsphilosophie besser zu systematisieren und (allenfalls) punktuell zurückzudrängen.

So ging namentlich Günther Heinrich von Berg um 1800 zumindest nicht mehr davon aus, dass die Policey die Gesellschaft zur gemeinsamen «Glückseligkeit» führen sollte. Für ihn war die Abwendung von Übeln der Hauptzweck der Policey,⁵³ «weil positive Beförderung der Glückseligkeit nicht erzwungen werden *kann* und *darf*, also auch nicht Gegenstand irgend eines Zweiges der Staatsgewalt seyn kann».⁵⁴ Policeysache sei, «was zur Verhütung und Abwendung der Hindernisse und Gefahren der allgemeinen Sicherheit und Wohlfahrt gehört».⁵⁵ In diesem Sinne unterschied Berg die *Sicherheitspolicey* und die *Wohlfahrtspolicey*. Der Zweck der Wohlfahrt sollte dabei dem Hauptzweck der Sicherheit untergeordnet bleiben.⁵⁶ Ausdrücklich nicht als Gebiete der Wohlfahrtspolicey verstand Berg aber einzig die öffentliche Erziehung und Bildung der Nation, die Vermehrung der Volksmenge und die Beförderung des Nahrungsstandes.⁵⁷ Unter expliziter Bezugnahme auf Montesquieu begründete Berg zudem die Entkriminalisierung der Policeyvergehen: Sobald ein Verbrechen begangen sei, gehöre es vor die «Criminaljustiz», die Policeygewalt habe darüber kein Urteil mehr zu fällen: «Zwar straft auch sie; aber ihre Strafe ist mehr Züchtigung als Strafe. Wer den Mitteln, welche sie gegen die Hindernisse und Gefahren der Sicherheit und Wohlfahrt anwendet, entgegenarbeitet, wer ihren auf diesen Zweck gerichteten Vorschriften Gehorsam versagt, ist zwar eines Vergehens, aber keines Verbrechens schuldig.»⁵⁸

Mit der Restauration ab 1815 wurde die alte Ordnung in weiten Teilen Europas wieder eingeführt und der neue alte Policey-Staat wurde sogar zunehmend repressiver. Allerdings gerieten die zahlreichen policeylichen Regelungen nicht nur aus liberaler Warte, sondern auch von reaktionärer Seite unter Druck: Nach Karl Ludwig von Haller, vor

⁵² Vgl. II. Teil, Titel 17, § 10 ALR vom 1.6.1794, der eine scheinbare Fokussierung auf die Rechtsgüter der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung enthält. Damit wurden jedoch nur die Aufgaben der (besonderen) *Polizeigerichtsbarkeit* umschrieben (vgl. WOLFFERS, 409 f.; PREU, 274 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Norm – unter Ausblendung des systematischen Zusammenhangs – in liberalem Sinn gedeutet.

⁵³ Berg stützte sich dabei auf Pütter (vgl. dazu WOLFFERS, 390; PAULY, 114; PREU, 184 ff.).

⁵⁴ BERG, Handbuch Bd. 1, 12.

⁵⁵ BERG, Handbuch Bd. 1, 140.

⁵⁶ BERG, Handbuch Bd. 2, 4. Wenige Jahre später wandte sich Berg von dieser frühliberalen Position zugunsten der alten Anschauung wieder ab (vgl. BERG, Handbuch Bd. 4 (1804), 19; PAULY, 114; MATSUMOTO, 71 ff.).

⁵⁷ BERG, Handbuch Bd. 2, 8 f. Seine Wohlfahrtspolicey regelte aber immer noch u.a. die Nachteile der häuslichen Unordnung, der Irreligiosität und des Aberglaubens, der Rohheit und Unwissenheit, der Sittenlosigkeit und der Hindernisse der Land- und Stadtwirtschaft.

⁵⁸ BERG, Handbuch Bd. 1, 136 mit Verweis auf Montesquieu.

allem in Preussen und Österreich einflussreich,⁵⁹ waren Gesetze «allemal despotisch und das grösste Unglück eines Staats». Das Gesetz eines Fürsten sei «nichts weiter als ein Ausdruck seines rechtmässigen Willens, ein Mittel zu einem gewissen Zweck». ⁶⁰ Bezüglich der Policey befand Haller daher, es könne auf diesen unbestimmten Begriff in der Wissenschaft überhaupt verzichtet werden. Haller spottete unter Hinweis auch auf Bergs Werk,⁶¹ es sei ebenso überflüssig als unmöglich alle Gegenstände aufzuzählen, mit denen sich die Policey befassen könne: «Dehnt sie sich ja, nach unseren neueren Schriftstellern, nicht nur über öffentliche und Privat-Sicherheit, allgemeine Gesundheit, sondern auch über die Fortpflanzung des Menschen-Geschlechts, über Schwangere und Gebärende, über die Kinderzucht, über Nahrung, Wohnung, Kleidung der Menschen u. s. w. aus.»⁶²

In Bezug auf die Kritik an den policeylichen Regelungen trafen sich mithin die restaurativ orientierten Konservativen mit den Liberalen. Wohl nicht zuletzt aus diesem Grund verloren die wohlfahrtsbegründeten Policeygüter ab den 1830er Jahren allmählich ihre Legitimation.⁶³ Der langanhaltende Einfluss der restaurativen Ordnung in Deutschland hatte allerdings zur Folge, dass das französische Polizeirecht Ende des 19. Jahrhunderts gegenüber Deutschland einen derartigen Entwicklungsvorsprung erreichte, dass dieses dann zur Weiterentwicklung des deutschen Rechts starke Beachtung fand und entsprechend rezipiert wurde.⁶⁴

⁵⁹ Vgl. KÖLZ I, 168 ff.

⁶⁰ HALLER, 214, 216 ff.; vgl. ROGGEN, 350 ff. Hallers Ideal war der Patrimonialstaat.

⁶¹ Man könne «in diesem polizeyprahlenden Zeitalter (...) bändereiche Werke lesen, und Sammlungen von Polizey-Gesezen unter deren Last der Erdboden seufzen möchte» (HALLER, 212 f.).

⁶² HALLER, 212 f.

⁶³ Vgl. aber noch ROBERT VON MOHL, der in seinem Werk von 1832 (weitere Aufl. 1844/1865) ausdrücklich von der Wohlfahrts- bzw. «Hülf-Polizei» sprach, sowie z.B. die Begriffe «Theurungs- und Armenpolizei» verwendete. Mohl versuchte die Anliegen der individuellen Freiheit und die soziale Wohlfahrt im (materiellen) Rechtsstaat zu verbinden.

⁶⁴ SCHMITZ, 71 und 151 f. mit Hinweis auf Otto Mayers Werke (vgl. insbesondere MAYER, Verwaltungsrecht, VII). Nach Fleiner 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 und verständlich zu machen» beschloss (FLEINER, Mayer, 351). Gerade Mayers Darlegungen zum französischen Polizeirecht (vgl. MAYER, Theorie, 161 ff.), welche in der deutschen Lehre auf grosses Interesse stiessen, stellten in diesem Sinne eine «innovierende Systematisierungsleistung» dar (GROMITSARIS, XLIII f., vgl. den dortigen Hinweis auf Georg Jellinek in Fn. 113).

E. Regeneration und liberales Polizeiverständnis

Die umfassende Policeygesetzgebung war in den schweizerischen Kantonen des Ancien Régime gang und gäbe gewesen.⁶⁵ Die Helvetische Revolution und die Erste Helvetische Verfassung von 1798 brachen jedoch mit dieser Tradition obrigkeitlicher Lenkung. Allerdings war weiterhin unklar, was mittels der Policey geregelt werden sollte. Albrecht Rengger bemängelte bereits im Jahre 1801 die «schwankende[n] Bedeutung des Ausdrucks Policey, der ausser der Rechtspflege beinahe alle Anstalten zu direkten und indirekten Staatszwecken» umfasse.⁶⁶ Nach dem Scheitern der Bemühungen um die Errichtung eines modernen Staatswesens waren während der Mediation und der Restaurationsepoche solche Diskussionen obsolet. Die am 26. Juli 1830 beginnende Pariser Julirevolution⁶⁷ führte indes in den Regenerationskantonen⁶⁸ zu einem Siegeszug der liberalen Ideen.⁶⁹ Zwar wurde die liberale Staatskonzeption in diesen Kantonen nicht in einem «puristischen» Sinn übernommen.⁷⁰ Vielmehr wurde z.B. ein grosses Augenmerk auf den Aufbau eines modernen, öffentlichen Unterrichtswesens gelegt.⁷¹ Die Liberalen wollten aber dem Individuum, von dessen vernunftgemäsem und sittlichem Verhalten sie ausgingen, die grösstmögliche Freiheit gewähren. Weder eine policey-staatliche Verhaltenssteuerungen noch wohlfahrtspoliceyliche Eingriffe in die Wirtschaft fanden in diesem Konzept daher mehr Platz. Infolgedessen gewann die Idee einer liberalstaatlichen Beschränkung der Polizeigüter auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit immer mehr an politischer Bedeutung.⁷²

