

RISIKO

GRUNDLAGEN

Individualrisiko und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft und im Recht

[Hansjörg Seiler]

POLIZEI & MILITÄR

Legistische Herausforderungen im Polizeirecht

[Arthur Brunner/Matthias Kradolfer]

Kantonales Bedrohungsmanagement und Terrorismusbekämpfung nach revidiertem BWIS

[Patrice Martin Zumsteg]

UMWELT & GESUNDHEIT

Übernahme von Risiko-urteilungen im Rahmen von transnationalen Verwaltungsakten

[Marco Zollinger]

RISIKO & RECHT

AUSGABE 02 / 2023

RECHT

RISIKO RECHT

Risiko & Recht macht es sich zur Aufgabe, Rechtsfragen der modernen Risikogesellschaft zu analysieren. Berücksichtigung finden Entwicklungen in verschiedensten Gebieten, von denen Sicherheitsrisiken für Private, die öffentliche Ordnung, staatliche Einrichtungen und kritische Infrastrukturen ausgehen. Zu neuartigen Risiken führt zuvorderst der digitale Transformationsprozess und der damit verbundene Einsatz künstlicher Intelligenz; des Weiteren hat die Covid-Pandemie Risikopotentiale im Gesundheitssektor verdeutlicht und auch der Klimawandel zwingt zu umfassenderen Risikoüberlegungen; schliesslich geben gesellschaftliche Entwicklungen, u.a. Subkulturenbildung mit Gewaltpotential, Anlass zu rechtlichen Überlegungen. Risiko und Recht greift das breite und stets im Wandel befindliche Spektrum neuartiger Risikosituationen auf und beleuchtet mit Expertenbeiträgen die rechtlichen Herausforderungen unserer Zeit.

Editorial 5

GRUNDLAGEN

Individualrisiko und Kollektivrisiko in der
Risikowissenschaft und im Recht
[Hansjörg Seiler] 7

POLIZEI & MILITÄR

Legistische Herausforderungen im Polizeirecht
[Arthur Brunner / Matthias Kradolfer] 34

Kantonales Bedrohungsmanagement und
Terrorismusbekämpfung nach revidiertem BWIS
[Patrice Martin Zumsteg] 66

UMWELT & GESUNDHEIT

Übernahme von Risikobeurteilungen im Rahmen von
transnationalen Verwaltungsakten
[Marco Zollinger] 86

Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Noch vor Jahresende erscheint bereits die zweite Ausgabe des neuen eJournal Risiko & Recht. Inhaltlich macht es sich Risiko & Recht zur Aufgabe, Rechtsfragen der modernen Risikogesellschaft zu analysieren. Berücksichtigung finden Entwicklungen in verschiedensten Gebieten, von denen Sicherheitsrisiken für Private, die öffentliche Ordnung, staatliche Einrichtungen und kritische Infrastrukturen ausgehen.

Prof. Dr. Hansjörg Seiler eröffnet die vorliegende Ausgabe mit einem grundlegenden Beitrag zum Unterschied zwischen Kollektiv- und Individualrisiken. In der Risikowissenschaft ist dieser Unterschied fundamental. Demgegenüber wurde er bisher in der Gesetzgebung nur teilweise und in der Rechtsprechung überhaupt nicht berücksichtigt. Das führt zu inkohärenten und widersprüchlichen Urteilen. Der Beitrag postuliert, dass auch das Recht diesen Unterschied zur Kenntnis nimmt.

Im folgenden Beitrag befassen sich Dr. Arthur Brunner und PD Dr. Matthias Kradolfer mit den Herausforderungen bei der Gesetzgebung im Bereich des Polizeirechts im Lichte konfligierender Interessen und dynamischer Rahmenbedingungen. Der Beitrag analysiert die formell-rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normierung des präventiv-polizeilichen Handelns durch die Kantone und erörtert zunächst die Implikationen, die sich für den kantonalen Polizeigesetzgeber aus der Zuständigkeit des Bundes für den Erlass des Strafprozessrechts ergeben. Es folgen Überlegungen zu Legalitätsprinzip und polizeilicher Generalklausel.