Eine gewisse Vorarbeit hatte der an der Berner Akademie lehrende Deutsche Eduard Henke geleistet.⁷³ Er hatte in seinem Lehrbuch über das Öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1824 die Staatsverwaltung in Wissenschaften der

⁶⁵ Vgl. etwa CLAUDIA SCHOTT-VOLLM, Policey in der Schweiz: Das Beispiel Zürich, in: MICHAEL STOLLEIS, Policey im Europa der frühen Neuzeit, Frankfurt a.M. 1996, 489 ff.; PHILIPP DUBACH, Policey auf dem Lande. Ordnungskonzepte in den Republiken Glarus und Appenzell, in: BLICKLE/KISSLING/SCHMIDT, 415 ff.; ADRIAN BÜRKI, Die Wirtschaftspolicey des Landes Glarus im 16. Jahrhundert, in: BLICKLE/KISSLING/SCHMIDT, 439 ff.; ARMAND WEIDENMANN, «Von menschlicher und göttlicher Gerechtigkeit» – Zürcher Policeymandate im Spiegel zwinglischer Sozialethik, in: BLICKLE/KISSLING/SCHMIDT, 453 ff.

⁶⁶ RENGGER, 8.

⁶⁷ Vgl. KÖLZ I, 215 ff.

⁶⁸ Zürich, Bern, Luzern, Freiburg, Solothurn, Basel, Schaffhausen, St. Gallen, Aargau, Thurgau und Waadt.

⁶⁹ Insbesondere die Lehren von Benjamin Constant und Ludwig Snell entfalteten grossen Einfluss (vgl. dazu KÖLZ I, 235 ff. und 246 ff.), aber auch die wirtschaftstheoretischen Überlegungen der französischen Ökonomen und Physiokraten sowie jene von Adam Smith.

⁷⁰ Vgl. dazu die puristische Staatszweck-Theorie von Humboldt (vorne I.D).

⁷¹ KÖLZ I, 369, 370 f.

⁷² Vgl. EBNÖTHER, Kap. 3, Die Polizei im Bundesstaat.

⁷³ Vgl. dazu KLEY, 9 f. Henke lehrte von 1814-1832 in Bern.

Polizei, der Nationalökonomie, der Staatswirtschaft und der Finanzen unterteilt. Der Staat verfügte nach Henke zwar auch über das Recht, «die für die physische Wohlfahrt und die Erhöhung des Wohlstandes der Staatsmitglieder erforderlichen Anstalten und Anordnungen zu treffen». Jedoch trennte er diese Einwirkungsmöglichkeit von der Policy ab, indem er nicht mehr von Wohlfahrtspolicey sprach, sondern von der «Staatswirtschaftsgewalt», welche aber gewöhnlich mit der Polizeigewalt vermischt werde.⁷⁴ Der Polizeigewalt widmete er einen eigenen Paragraphen (§ 103). Er sah deren Aufgabe darin, «die natürliche und rechtliche Sicherheit im Staate gegen die zerstörenden Kräfte der Natur und die Bosheit und den Leichtsinne der Menschen zu schirmen».⁷⁵

Der Nachfolger von Henke, der ebenfalls aus Deutschland stammende Wilhelm Snell, führte an der neu gegründeten Universität Bern das naturrechtliche System im Sinne von Kants Aufklärungsphilosophie ein. Entsprechend hielt er in seinen Vorlesungen fest: «Glückseligkeit ist das Werk der Freiheit, und duldet keinen Zwang. Von jeher waren es die grössten Despoten, welche vorgaben, durch die Staatsgewalt das Glück der Bürger zu begründen, während weise und gerechte Regierungen durch eine starke Rechtsordnung dem Bürger nur die Möglichkeit zusichern, nach eigenem Wunsch und Willen glücklich zu werden, außerdem aber sich darauf beschränken, gute Rathschläge und Beispiele zu geben.»⁷⁶ Selbst wenn nur ein Mensch in der Gesellschaft etwa mit einem «Mässigkeitsverein» nichts zu tun haben wolle, «so dürfte auch dieser Einzige nicht genöthigt werden, entweder der Gesellschaft aller Uebrigen beizutreten oder den Staat zu verlassen»⁷⁷. Unter öffentlichem Wohl im Staate sei «die vollkommenste Darstellung der rechtlichen Freiheit, das progressiv fortschreitende Gedeihen der Gerechtigkeit» zu verstehen.⁷⁸

Während Wilhelm Snell vor allem über seine Vorlesungen und bei Stammrunden mit den Studenten seine Ideen verbreitete,⁷⁹ war sein Bruder Ludwig Snell auf politische Wirkung aus. Ludwig Snell war einerseits stark durch die französischen Verfassungs-ideen der Revolutionszeit geprägt, andererseits stützte er sich auf aus Deutschland stammende Ideen.⁸⁰ Anfang Januar 1831 publizierte er anonym einen Verfassungsent-

⁷⁴ HENKE, 97. Die (rein begriffliche) Auftrennung geht auf NIKOLAUS THADDÄUS GÖNNERS «Teutsches Staatsrecht» von 1804 zurück. Gönner wiederum war Kantianer und orientierte sich an Pütters Definition (vgl. MATSUMOTO, 41 f. mit Hinweisen).

⁷⁵ HENKE, 339 f.; vgl. auch 96. Bei der Polizei-Literatur verwies er insb. auf Delamare (vgl. 127).

⁷⁶ W. SNELL, 195.

⁷⁷ W. SNELL, 197 f. Auch könnten die freiwilligen Glieder einer solchen Gesellschaft zu jeder Zeit sich wieder davon losmachen und dennoch Bürger des Staates bleiben.

⁷⁸ W. SNELL, 198.

⁷⁹ KÖLZ I, 246.

⁸⁰ Vgl. KÖLZ I, 246 ff.; L. SNELL, Entwurf, 64 mit Hinweis auf Lorenz von Stein.

wurf, der schweizweite Verbreitung fand.⁸¹ Seinen Überzeugungen gemäss forderte Snell, dass «jeder Bürger auf gleiche Weise das Recht zu jeder Art des erlaubten Erwerbs und Berufes» haben müsse. Jede Beschränkung dieses Grundsatzes könne einzig «aus den Gründen der Staatspolizei»⁸² und nur «in Folge eines ausdrücklichen Gesetzes verbindende Kraft erhalten». Zudem könne eine solche Einschränkung «stets nur als eine Uebergangsanordnung betrachtet werden».⁸³ Die polizeilichen Güter umschrieb er wie folgt: «Die Polizei hat für Ordnung und Sicherheit in dem Staate zu wachen; sie macht einen Theil der Verwaltung aus und ist dem kleinen Rath [Regierung] übertragen.» Nach Ludwig Snell sollten die Polizeibehörden strikte an die Gesetze gebunden und für jede Verletzung der Gesetze und Rechte der Bürger verantwortlich sein: «Wegen jeder willkürlichen Verfügung oder eines Eingriffs der Polizei in die Rechte, die Freiheit, und das Eigenthum, oder Verletzung der Ehre steht jedem Bürger die unmittelbare Klage an die Gerichte offen.»⁸⁴ Die Administrativjustiz sollte zudem für immer aufgehoben werden.⁸⁵

Damit hatte eine liberale Auffassung über die polizeilichen Güter und über die Zuständigkeit der Gerichte im Falle von ungerechtfertigten polizeilichen Eingriffen in der politischen Debatte in der Schweiz Fuss gefasst. Die Ideen von Ludwig Snell griffen teilweise weit in das 20. Jahrhundert vor,⁸⁶ sie entfalteten aber auch unmittelbaren Einfluss. Am Sichtbarsten lässt sich dies bei der Staatsverfassung für den eidgenössischen Stand Thurgau vom 14. April 1831 aufzeigen,⁸⁷ in der sich die geforderte Gesetzesbindung der Polizeibehörden und deren Verantwortlichkeit fast wörtlich wiederfand (§ 89 Abs. 2 KV TG 1831). Die administrative Justiz der Regierung wurde in der thurgauischen Verfassung ebenfalls, und wie von Snell gefordert, aufgehoben (§ 213 KV TG 1831).⁸⁸

⁸¹ Der Entwurf wurde am 7.1.1831 allen Abonnenten des «Schweizerischen Republikaners», dem Sprachrohr der liberal-radikalen Kräfte in der Regeneration, zugestellt (SOLAND, 94).