Dr. Patrice Martin Zumsteg widmet sich einer Untersuchung des kantonalen Bedrohungsmanagements und der kantonalen Terrorismusbekämpfung, nachdem am 1. Juni 2022 die neuen Bestimmungen auf Bundesebene zur „Verhinderung terroristischer Aktivitäten“ hinzugetreten sind. Sein Beitrag analysiert das Zusammenspiel beider Ebenen und gelangt zu der Erkenntnis, dass das Bedrohungsmanagement von Bund und Kantonen insgesamt noch sehr fragmentarisch geregelt ist. Entsprechend unterbreitet er Reformvorschläge, um die präventive Gefahrenabwehr auf eine rechtsstaatlich hinreichende Grundlage zu stellen.

Dr. Marco Zollinger beschäftigt sich zum Schluss der zweiten Ausgabe von Risiko & Recht mit der Thematik der transnationalen Verwaltungsakte, in deren Rahmen ein Staat die Rechtswirkungen eines ausländischen Verwaltungsakts anerkennt. Bislang findet dieses Phänomen in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung nur gelegentlich Beachtung. Der Beitrag veranschaulicht den Anerkennungsmechanismus anhand der Anerkennungsnorm in der Pflanzenschutzmittelverordnung zur Streichung von Wirkstoffen, die in Pflanzenschutzmitteln enthalten sind. Er beleuchtet die Anerkennungsnorm im Lichte des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit und beurteilt den Anerkennungsmechanismus unter dem Blickwinkel des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.

Wir wünschen Ihnen, geschätzte Leserinnen und Leser, eine anregende Lektüre und erlauben uns noch auf die Möglichkeit eines [Print-Abonnements](#) sowie eines [Gönner-Abonnements](#) hinzuweisen.

Tilman Altwicker
Goran Seferovic
Franziska Sprecher
Stefan Vogel
Sven Zimmerlin

Individualrisiko und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft und im Recht

Hansjörg Seiler*

Der Beitrag beschreibt den Unterschied zwischen Kollektiv- und Individualrisiken. In der Risikowissenschaft ist dieser Unterschied fundamental. Demgegenüber wurde er bisher in der Gesetzgebung nur teilweise und in der Rechtsprechung überhaupt nicht berücksichtigt. Das führt zu inkohärenten und widersprüchlichen Urteilen. Der Beitrag postuliert, dass auch das Recht diesen Unterschied zur Kenntnis nimmt.

Inhalt

I.	Einleitung	8
II.	Begrifflichkeit	9
	1. Risiko	9
	2. Grossrisiko	10
	3. Individualrisiko	11
	4. Kollektivrisiko	12
	5. Verhältnis zwischen Individual- und Kollektivrisiko	13
III.	Individual- und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft	15
	1. Reduktion von Individual- und Kollektivrisiko	15
	2. Risikoaversion	18

* Prof. Dr. iur. HANSJÖRG SEILER studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bern. Er arbeitete unter anderem als Leiter der Zentralstelle des Polyprojekts „Risiko und Sicherheit technischer Systeme“ an der ETH Zürich sowie als Leiter des Nationalfonds-Projekts „Risk Based Regulation“ und befasste sich in diesem Rahmen mit der interdisziplinären Risikoforschung und mit der rechtlichen Beurteilung von Risiken. Anschliessend war er Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Professor für öffentliches Recht an der Universität Luzern und von 2005-2021 ordentlicher Richter am schweizerischen Bundesgericht. Seit-her ist er im Ruhestand.

IV. Individual- und Kollektivrisiko im Recht	19
1. Gesetzgebung	19
2. Rechtsprechung	21
a) Grundrechtliche Schutzpflicht	22
b) Legitimation	25
V. Würdigung	28
1. Allgemein	28
2. Grundrechte; Grundrechtliche Schutzpflicht	29
3. Legitimation	31
4. Quintessenz	32
VI. Zusammenfassung	32

I. Einleitung

Risikobegrenzung ist eine klassische Aufgabe des Rechts. Alle Rechtsgebiete tragen dazu bei, hauptsächlich aber das Polizeirecht als Teil des Verwaltungsrechts.

Das gilt unabhängig davon, ob die Risiken durch menschliche Aktivitäten (z.B. Betrieb technischer Einrichtungen, Einsatz gesundheits- oder umweltgefährdender Produkte) oder durch natürliche Ereignisse (Krankheiten, Naturgefahren) resultieren. In beiden Fällen trifft das Polizeirecht Vorkehrungen, um Risiken zu begrenzen.