⁸² D.h. nicht aus bloss lokalen Interessen.

⁸³ L. SNELL, Entwurf, 3.

⁸⁴ L. SNELL, Entwurf, 44, § 4.

⁸⁵ L. SNELL, Entwurf, 46; KÖLZ I, 260 f.; vgl. dazu die Kritik schon bei Montesquieu (vorne I.B).

⁸⁶ Noch bis Mitte des 20. Jahrhunderts bedeutete etwa Verwaltungsrechtsprechung mehrheitlich nur «verwaltungsinterne Rechtspflege» (SCHINDLER, 345).

⁸⁷ Vgl. SOLAND, 94; KÖLZ I, 319 und 326 je mit Hinweisen auf den Einfluss von Snells Entwurf.

⁸⁸ Vgl. auch § 12 KV TG 1831, wonach den Kantonsbürgern die «volle Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit» zuerkannt und nur der Missbrauch durch «weise Polizeigesetze» zu verhüten sei. Bereits 1837 wurde die KV TG aber revidiert, u.a. weil die Administrativfälle der Exekutive «nicht unbedingt zum besten der Sache» entzogen worden seien (SOLAND, 200).

II. Von der Wohlfahrtspolicey zur Wohlfahrtspflege

Die liberale «Nachtwächteridee» (Ferdinand Lassalle),⁸⁹ wonach sich der Staat nur auf den Schutz der persönlichen Freiheit des Einzelnen und dessen Eigentum beschränken sollte,⁹⁰ beinhaltete keine Antworten auf die sozialen Problemstellungen. Der schweizerische Liberalismus verfolgte zwar ein *pädagogisches* Reformprogramm,⁹¹ die soziale Not der Bevölkerung verlangte indes nach einem weitergehenden Eingreifen des Staates. Der Radikalismus erkannte diese Notwendigkeit.⁹² So forderte Ludwig Snell in einer seiner letzten Schriften,⁹³ es müsse ein grosses Augenmerk auf die «politischen Bedingungen, die rechtlichen und sittlichen Verhältnisse der produzierenden Gesellschaft» gelegt werden. Nur durch Forschungen in diesen Gebieten oder mit «eigentlichen Sozialreformen» könnten die Übel, die sich in der industriellen Gesellschaft entwickeln würden, behoben werden.⁹⁴ Die Radikalen strebten denn auch ab den 1840er-Jahren eine wohlfahrtsstaatliche Politik an und versuchten entsprechende Reformen in Gang zu bringen.⁹⁵ Die Grundlage dieser Bemühungen lag u.a. in der Erkenntnis begründet, dass ein hungernder Mensch nicht frei sein kann («l'homme qui a faim n'est pas libre»)⁹⁶.

Einen gewissen Einfluss vermochten die Radikalen bereits auf die Bundesverfassung von 1848 zu nehmen, obschon die liberale Idee des «laissez faire» noch dominierte.⁹⁷ Polizeiliche Befugnisse erhielt der Bund nur wenige, etwa im Bereich der Gesundheitspolizei und der Fremdenpolizei.⁹⁸ Der Bundeszweck der «Beförderung der gemeinsamen Wohlfahrt» wurde zwar nicht in Frage gestellt (Art. 2 BV 1848), es standen aber die Bereiche Erziehung, Wissenschaft und Technik im Vordergrund.⁹⁹ Gegen eine Be-

⁸⁹ LASSALLE, 152. Er stellte dieser Staatsidee die «Summe von Glück, Bildung, Wohlsein und Freiheit» für alle Mitglieder der Gesellschaft gegenüber; vgl. dazu auch KLEY, 49 f.

⁹⁰ Wie dies Humboldt in seiner 1851 wieder veröffentlichten Schrift propagierte (vorne I.D).

⁹¹ Vgl. L. SNELL, Entwurf, 51 ff.

⁹² Vgl. KÖLZ I, 276 ff. zur demokratisch-egalitären Ideologie des Radikalismus.

⁹³ Ludwig Snell wandelte sich vom liberalen zum radikalen Denker.

⁹⁴ L. SNELL, Gesellschaft, 327. U.a. wurden von den Radikalen staatliche Massnahmen zur Schaffung von Arbeit und gar die Idee einer Güterbeschränkung gefordert (vgl. KÖLZ I, 283 f.)

⁹⁵ Vgl. KÖLZ I, 464 ff., 511 ff. und 538 f. zu den Verfassungsrevisionen in der Waadt 1845, in Bern 1846 und in Genf 1848, sowie KÖLZ II, 121 bezüglich des Kantons Solothurn 1856.

⁹⁶ So Jules Eytel anlässlich der waadtländischen Verfassungsdebatte 1845, zit. in KÖLZ I, 467.

⁹⁷ Vgl. KLEY, 55 ff. («Manchesterschule»).

⁹⁸ Art. 59 BV 1848 (Gesundheitspolizei) bzw. Art. 57 BV 1848 (Fremdenpolizei). Dem Parlament wurde die Kompetenz zuerkannt, gesetzliche Verfügungen über Niederlassungsverhältnisse, über Heimatlose, Fremdenpolizei und Sanitätswesen zu erlassen (Art. 74 Ziff. 13 BV 1848).

⁹⁹ Vgl. KÖLZ I, 577; ein weitergehender Ausbau gelang noch nicht (vgl. KÖLZ I, 600 f.).

trachtung des Staates als blosse «Rechtsversicherungsanstalt» sprach sich allerdings ausdrücklich der spätere Bundesrat Ulrich Ochsenbein aus.¹⁰⁰

Das liberale Ideal einer strengen Trennung zwischen Staat und Gesellschaft war der Schweiz aufgrund ihrer Mythen, ihrer geschichtlichen Erfahrungen und der demokratischen Gesinnung fremd. Vor dem Hintergrund des stärker werdenden Radikalismus und der in der Bundesverfassung allgemein angelegten Wohlfahrtsförderung war es daher nach Inkrafttreten der Bundesverfassung «nur eine Frage der Zeit»¹⁰¹, bis der Bund wohlfahrtsbegründete Eingriffe in die Wirtschaft vornahm. Zunächst lag der Schwerpunkt solcher Eingriffe indes bei den Kantonen, in denen ab den 1860er-Jahren die Demokratische Bewegung bzw. die «Ecole de Winterthour»¹⁰² – pragmatisch und ungeachtet staatsrechtlicher oder ökonomischer Lehren – zumindest in Ansätzen einen Wohlfahrtsstaat zu verwirklichen versuchte. Eine sozialpolitische Vorreiterrolle kam dem Kanton Glarus zu, dessen Stimmbürger an der Landsgemeinde im Mai 1864 ein fortschrittliches «Gesetz über die Fabrikpolizei» verabschiedeten, welches u.a. Beschränkungen der Kinderarbeit und der Arbeitszeiten beinhaltete.¹⁰³ Sofern eine Notwendigkeit für die «Gesundheit, Sicherheit und Sittlichkeit der Fabrikarbeiter» bestand, sollte der Staat die entsprechenden «polizeilichen Anordnungen treffen und mit einer Strafandrohung begleiten».¹⁰⁴ Die linksbürgerlichen Demokraten glaubten nicht zuletzt aufgrund der Entwicklung im Kanton Glarus, mittels eines Ausbaus der demokratischen Entscheidungen die soziale Frage lösen zu können.¹⁰⁵ Der Begriff des Wohlfahrtsstaates war denn auch spätestens seit 1870 in der schweizerischen Rechtsliteratur präsent.¹⁰⁶

Mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 wurden dem Bund wichtige soziale Aufgaben übertragen, so sollte er die Fabrik- und Kinderarbeit regeln können.¹⁰⁷ Wenige Jahre später war die liberale Manchesterschule – wohl auch aufgrund des Aufkommens der sozialdemokratischen Bewegung – bereits endgültig «erledigt».¹⁰⁸ Die diskreditierte alte Wohlfahrtspolicey hatte sich zur anerkannten Wohlfahrtspflege hin entwickelt. Johann Jakob Schollenberger definierte Ende des 19. Jahrhunderts die Auf-

¹⁰⁰ Protokoll über die Verhandlungen der am 16.8.1815 durch die hohe eidgenössische Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrags vom 7.8.1815 beauftragten Kommission, Sechste Sitzung vom 24.2.1848, 32.