Polizeirechtliche Massnahmen zur Risikobegrenzung wurden traditionell als Instrumente der Eingriffsverwaltung betrachtet: Das Recht schreibt bestimmte risikoreduzierende Massnahmen vor, welche sich oft als Einschränkungen von Grundrechten (Wirtschaftsfreiheit, Versammlungsfreiheit, persönliche Freiheit usw.) darstellen und den entsprechenden Voraussetzungen (Art. 36 BV) genügen müssen. Die jüngere grundrechtliche Diskussion hat aus den Grundrechten auch eine staatliche Schutzpflicht abgeleitet: Wegleitend sind dafür etwa die Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu Nuklearanlagen:¹ Das Grundrecht auf Schutz von Leib und Leben verlangt, dass der Staat tätig wird, um Gefahren abzuwehren; daraus können sich verfassungsrechtliche Schutzpflichten ergeben, die es gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, dass die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt.² Eine Grundrechtseinschränkung oder -verletzung liegt dann

¹ Kalkar, BVerfGE 49, 89; Mühlheim-Kärlich, BVerfGE 53, 30.

² BGE 147 I 450 E. 3.2.3.

nicht darin, dass polizeiliche Massnahmen getroffen werden, welche Grundrechte einschränken, sondern umgekehrt darin, dass *keine* solche Massnahmen getroffen werden und deshalb Personen zu Schaden kommen.

So oder so müssen risikoreduzierende Massnahmen verhältnismässig sein. Das bedeutet, dass das Recht nicht sämtliche Risiken vermeiden kann; ein Null-Risiko kann nicht verlangt werden.³ Denn das Leben ist immer lebensgefährlich: Die meisten menschlichen Aktivitäten können unter bestimmten Umständen Schäden zur Folge haben. Naturgefahren wie Blitzeinschläge, Hochwasser oder Epidemien treten regelmässig auf. Und schliesslich wird jeder Mensch einmal sterben. Ein absoluter Schutz vor allen Risiken ist deshalb schon gedanklich unmöglich. Auch die grundrechtliche Schutzpflicht verlangt nicht ein Null-Risiko: Es geht darum, das erlaubte oder akzeptable Risiko festzulegen und von unerlaubten, rechtswidrigen Risiken abzugrenzen. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist nach dem akzeptablen Risiko zu fragen, was eine Abwägung zwischen den involvierten Interessen voraussetzt.⁴ Dabei gilt die Je-desto-Formel: Je grösser die drohenden Risiken sind, desto eher sind risikoreduzierende Massnahmen gerechtfertigt bzw. geboten.⁵

Von der Höhe oder Grösse eines Risikos zu sprechen, setzt voraus, dass man das Risiko quantifizieren kann.⁶

In der Risikowissenschaft ist dabei der Unterschied zwischen Kollektiv- und Individualrisiken wichtig. Der vorliegende Beitrag will darlegen, wie in der Risikowissenschaft und im Recht mit diesen Begriffen umgegangen wird.

II. Begrifflichkeit

1. Risiko

Als Risiko wird die Möglichkeit eines *unerwünschten* Ereignisses bezeichnet, dies als Gegenbegriff zur Chance, welche die Möglichkeit eines *erwünschten* oder *erhofften* Ereignisses bezeichnet. Das unerwünschte Ereignis kann z.B. ein wirtschaftlicher Schaden sein. Das ist meistens gemeint im Zusammenhang mit dem Risiko einer Vermögensanlage, einer Investition usw.

³ BGE 147 I 450 E. 3.2.3; 143 II 518 E. 5.7; 139 II 185 E. 11.3, 11.5.3.

⁴ BGE 147 I 450 E. 3.2.3.

⁵ BGE 143 II 518 E. 8.3.4.

⁶ BGE 147 I 450 E. 3.2.4.

In rechtlicher Hinsicht ist das unerwünschte Ereignis, das zu vermeiden ist, die Beeinträchtigung von Rechtsgütern. In der polizeirechtlichen Risikodiskussion stehen meistens Risiken für Leben und Gesundheit im Vordergrund. Aber auch Risiken für andere Güter (Sachgüter, Umweltgüter, wirtschaftliche Werte usw.) sind rechtserheblich.