¹⁰¹ KLEY, 56.

¹⁰² Vgl. KÖLZ II, 25 ff. zu den Idealen und Zielen der Demokratischen Bewegung.

¹⁰³ Abgedruckt in: Amtliche Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Glarus, Erstes Heft, Glarus 1864, 45 ff., vgl. §§ 2 ff.; vgl. dazu auch KÖLZ II, 281 f.

¹⁰⁴ § 9 Abs. 2 Gesetz über die Fabrikpolizei (zit. vorne Fn. 103).

¹⁰⁵ KÖLZ II, 28; vgl. dazu die demokratische Theorie von Florian Gengel (KÖLZ II, 9 ff.).

¹⁰⁶ Vgl. neustens SCHINDLER, 397 mit Hinweisen.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 34 BV 1874; KLEY, 58.

¹⁰⁸ KLEY, 59; vgl. zur Entwicklung 47 ff., 60 ff.

gabe der Polizei demgemäss als «Sorge des Staates für die öffentliche Ruhe und Sicherheit und für den äusseren Schutz von Personen und Eigentum». Nachdem der Staat die positive Sorge für die öffentlichen Interessen von der Kirche übernommen habe, bezeichne man mit Polizei den negativen Teil, den positiven heisse man «Pflege».¹⁰⁹

Das 20. Jahrhundert brachte dann eine Weiterentwicklung bzw. einen steten Ausbau des Sozial- und Interventionsstaats.¹¹⁰ In seinem Bundesstaatsrecht von 1923 umschrieb Fritz Fleiner die Polizei als Tätigkeit des Staates, die der Freiheit und dem Eigentum der Bürger jene öffentlich-rechtlichen Beschränkungen auferlege, welche «im Gemeininteresse erforderlich» seien.¹¹¹ Als polizeiliches Schutzgut anerkannte Fleiner mithin das «Gemeininteresse». Diese Definition war viel offener gehalten als jene in den «Institutionen», wo Fleiner noch eine Beschränkung auf die Schutzgüter «Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung» vorgenommen hatte.¹¹² Er passte folglich die auf das monarchische Deutschland abgestimmte liberale Sichtweise an die demokratischen Verhältnisse in der Schweiz an.¹¹³ Die schweizerische Demokratie erlaubte nach Fleiner (wohl) deshalb eine weitgehende polizeiliche Tätigkeit des Staates, da der einzelne Bürger stets «unmittelbar an den obersten staatlichen Entscheidungen beteiligt» ist.¹¹⁴

Der Verengung der polizeilichen Güter auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der liberalen Phase der Regeneration folgte mithin bereits ab Mitte des 19. Jahrhunderts eine langsame, aber stete Ausweitung. Diese Entwicklung spiegelte sich im 20. Jahrhundert insbesondere in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹¹⁵ Es liessen sich in Lehre und Rechtsprechung eine sozialpolitische Komponenten enthaltende «Polizei im weiteren Sinn» und eine «Polizei im engen Sinn» unterscheiden.¹¹⁶ Das Bundesgericht anerkannte zudem, dass «zwischen Polizei und Wohlfahrt keine scharfe Grenze» bestehe.¹¹⁷ Allerdings erfuhr diese Elastizität in der Lehre wiederkehrende Kritik.¹¹⁸ Dieser trug das Bundesgericht dadurch Rechnung, dass es 1971 zwar ankündigte, zu einem

¹⁰⁹ SCHOLLENBERGER, 143, verwies immer noch auf Robert von Mohl (zit. vorne Fn. 63).

¹¹⁰ Vgl. dazu KLEY, 293 ff.

¹¹¹ FLEINER, Bundesstaatsrecht, 593. Die Durchführung der polizeilichen Vorschriften würden zudem «in erheblichem Umfange durch Massnahmen *positiver* Wohlfahrtspflege gefördert und zu voller Wirkung gebracht» (595).

¹¹² FLEINER, Institutionen, 363.

¹¹³ Vgl. VOIGT, welcher eine liberale Auffassung FLEINERS in den «Institutionen» und eine liberal-demokratische Auffassung im «Bundesstaatsrecht» ausmachte (34 ff. und 41 ff.).

¹¹⁴ FLEINER, Bundesstaatsrecht, 317.

¹¹⁵ Vgl. JOST, 16 ff.

¹¹⁶ Vgl. SALADIN, 346, 347 und 350. Vgl. dazu bereits Justi, der die *Policey* «in weitläufigem Verstande» und «im engen Verstande» unterschied (vorne I.C).

¹¹⁷ BGE 96 I 123, 128.

¹¹⁸ Vgl. JOST, 16 ff. mit zahlreichen Hinweisen; REINHARD, 5 mit Hinweisen; KLEY, 297 mit Hinweis auf Zaccaria Giacometti.

engen Verständnis der Polizei zurückzukehren, gleichzeitig aber auch sozial und sozialpolitisch (nicht aber rein wirtschaftspolitisch) motivierte Eingriffe (der Kantone) in die Handels- und Gewerbefreiheit für zulässig erklärte.¹¹⁹ Die Frage, welche Rechtsgüter den polizeilichen zuzurechnen sind, war in der Schweiz geschichtlich betrachtet mithin zumeist durch eine pragmatische Sichtweise geprägt,¹²⁰ welche die jeweils aktuellen Umstände und praktischen Erfordernisse in die Überlegungen einbezog.

III. Polizeiliche Schutzgüter nach heutigem Verständnis

Eine polizeiliche Tätigkeit liegt nach heutigem Verständnis überall dort vor, wo es um den Schutz polizeilicher Güter geht.¹²¹ Deshalb sind vom Polizeibegriff im organisatorischen Sinn¹²² alle Behörden erfasst, welche den Schutz polizeilicher Güter zur Aufgabe haben.¹²³ Entscheidend für das Verständnis der polizeilichen Aufgaben ist demnach die Frage, welche Schutzgüter als polizeilich zu qualifizieren sind. Dafür muss nicht nur auf die historischen Vorläufer abgestellt werden, sondern auch auf die Werthaltung und Auffassung in der jeweiligen Gesellschaft.

Die polizeilichen Schutzgüter umfassen nach der h.L. und Rechtsprechung die öffentliche Ordnung und Sicherheit, die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.¹²⁴ Wenn aber insbesondere die spezialpolizeiliche Tätigkeit¹²⁵ sich auch auf andere Anliegen erstrecken kann,¹²⁶ fragt sich in grundsätzlicher Art und Weise, ob die einzelnen Schutzgüter auch solche staatlichen Interessen erfassen. Falls dies nicht der Fall sein sollte, wäre weiter zu fragen, ob eine extensive Interpretation zu den gewünschten Resultaten führen würde oder ob nicht zusätzliche Kategorien von polizeilichen Gütern geschaffen werden müssten, um der stetig zunehmenden Regelung spezialpolizeilicher Angelegenheiten gerecht zu werden.¹²⁷

¹¹⁹ Vgl. BGE 97 I 499, 502 ff.; vgl. dazu u.a. FAVRE, 261.

¹²⁰ Vgl. SCHINDLER, 394 zur Verwaltungsrechtslehre allgemein; KÖLZ II, 813 ff., 869 f.

¹²¹ Vgl. zum funktionellen (bzw. materiellen oder materiell-funktionellen) Polizeibegriff unter vielen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 3 ff.

¹²² Vgl. zum organisatorischen (bzw. institutionellen oder formell-institutionellen) Polizeibegriff unter vielen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 8 ff.

¹²³ Z.B. die Baupolizei, die Feuerpolizei oder die Gesundheitspolizei (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 4 f.; FAVRE, 260).

¹²⁴ Vgl. unter vielen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2433 ff.; JOST, 25; GÄCHTER, N 118; schon BGE 90 I 321, 323; 91 I 457, 460; 99 Ia 504, 510; 99 Ib 51, 58.

¹²⁵ Auch als verwaltungspolizeiliche Tätigkeit bezeichnet (siehe z.B. bei REINHARD, 32 ff.).

¹²⁶ Z.B. auf den Umweltschutz (vgl. FAVRE, 259; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 16).

¹²⁷ Nach GYGI, 314, sind zwar neue Gefahren entstanden, nicht aber neue Polizeigüter.