Zentral für den Risikobegriff ist, dass sich seine Grösse bestimmt nach dem Ausmass der möglichen Schädigungen und der Wahrscheinlichkeit, mit der diese eintreten.⁷ In der Regel wird das Risiko als Multiplikation von Schadenshöhe und Eintretenswahrscheinlichkeit ausgedrückt. Das erlaubt einen quantitativen Vergleich auch sehr unterschiedlicher Risiken: Man kann z.B. die Risiken aufgrund von Krankheiten, Unfällen, Naturgefahren, technischen Risiken usw. miteinander vergleichen.

Mit der Multiplikation lassen sich auch Risiken, bei denen ein kleiner Schaden mit grosser Wahrscheinlichkeit eintritt, vergleichen mit Risiken, bei denen ein grosser Schaden mit kleiner Wahrscheinlichkeit eintritt.

Beispiele:

1. Ich erleide mit Wahrscheinlichkeit von 10% einen Schaden von 10: Das Risiko (Erwartungswert des Schadens ist) ist 1.
2. Ich erleide mit einer Wahrscheinlichkeit von 1% einen Schaden von 100: Das Risiko ist ebenfalls 1.
3. Ich erleide mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,01% einen Schaden von 1000: Das Risiko ist 0,1, also zehnmal kleiner.

2. Grossrisiko

In der allgemeinen und z.T. auch in der rechtlichen Risikodiskussion wird manchmal von Grossrisiken gesprochen. Geht man von der Definition „Risiko = Schaden × Wahrscheinlichkeit“ aus, kann ein grosses Risiko sowohl darin liegen, dass ein hoher Schaden droht als auch dass ein Schaden mit einer

⁷ So Art. 2 Abs. 5 der Verordnung vom 27. Februar 1991 über den Schutz vor Störfällen (Störfallverordnung, StFV; SR 814.012); ähnlich z.B. Anhang I Ziff. 1.1.1.e der EU-Maschinenrichtlinie (Richtlinie 2006/42/EG): Risiko ist „die Kombination aus der Wahrscheinlichkeit und der Schwere einer Verletzung oder eines Gesundheitsschadens, die in einer Gefährdungssituation eintreten können“; vgl. dazu BGE 143 II 518 E. 5.6.

hohen Wahrscheinlichkeit droht. Im obigen Beispiel ist das Risiko 3 im Vergleich zu den Risiken 1 und 2 kein Grossrisiko, obwohl der drohende Schaden viel grösser ist.

In der allgemeinen, wie in der juristischen Diskussion, ist nicht immer klar, wie der Begriff der Grossrisiken verstanden wird.

Er ist vor allem im Zusammenhang mit dem Versicherungsrecht geläufig: Dort bezeichnet er Risiken, die nicht oder schwer versicherbar sind, weil sie entweder ein sehr hohes Schadenspotenzial haben oder weil ihre Eintretenswahrscheinlichkeit derart ungewiss ist, dass eine versicherungsmathematische Risikokalkulation nicht möglich ist.

Auch umgangssprachlich wird der Begriff der Grossrisiken oft verwendet für Risiken mit einem grossen Schadenspotenzial, auch wenn die Eintretenswahrscheinlichkeiten gering sind. Im obigen Beispiel wäre dann das Risiko 3 ein Grossrisiko im Vergleich zu den Risiken 1 und 2.

3. Individualrisiko

Individualrisiko ist das Risiko eines bestimmten Individuums. Das Risiko ist das Produkt aus dem Schaden, der *diesem bestimmten Individuum* droht, und der Wahrscheinlichkeit, mit der dieser Schaden eintritt. Beispiel: Ein Hochwasser kann das Grundstück eines bestimmten Grundeigentümers verwüsten; das Risiko ergibt sich aus der Multiplikation der verwüsteten Fläche mit der Wahrscheinlichkeit, dass diese Fläche verwüstet wird.

Wird das Individualrisiko auf den Tod bezogen, ist das Risiko (individuelles Todesfallrisiko) gleichbedeutend mit der Sterbewahrscheinlichkeit. Da jeder Mensch einmal sterben wird, ist das individuelle Todesfallrisiko bezogen auf das ganze Leben immer 1 (bzw. 100%). So allgemein betrachtet ist eine Risikoaussage sinnlos.

Das individuelle Todesfallrisiko kann nur sinnvoll in Bezug auf ein bestimmtes Ereignis verstanden sein, z.B. die Wahrscheinlichkeit, an einer bestimmten Ursache (Krankheit, Unfall, Gewaltdelikte usw.) zu sterben, und/oder auf einen bestimmten Zeitraum, z.B. die Wahrscheinlichkeit, im nächsten Jahr an einem Strassenverkehrsunfall, an einem Berufsunfall, an Grippe oder infolge eines Gewaltdelikts zu sterben.

Die individuelle Todesfallwahrscheinlichkeit kann je nach Bevölkerungsgruppe sehr unterschiedlich sein: Für 90-Jährige ist die Wahrscheinlichkeit, im nächsten Jahr zu sterben, deutlich höher als für 20-Jährige. Für Forstarbeiter ist die

Wahrscheinlichkeit, bei einem Berufsunfall zu sterben, bedeutend höher als bei Personen mit Büroberufen. Für Berufspiloten ist das Risiko, bei einem Flugzeugabsturz zu sterben, höher als bei jemandem, der nie fliegt.

Man kann Aussagen machen zu Durchschnittsrisiken, z.B. das durchschnittliche individuelle Risiko der Schweizer Wohnbevölkerung, im nächsten Jahr an einem Berufsunfall zu sterben, doch handelt es sich dabei um Durchschnittswerte, welche – wie alle Durchschnittswerte – die grossen Unterschiede zwischen verschiedenen Bevölkerungsgruppen nicht zum Ausdruck bringen.

Bezogen auf die Todesfallrisiken ist das individuelle Risiko immer maximal ein Todesfall. Denn mehr als einmal sterben kann ein Mensch nicht. Das bedeutet auch, dass bezogen auf Individualrisiken der Begriff des Grossrisikos nicht sinnvoll ist. Mehr oder weniger gross ist nur die *Wahrscheinlichkeit* einer bestimmten Todesursache. Aber das Schadenspotenzial ist immer maximal ein Toter.

4. Kollektivrisiko

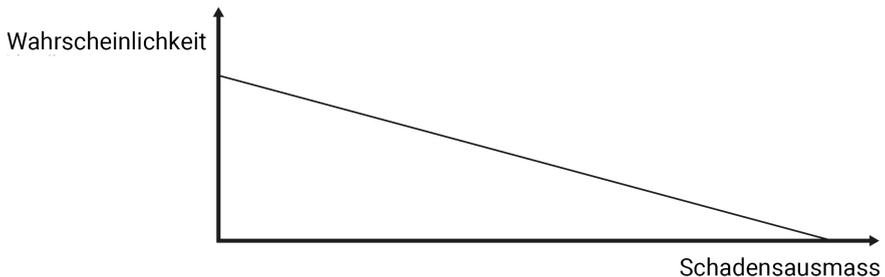
Das Kollektivrisiko ist das Risiko, das ein bestimmtes Kollektiv trägt. Auch hier ist eine Bezugsgrösse erforderlich. Man kann z.B. das Todesfallrisiko der Bevölkerung eines bestimmten Landes für eine bestimmte Todesursache für einen bestimmten Zeitraum betrachten. So sterben z.B. in der Schweiz ca. 200 Personen pro Jahr an Strassenverkehrsunfällen. Das heisst, das jährliche kollektive Strassenverkehrsunfall-Todesrisiko in der Schweiz beträgt 200.

Manche Risikoquellen führen mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten zu unterschiedlichen Schäden. So kann z.B. ein bestimmter Fluss durchschnittlich jedes Jahr einmal über die Ufer treten und jeweils geringe Schäden verursachen. Es sind auch stärkere Hochwasser möglich, die grössere Schäden verursachen, aber dafür seltener auftreten.

Auch hier gilt die Produkteformel Schadenshöhe mal Wahrscheinlichkeit: Ein Hochwasser, welches mit einer Wahrscheinlichkeit von 1%/Jahr 10 Tote zur Folge hat, ist ein gleich hohes Kollektivrisiko, wie ein Hochwasser, das mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,1%/Jahr 100 Tote zur Folge hat: Beide Ereignisse haben den Erwartungswert von 0,1 Tote pro Jahr.