Um diese Fragen zu beantworten, sind die Erkenntnisse aus dem historischen Abriss heranzuziehen. Erwünscht ist demnach weder ein Policey-Staat, in welchem sämtliche Belange der Bürger durch eine absolutistisch herrschende Obrigkeit geregelt waren.¹²⁸ Ebenso wenig sollte aber das andere Extrem Richtlinie für die Auslegung des Begriffes der polizeilichen Schutzgüter sein. Den Staat nur dort eingreifen zu lassen, wo es um das absolute Minimum menschlichen Zusammenlebens geht («Nachtwächterstaat»)¹²⁹, reicht nicht. Vielmehr ist u.E. ein Mittelweg zu wählen.

Stellt man sich sowohl staatliches als auch polizeiliches Handeln im Sinne der Mengenlehre als Mengen vor, so müsste ersteres als grosse Menge gelten, welche letztere umfasst. Sicherheitsaspekte sind für die staatliche Existenz von elementarer Bedeutung. Der Teilbereich des polizeilichen Handelns ist als kleinere Menge für die grössere demgemäss konstitutiv. Daraus folgt gleichzeitig aber auch, dass nicht jede staatliche Tätigkeit auch eine polizeiliche darstellt. Um zu verhindern, dass sämtliches staatliches Handeln als polizeiliches erscheint und mit dem Schutz der Polizeigüter legitimiert werden kann, sollte das Feld polizeilicher Schutzgüter klar umrissen werden.¹³⁰ Eine abstrakte Umschreibung ist aber deshalb kaum möglich, weil die verschiedenen Gefährdungsformen nicht von vornherein bestimmbar sind.¹³¹ Mit polizeilichem Handeln sollte aber auch auf solche neuartigen Gefahren adäquat reagiert werden können.

Die polizeilichen Güter im Sinn der neueren Lehre gehen über die Nachtwächteridee hinaus. Es geht also nicht bloss um die Sicherung der Güter, welche für das gesellschaftliche Zusammenleben von herausragender Bedeutung sind, sondern darum, herauszufinden, welche Gefahren notwendigerweise vom Staat zu verhindern bzw. zu beseitigen sind. Ausschlaggebend ist aus diesem Grund weniger die Zahl der Betroffenen, als vielmehr die Natur des Schutzgutes.¹³² Aus diesen Überlegungen kann gefolgert werden, dass die polizeilichen Güter so eng zu fassen sind, dass staatlicher Missbrauch verhindert wird, zugleich aber so weit, dass eine Gefährdung des Einzelnen in seinen grundlegenden Bedürfnissen ausgeschlossen ist.

A. Merkmal der Öffentlichkeit

Geschützt werden als Polizeigüter stets nur die *öffentliche* Ordnung, die *öffentliche* Sicherheit, die *öffentliche* Gesundheit bzw. die *öffentliche* Sittlichkeit. Die Verwendung des Begriffes der Öffentlichkeit macht die Abgrenzung zum Privaten deutlich. Solange

¹²⁸ Vgl. vorne I.B.

¹²⁹ Vgl. Lassalles «Nachtwächteridee» (vorne II).

¹³⁰ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 6.

¹³¹ GÄCHTER, N 106.

¹³² Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2444.

sich ein privates Verhalten nicht nach aussen hin manifestiert und demnach nicht auch eine Störung der Öffentlichkeit nach sich zieht, besteht (vorderhand) kein Anlass für polizeiliches Handeln. Klarzustellen ist immerhin, dass polizeiliches Einschreiten auch dann vonnöten sein kann, wenn sich eine private Handlung bloss gegen ein Individuum richtet. So werden z.B. einfache Körperverletzungen gegenüber dem Ehegatten während der Ehe und bis zu einem Jahr nach der Scheidung von Amtes wegen verfolgt (vgl. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3 StGB).

Die Verwendung des Begriffes der Öffentlichkeit bedeutet darüber hinaus aber auch eine Beschränkung dahingehend, dass polizeiliches Handeln im Sinne eines Eindringens in die Privatsphäre nur unter spezifischen Voraussetzungen möglich ist. Mittels solcher Voraussetzungen verliert die Grenzziehung zwischen Öffentlichem und Privatem aber gleichzeitig auch an Kraft.¹³³ Wo schon der Gesetzgeber private Interessen für so vordringlich erachtet, dass er staatliches Handeln als notwendige Folge daraus legalisiert, besteht das Risiko einer Ausweitung und damit unkontrollierten staatlichen Handelns. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu stellen, ob, und wenn ja, bis zu welchem Grad und auf welche Art und Weise der Einzelne vor sich selbst zu schützen ist.¹³⁴ Diese Fragestellung erweist sich insbesondere beim Schutzgut der öffentlichen Gesundheit als aktueller denn je.¹³⁵ Ob polizeiliches Handeln angezeigt ist, lässt sich also weniger an der Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen festmachen, als vielmehr daran, welches Rechtsgut betroffen ist und ob der Einzelne zu dessen Schutz staatlicher Hilfe bedarf.¹³⁶

B. Öffentliche Ordnung und Sicherheit

In der Lehre wird vorwiegend die Auffassung vertreten, dass die öffentliche Ordnung und Sicherheit den Oberbegriff der polizeilichen Güter bilden.¹³⁷ Die Verwendung eines Oberbegriffes hat den Zweck, die Schutzgüter nicht von vornherein auf die klassischen Güter zu beschränken, sondern Raum zu lassen für die Erfassung allfälliger weiterer Schutzgüter, welche sich im Laufe der Zeit ergeben könnten. Auch wenn eine solche Offenheit wegen der Möglichkeit flexibler Reaktionen auf neue Gefahrenlagen grundsätzlich wünschenswert ist, ist gleichzeitig auch auf das damit verbundene Risiko im

¹³³ Vgl. schon JOST, 50.

¹³⁴ Vgl. dazu JOST, 50 ff.

¹³⁵ Vgl. nur schon die zahlreichen Präventionsprogramme und -kampagnen des Bundesamtes für Gesundheit in den Bereichen Ernährung und Bewegung, Alkohol, Tabak und Drogen (Näheres unter www.bag.admin.ch [besucht am 31.10.2011]).

¹³⁶ JOST, 58.

¹³⁷ Vgl. nur TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 7; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2433; GRISEL, 97 f.; REINHARD, 59.

Zusammenhang mit der mangelnden Bestimmtheit hinzuweisen.¹³⁸ Wenn dabei auch noch bedacht wird, dass gerade polizeiliche Massnahmen oft in schwerwiegender Weise in die grundrechtlich geschützten Positionen der Individuen eingreifen, muss man sich umso mehr die Frage stellen, ob die Verwendung eines solch offenen Begriffes gerechtfertigt ist. Dem Dilemma zwischen der Sicherstellung ausreichender Flexibilität auf der einen und dem Schutz der Individualrechte auf der anderen Seite lässt sich nicht ohne weiteres beikommen. Immerhin kann mit einer Umschreibung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit wenigstens in Konturen nachgezeichnet werden, welche Schutzgüter damit erfasst werden.

Die Polizei hat sich gemäss Bundesgericht auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu beschränken, d.h. diese gegen allfällige Störungen, welche durch eine grenzenlose Freiheit entstehen, zu schützen.¹³⁹ Die öffentliche Ordnung steht damit in einem gewissen Gegensatz zur individuellen Freiheit.¹⁴⁰ Dieser Ansatz ist bereits bei Rousseau zu finden: «Was der Mensch durch den Gesellschaftsvertrag verliert, ist seine natürliche Freiheit und ein unbegrenztes Recht auf alles, wonach ihn gelüftet und was er erreichen kann; was er erhält, ist die bürgerliche Freiheit und das Eigentum an allem, was er besitzt.»¹⁴¹ Nebst dieser sehr weiten Umschreibung sollte man sich auch darauf besinnen, dass sich die öffentliche Ordnung in ihrer Gestalt als Schutzgut grundsätzlich gleich verhält wie die anderen Schutzgüter. Sie sollte also möglichst exakt umschrieben werden, um die Grenzen und den Zweck polizeilichen Handelns bestimmen zu können.

Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung – so viel ist unbestritten – ist eine vordringliche Aufgabe des Staates und daher nicht nur im Zusammenhang mit den polizeilichen Schutzgütern zu finden, sondern auch in anderen Rechtsgebieten.¹⁴² Aber auch die dortige Verwendung des Begriffes lässt noch keine Rückschlüsse auf dessen Inhalt zu. Klar ist, dass sich die polizeiliche Tätigkeit stets gegen die Beeinträchtigung des Bestands des Staates, von Personen und Gütern, oder die Verletzung im öffentlichen Interesse aufgestellter zwingender Rechtsnormen richtet.¹⁴³ Damit sind Vorschriften

¹³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 8. Dieses Problem schlägt sich im Übrigen auch bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen nieder.

¹³⁹ BGE 87 I 114, 117.

¹⁴⁰ Vgl. GRISEL, 99.

¹⁴¹ ROUSSEAU, Erstes Buch, 8. Kapitel; vgl. die Ähnlichkeit zu Montesquieu (vorne I.B). Allerdings existiert für Rousseau letzten Endes keine absolut geschützte Freiheitssphäre des Individuums.

¹⁴² Vgl. z.B. Art. 19 Abs. 2 OR, der von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Verträge nur dann als zulässig bezeichnet, wo die Abweichung nicht gegen die öffentliche Ordnung verstösst. Vgl. weiter Art. 17, 27 und 190 Abs. 2 lit. e IPRG, wo die Einhaltung des schweizerischen «Ordre public» im Zusammenhang mit der Anwendung ausländischen Rechts, der Anerkennung ausländischer Entscheidungen bzw. der Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsentscheiden zur Voraussetzung gemacht wird.

¹⁴³ GRISEL, 98; JOST, 21.

gemeint, welche «nach der herrschenden allgemeinen Auffassung zu den unerlässlichen Voraussetzungen eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens»¹⁴⁴ gehören. Ein solcher objektiver Massstab gilt nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts auch bei der Frage der Eingriffskompetenz der Polizei. Demgemäss kann nicht auf das subjektive Empfinden der Betroffenen abgestellt werden, auch wenn eine Mehrheit des Publikums gleich empfinden sollte.¹⁴⁵ Nach neuester Rechtsprechung scheint das Bundesgericht jedoch das Sicherheitsempfinden mehrerer Personen als Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit genügen zu lassen.¹⁴⁶ Gemäss Bundesgericht stellt das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung ein Faktum dar, das die Rechtssetzung beeinflussen dürfe, wenn es aufgrund von Erhebungen festgestellt werde.¹⁴⁷ Diese bundesgerichtlichen Erwägungen erachten wir als problematisch, nicht nur weil ein subjektiver Massstab naturgemäss zu ganz unterschiedlichen Resultaten führt, sondern darüber hinaus auch, weil ein Gefühl gerade keine Tatsache darstellt. Stellte man auf das subjektive Empfinden der Bevölkerung (welcher Bevölkerung oder welchen Teils der Bevölkerung?) ab, könnte polizeiliche Tätigkeit immer dann legitimiert werden, wenn sich eine (vermeintliche) Verunsicherung oder Angstzustände ergäben. Dies aber würde zu einer unzulässig weiten Legitimierung polizeilichen Handelns führen.

Mit der öffentlichen Sicherheit wird eine Reihe von Individualrechtsgütern wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen, aber auch die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung¹⁴⁸ und die Einrichtungen des Staates erfasst.¹⁴⁹ Die Differenzierung zwischen dem Schutzgut der öffentlichen Ordnung und demjenigen der öffentlichen Sicherheit vermag nicht restlos zu gelingen. Es ist deshalb auch nicht erstaunlich, dass die beiden Begriffe in der Literatur oft zusammen genannt werden.¹⁵⁰ Und auch das Bundesgericht bezeichnet die öffentliche Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht wie z.T. die Lehre als zur öffentlichen Sicherheit, sondern als zur öffentlichen Ordnung gehörend.¹⁵¹ Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die öffentliche Sicherheit nicht nur die Sicherheit des Einzelnen gegen Beeinträchtigungen seiner Rechtsgüter sicherstellen, sondern den Staat an sich sowie dessen Einrichtungen schützen soll. Bisweilen wird davon gesprochen, dass

¹⁴⁴ JOST, 20; vgl. auch MOOR, 17.

¹⁴⁵ BGE 125 I 369, 387.

¹⁴⁶ BGE 132 I 49, 62.

¹⁴⁷ BGE 132 I 7, 12, und BGE 136 I 1, 11 unter Hinweis auf YVO HANGARTNER, in: AJP 2006, 740, 742.

¹⁴⁸ Die Ansicht, dass die öffentliche Ordnung und Sicherheit den Schutz der gesamten Rechtsordnung umfasst, ist deshalb kritisch zu betrachten, weil damit «ein polizeirechtlicher Überbau über die gesamte Rechtsordnung gezogen» wird (REINHARD, 79). Dies aber würde den Begriff der Polizei überstrapazieren.

¹⁴⁹ GYGI, 305 f.; kritisch zu dieser weiten Umschreibung TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 10.

¹⁵⁰ Vgl. z.B. REINHARD, 59 f.

¹⁵¹ Unter vielen BGE 97 I 499, 504 f.

damit die verfassungsmässige Ordnung der Eidgenossenschaft geschützt werden soll.¹⁵² Gemeint kann nichts anderes sein als die Aufrechterhaltung der staatlichen Grundwerte sowie der diesen Zweck verfolgenden Institutionen.

C. Öffentliche Gesundheit und Sittlichkeit

Das Schutzgut der öffentlichen Gesundheit wird von einer äusserst weiten Bandbreite an Regelungsbereichen erfasst. Dazu gehören z.B. Vorschriften über die Kontrolle von Lebensmitteln, Heilmitteln oder Betäubungsmitteln, Vorschriften über die Bekämpfung von Epidemien, aber auch solche über den Schutz der Umwelt.¹⁵³ Zur öffentlichen Gesundheit wird in der Lehre z.T. auch das Schutzgut der öffentlichen Ruhe, welche die Umgebungs-, Arbeits-, Nacht- und Sonntagsruhe gewährleisten soll, gezählt.¹⁵⁴ Aufgrund der sehr weitreichenden Auffächerung kann es nicht allein eine polizeiliche Aufgabe darstellen, den Schutz der öffentlichen Gesundheit sicherzustellen. Vielmehr ist zu verlangen, dass eine umfassende Gesundheitspolitik verfolgt wird, mit dem Ziel, die öffentliche Gesundheit, d.h. diejenige der Bevölkerung als Kollektiv,¹⁵⁵ sicherzustellen.¹⁵⁶ Nur eine Berücksichtigung sämtlicher, den Krankheitsbegriff konstituierender Faktoren, wie die psychische und die physische Gesundheit, aber auch den Menschen indirekt beeinflussende Aspekte wie die ökologische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Beständigkeit, können letztlich dem Begriff der öffentlichen Gesundheit gerecht werden.

Der öffentlichen Sittlichkeit, deren Schutzbereich das sittliche Empfinden der Bevölkerung darstellt, liegt wie anderen sog. Sozialnormen auch die Bedingung inne, sich auf soziale Wertvorstellungen zu berufen, was in der Lehre aus rechtsstaatlichen Gründen Kritik ausgelöst hat. Es sei suspekt, soziale Wertvorstellungen zu schützen, welche gerade nicht die Qualität von Rechtsnormen oder diejenige schutzfähiger Rechte hätten.¹⁵⁷ Welche Sozialnormen rechtlichen Schutz verdienen, müsse vom Gesetzgeber und nicht vom Rechtsanwender entschieden werden. Im Übrigen könne auch gar nicht verlässlich bestimmt werden, welche Sozialnormen für das menschliche Zusammenleben so wichtig seien, dass sie als polizeiliche Schutzgut zu gelten hätten, denn die Wertauffassungen in der Gesellschaft seien dafür zu unterschiedlich.¹⁵⁸ Diese Meinung hat einiges für sich und ist auch in der neueren Literatur mit guten Gründen

¹⁵² Vgl. unter vielen SALADIN, 342.

¹⁵³ REINHARD, 69.

¹⁵⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2436; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 17.

¹⁵⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 16.

¹⁵⁶ REINHARD, 70.

¹⁵⁷ REINHARD, 83.

¹⁵⁸ REINHARD, 84; vgl. auch FAVRE, 267 f.

vertreten worden.¹⁵⁹ Auch das Bundesgericht hat in seiner frühen Rechtsprechung nicht einfach das dem herrschenden sittlichen Empfinden entsprechende Verhalten schlechthin geschützt, sondern nur «die als notwendige Grundlage des Staates anerkannte, d.h. *rechtlich* geschützte sittliche Ordnung».¹⁶⁰

Zu den aufgeführten Mängeln des Begriffes tritt ein weiterer Kritikpunkt, welcher allerdings auf alle anderen Schutzgüter ebenfalls zutrifft: die unzureichende Bestimmtheit. Diese ist aber mit der Natur der polizeilichen Schutzgüter verbunden, sollen doch gerade auch noch unbestimmte Gefährdungsarten mittels polizeilichen Handelns verhindert bzw. beseitigt werden können. Durch eine allzu starke Einengung wäre eine Anpassung an künftige Entwicklungen unmöglich. Will man aber auch dieses Schutzgut weiterhin als zu den Polizeigütern gehörend anschauen,¹⁶¹ erscheint es nicht angebracht, ihm durch eine (zu) restriktive Auslegung von vornherein den Anwendungsbereich zu beschneiden. Bei den anderen Schutzgüter wird die Abhängigkeit von Zeit und Raum¹⁶² und die mangelnde Bestimmtheit selten im gleichen Ausmasse kritisiert wie bei der öffentlichen Sittlichkeit, so dass es sich nicht rechtfertigt, nur an den anderen Schutzgütern, nicht aber an der öffentlichen Sittlichkeit festzuhalten. Dennoch sind bestimmte Voraussetzungen einzuhalten:

Auch für den Sittlichkeitsbegriff gilt, dass sich die Frage der Sittlichkeit einer Verhaltensweise nur dann stellt, wenn sie sich öffentlich, d.h. gegen aussen sichtbar, äussert.¹⁶³ Im Übrigen reicht es nicht, wenn nur das sittliche Empfinden aus der subjektiven Sicht eines Einzelnen – oder auch der Mehrheit – betroffen ist, vielmehr muss ein objektiver Massstab Anwendung finden.¹⁶⁴ Unsittlich im Sinne des Schutzgutbegriffes ist ein bestimmtes Benehmen also höchstens dann, wenn dies in der Gesellschaft allgemein anerkannt und gleichzeitig nicht durch die Auffassung einer beachtlichen Minderheit in Frage gestellt wird.¹⁶⁵ Schutzwürdig sind Sozialnormen unter dem Titel der öffentlichen Sittlichkeit ausserdem nur, wenn sie für ein friedliches Zusammenleben *tatsächlich* unentbehrlich sind.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Vgl. TSCHANNEN, 564 ff.

¹⁶⁰ BGE 34 I 254, 261 (Hervorhebung durch die Verfasser).

¹⁶¹ Wie dies TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 18, fordern.

¹⁶² Vgl. BGE 106 Ia 167, 271: «Der Begriff der Sittlichkeit hängt, wie derjenige der öffentlichen Ordnung überhaupt, in starkem Masse von den herrschenden sozialen und moralischen Anschauungen ab. Er ist deshalb örtlich verschieden und zeitlich wandelbar.»

¹⁶³ Zum Merkmal der Öffentlichkeit vgl. III.A.

¹⁶⁴ Dies hat nicht nur für die öffentliche Sittlichkeit zu gelten, sondern auch für die anderen polizeilichen Schutzgüter (vgl. III.B).

¹⁶⁵ TSCHANNEN, 562.

¹⁶⁶ Zum Ganzen TSCHANNEN, 562 ff.; REINHARD, 87.

D. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

Das Schutzgut von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bezweckt den Schutz der Privaten vor unfairem und täuschendem Geschäftsgebaren.¹⁶⁷ In diesem Zusammenhang ist der jüngst ergangene, aber noch nicht in schriftlicher Form vorliegende Entscheid des Bundesgerichts zu erwähnen.¹⁶⁸ Diesem gemäss war die Herausgabe der Daten betreffend 255 Bankkunden der UBS durch die FINMA rechtmässig, weil sich diese auf die in Art. 36 Abs. 1 BV verankerte polizeiliche Generalklausel zur Abwehr einer unmittelbaren Notlage habe stützen können, zumal sie auch mit Zustimmung des Bundesrats gehandelt habe.¹⁶⁹ Interessant an den Ausführungen des Bundesgerichts ist die Tatsache, dass es die ökonomische Stabilität der Volkswirtschaft als fundamentales Rechtsgut betrachtet, dessen schwere und unmittelbare Gefährdung auf Basis der polizeilichen Generalklausel abgewehrt werden könne.¹⁷⁰ Eine solche Gefährdung durfte die FINMA laut Bundesgericht mit gutem Grund annehmen, weil eine Anklageerhebung gegen die UBS unmittelbar bevorstanden habe und dies mutmasslich zum Konkurs der UBS geführt hätte, was wegen der Systemrelevanz der UBS gravierendste Konsequenzen für die gesamtschweizerische Volkswirtschaft gehabt hätte, von denen ein Grossteil der Bevölkerung betroffen gewesen wäre.¹⁷¹

Weil sich das Schutzgut von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auf den Schutz vor täuschendem Geschäftsgebaren beschränkt, kann es im vorliegenden Zusammenhang nicht als gefährdetes Rechtsgut dienen. Mit der Berufung auf die ökonomische Stabilität der Volkswirtschaft als fundamentales Rechtsgut hat sich das Bundesgericht aber nicht davon abhalten lassen, die offene Formulierung der polizeilichen Schutzgüter zu nutzen und sich implizit dafür auszusprechen, zumindest bei der Drohung allfälliger schwerer, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahren über den Kreis der klassischen polizeilichen Schutzgüter auch weitere existenzielle Rechtsgüter von gesamtschweizerischer Bedeutung zu erfassen. Oder mit anderen Worten: Nebst dem Schutzgut von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr scheint ein weiteres wirtschaftliches Schutzgut in der Gestalt eines «ordre public économique»¹⁷² Formen anzunehmen.

¹⁶⁷ Kritisch zur Zugehörigkeit zu den polizeilichen Schutzgütern REINHARD, 72 f.

¹⁶⁸ BGer, Urteil vom 15.7.2011, 2C_127/2010.

¹⁶⁹ Vgl. JOSI, 2. Abschnitt.

¹⁷⁰ JOSI, 2. Abschnitt.

¹⁷¹ JOSI, 3. Abschnitt.

¹⁷² JOST, 49 mit Verweis auf BERNARD PAUL, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Montpellier 1959, Paris 1962, 36 ff.

E. Weitere polizeiliche Schutzgüter?

Der Begriff der polizeilichen Schutzgüter ist wie gesehen weder in Bezug auf seine Form noch in Bezug auf seinen Inhalt eindeutig. Dadurch wird klar, dass sich der Begriff einer künftigen Entwicklung grundsätzlich nicht verschliesst, weitere schutzwürdige Rechtsgüter also durchaus erfasst oder gar klassische Schutzgüter verdrängt werden könnten.¹⁷³ Insbesondere mit Bezug auf den Begriff der öffentlichen Ordnung als Oberbegriff der polizeilichen Schutzgüter hat mit der Veränderung äusserer Gegebenheiten sowie der Lebenswirklichkeit durch «moderne» Wertvorstellungen eine Auseinandersetzung mit dessen Inhalt stattzufinden.¹⁷⁴ Wie gezeigt sind dabei verschiedene Spannungsfelder zu berücksichtigen, deren Vereinbarung nicht ohne weiteres zu bewerkstelligen ist. Begreift man den Schutz von Polizeigütern als Schutz der elementarsten Bedingungen für das menschliche Miteinander, ist zwar die Veränderung der Grundfesten unvorstellbar, eine Wandlung der Anschauung mit Hinsicht beispielsweise auf sittliche Werte aber sehr wohl möglich, und über die letzten Jahrzehnte ja auch geschehen. Entscheidend ist nach alledem das Bewusstsein für die Wandelbarkeit des Begriffes der öffentlichen Ordnung. Und gerade weil die öffentliche Ordnung als Oberbegriff angesehen wird, muss daraus folgen, dass mit der Veränderung der Wertvorstellungen einer Gesellschaft je nach Anschauung entweder anderes unter den Begriff der öffentlichen Ordnung subsumiert werden könnte oder neben der öffentlichen Ordnung weitere polizeiliche Schutzgüter zuzulassen wären. Mit der Berufung auf das Rechtsgut der volkswirtschaftlichen Stabilität hat das Bundesgericht bewiesen, dass solche Überlegungen nicht rein theoretischer Natur sind.

Neben der zeitlichen Komponente ist aber auch die örtliche nicht zu vernachlässigen. Es kommt in entscheidendem Masse darauf an, in welchem kulturellen Kontext wir leben. Im einen Fall wird etwa die Prostitution mit allen Mitteln als unsittlich bekämpft, während im andern eine staatliche Lenkung mit dem Zur-Verfügung-Stellen von «Verrichtungsboxen» als im Sinne der öffentlichen Gesundheit «richtig» beurteilt wird. Zum Erhalt der staatlichen Reaktionsfähigkeit im Falle neuer Gefährdungslagen wäre es in diesem Sinne verfehlt, wenn der Gesetzgeber die polizeilichen Güter auf ein paar wenige mit beschränktem Inhalt festlegen würde. Damit darf dem Staat selbstverständlich aber auch kein Freipass ausgestellt werden, leichterhand den Schutzbereich bestehender Polizeigüter auszuweiten oder neue Polizeigüter einzuführen.

Die geschichtlichen und aktuellen Diskussionen führen uns zu drei kurzen Thesen: Erstens durchdringen die polizeilichen Schutzgüter aufgrund ihres weitreichenden Spektrums die gesamte Rechtsordnung. Zweitens unterliegen Art und Umfang polizeilicher

¹⁷³ Vgl. JOST, 25 f.; kritisch GYGI, 314; REINHARD, 74.

¹⁷⁴ JOST, 23 f.

Schutzgüter einem steten Wandel, welcher Zeit und Ort gleichermassen betrifft. Und drittens lassen sich die Schutzbereiche polizeilicher Güter, insbesondere der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, nur schematisch voneinander abgrenzen.

Literaturverzeichnis

- BERG GÜNTHER HEINRICH VON, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, Bde. 1, 2 und 4, Hannover 1799, 1802 und 1804
- BLICKLE PETER/KISSLING PETER/SCHMIDT HEINRICH RICHARD (Hrsg.), Gute Policey als Politik im 16. Jahrhundert. Die Entstehung des öffentlichen Raumes in Oberdeutschland, Frankfurt a.M. 2003
- DELAMARE NICOLAS, Traité de la Police, Paris 1705, Bd. 1, abrufbar unter <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1098988/f9.image> (besucht am 31.10.2011)
- EBNÖTHER CHRISTOPH, Polizei, in: Historisches Lexikon der Schweiz, 28.9.2010, abrufbar unter <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9638.php> (besucht am 31.10.2011)
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux, ZSR 2011 227 ff.
- FLEINER FRITZ, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Tübingen 1919 (zit. FLEINER, Institutionen)
- FLEINER FRITZ, Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zit. FLEINER, Bundesstaatsrecht)
- FLEINER FRITZ, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz. Akademische Antrittsrede in Zürich 1916, in: DERS., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 163 ff. (zit. FLEINER, Staatstheorien)
- FLEINER FRITZ, Otto Mayer, in: DERS., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 351 ff. (zit. FLEINER, Mayer)
- GÄCHTER THOMAS, in: GIOVANNI BIAGGINI/THOMAS GÄCHTER/REGINA KIENER (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 30
- GRISEL ETIENNE, La définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, 91 ff.
- GROMITSARSIS ATHANASIOS, Das deutsche System des französischen Verwaltungsrechts, in: MAYER, Theorie, VII ff.
- GYGI FRITZ, Zum Polizeibegriff, in: FRITZ GYGI, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Bern 1986, 305 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010
- HALLER KARL LUDWIG VON, Restauration der Staatswissenschaften, 2. Band, 2. Aufl., Winterthur 1820
- HENKE EDUARD, Öffentliches Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone der Schweiz, Aarau 1824
- HUMBOLDT WILHELM VON, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Breslau 1851
- ISELI ANDREA, «Bonne police». Frühneuzeitliches Verständnis von der guten Ordnung eines Staates in Frankreich, Epfendorf 2003 (zit. ISELI, *police*)

- ISELI ANDREA, Gute Polickey. Öffentliche Ordnung in der frühen Neuzeit, Stuttgart 2009 (zit. ISELI, Polickey)
- JOSI PETER, Rechtmässiges Handeln der Finna, Datenherausgabe an die USA laut Bundesgericht zulässig, NZZOnline vom 16.7.2011
- JOST ANDREAS, Die neuste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975
- JUSTI JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON, Grundsätze der Polickeywissenschaft, Göttingen 1756 (zit. JUSTI, Grundsätze)
- JUSTI JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON, Der Grundriss einer guten Regierung in fünf Büchern verfasst, Frankfurt und Leipzig 1759 (zit. JUSTI, Grundriss)
- JUSTI JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON, Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten oder ausführliche Vorstellung der gesamten Polickey-Wissenschaft, Erster Band, Königsberg und Leipzig 1760 (zit. JUSTI, Grundfeste)
- KANT IMMANUEL, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785
- KLEY ANDREAS, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011
- KÖLZ ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 (Band I), sowie Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004 (Band II)
- KROPF BLAISE, Der Begriff der politischen Theorie – das Konzept aus der administrativen Praxis. Zum Entstehen der police im frühneuzeitlichen Frankreich, in: BLICKLE/KISSLING/SCHMIDT, 491 ff.
- LASSALLE FERDINAND, Arbeiterprogramm. Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes, 12. April 1862/Anfang Januar 1863, in: DERS., Reden und Schriften, Bremen 2010, 124 ff.
- MAIER HANS, Polizei als politische Theorie zu Beginn der frühen Neuzeit, in: BLICKLE/KISSLING/SCHMIDT, 569 ff. (zit. MAIER, Polizei)
- MAIER HANS, Gesammelte Schriften, Bd. 4: Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 3. Aufl., München 2009 (zit. MAIER, Staats- und Verwaltungslehre)
- MATSUMOTO NAOKO, Polizeibegriff im Umbruch. Staatszwecklehre und Gewaltenteilungspraxis in der Reichs- und Rheinbundpublizistik, Frankfurt a.M. 1999
- MAYER OTTO, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Nachdruck der Erstausgabe (Strassburg 1886), Goldbach 1998 (zit. MAYER, Theorie)
- MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Leipzig 1895 (zit. MAYER, Verwaltungsrecht)
- MOHL ROBERT VON, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen 1832
- MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARON DE (LA BRÈDE ET ...), De l'esprit des loix, Genève 1748
- MOOR PIERRE, Droit administratif, Vol. I: Les fondements généraux, 2. Aufl., Bern 1994
- PAULY JOHANN CHRISTIAN, Die Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt a.M. 2000
- PREU PETER, Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts, Göttingen 1983
- PÜTTER JOHANN STEPHAN, Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts, Göttingen 1764 (zit. PÜTTER, Begriff)
- PÜTTER JOHANN STEPHAN, Institutiones iuris publici Germanici, 1. Aufl., Göttingen 1770, 3. Aufl., Göttingen 1782 (zit. PÜTTER, Institutiones)
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht. Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Diss. Bern 1993

- RENGGER ALBRECHT, Meinung des Bürger Rengger, Mitglied der Helvetischen Tagsatzung, über den durch das Gesetz vom 29. May promulgirten Verfassungsentwurf, Bern/Zürich 1801
- ROGGEN RONALD, «Restauration» – Kampftruf und Schimpfwort, Freiburg 1999
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, Stuttgart 2008
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Aufl., Bern 1982
- SCHINDLER BENJAMIN, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 2011 331 ff.
- SCHMITZ THOMAS WOLFGANG, Rechtsstaat und Grundrechtsschutz im französischen Polizeirecht, Baden-Baden 1989
- SCHOLLENBERGER JOHANN JACOB, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizerischen Kantone, III. Band, Das Verwaltungsrecht, Zürich 1899
- SNELL LUDWIG, Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und ächten Repräsentativsystem, das keine Vorrechte noch Exemptionen kennt, sondern auf der Demokratie beruht, Zürich 1830/31 (zit. L. SNELL, Entwurf)
- SNELL LUDWIG, Die neuere Gesellschaft und die Wissenschaften, Neues schweizerisches Volksblatt, Nrn. 5, 6 und 7 vom 3., 10. und 17. Februar 1853, abgedruckt in: HEINRICH STIEFEL, Dr. Ludwig Snells Leben und Wirken. Ein Beitrag zur Geschichte der regenerierten Schweiz, Zürich 1858, 321 ff. (zit. L. SNELL, Gesellschaft)
- SNELL WILHELM, Naturrecht nach den Vorlesungen (posthum), hrsg. von einem Freunde des Verewigten, Bern 1859 (zit. W. SNELL)
- SOLAND ROLAND, Joachim Leonz Eder und die Regeneration im Thurgau 1830-1831, Weinfelden 1980
- STOLLEIS MICHAEL, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Erster Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, München 1988
- TSCHANNEN PIERRE, «Öffentliche Sittlichkeit»: Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?, in: BENOÎT BOVAY/MINH SON NGUYEN (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Bern 2005, 553 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009
- VOIGT HEINZ ALEX, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945
- WEBER FLORIAN, Benjamin Constant und der liberale Verfassungsstaat. Politische Theorie nach der französischen Revolution, Wiesbaden 2004
- WOLFFERS ARTUR, Der Begriff der Polizei, ZBl 1941 385 ff.