Von Bedeutung ist aber nicht nur das Risiko eines einzelnen Hochwassers, denn es gibt verschiedene Hochwasser mit unterschiedlichen Tragweiten und unterschiedlichen Eintretenswahrscheinlichkeiten. Interessant ist das Gesamt-Kollektivrisiko, das von diesem Fluss ausgeht. Typischerweise sind stärkere Hochwasser seltener als geringere. Das Gesamt-Kollektivrisiko wird so

ermittelt, dass für jedes einzelne Szenario das Schadensausmass und die Eintretenswahrscheinlichkeit erfasst wird. Das Ergebnis wird in einem Diagramm (Wahrscheinlichkeits-/Ausmass-Diagramm) dargestellt.



Das Kollektivrisiko entspricht dann der Fläche unterhalb der schrägen Linie.

In Bezug auf das Kollektivrisiko ist der Begriff des Grossrisikos eher aussagekräftig. Allerdings kann er eben sowohl Risiken bezeichnen, die selten viele Todesfälle bewirken als auch Risiken, die häufig geringe Schäden bewirken. So mag z.B. ein Flugzeugabsturz mit Hunderten von Toten als Grossrisiko betrachtet werden, aber effektiv ist das Kollektivrisiko von Flugzeugabstürzen viel kleiner als das Kollektivrisiko des Strassenverkehrs, der sehr häufig Tote verursacht, allerdings in der Regel jeweils nur wenige pro Ereignis.

5. Verhältnis zwischen Individual- und Kollektivrisiko

In einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ist die Summe aller Individualrisiken der Angehörigen dieser Gruppe gleich dem Kollektivrisiko dieser Gruppe. Und umgekehrt: Das Kollektivrisiko eines bestimmten Ereignisses für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe, dividiert durch die Anzahl dieser Bevölkerung, ergibt das durchschnittliche Individualrisiko für die Angehörigen dieser Bevölkerungsgruppe.

Beispiel: In der Schweiz sterben jährlich ca. 200 Personen an Strassenverkehrsunfällen. Das Kollektivrisiko ist also 200 Tote pro Jahr. Dividiert durch eine Bevölkerung von (aufgerundet) 10 Mio. ergibt dies ein durchschnittliches jährliches Individualrisiko von 2×10^{-5} ⁸.

⁸ Unter der vereinfachenden Annahme, dass alle Todesfallopfer der schweizerischen Wohnbevölkerung angehören. In der Realität sterben in der Schweiz auch einige Personen, die im Ausland wohnen und umgekehrt sterben einige Personen, die in der Schweiz wohnen, bei Strassenverkehrsunfällen im Ausland. Vereinfachend gesehen dürften sich diese Effekte etwa ausgleichen.

Je grösser das Kollektivrisiko ist, desto grösser ist in diesem Beispiel auch das Individualrisiko. Würde sich die Zahl der Strassenverkehrsunfall-Todesopfer verdoppeln, so würden sich sowohl das Kollektivrisiko als auch (bei gleichbleibender Bevölkerungszahl) das durchschnittliche Individualrisiko verdoppeln.

Anders verhält es sich aber, wenn sich die Vergrösserung des Kollektivrisikos nur aus einer Vergrösserung des Schadenspotenzials ergibt, bei gleichbleibender oder gar tieferer Eintretenswahrscheinlichkeit.

So ist z.B. die Wahrscheinlichkeit, dass ein Flugzeug abstürzt, ca. 10^{-6} pro Flug. Geht man vereinfachend⁹ davon aus, dass der Absturz mit 100% Wahrscheinlichkeit zum Tod aller Personen im Flugzeug führt, ist somit das individuelle Sterbensrisiko für jede einzelne Person 10^{-6} pro Flug. Befinden sich 100 Personen im Flugzeug, ist somit das Kollektivrisiko 10^{-4} Tote pro Flug. Befinden sich hingegen 300 Personen im Flugzeug, ist das Kollektivrisiko dreimal so hoch, also 3×10^{-4} . Das Individualrisiko für jeden Einzelnen ist aber unverändert 10^{-6} .

Oder ein anderes Beispiel:

- Eine bestimmte Lokalität wird mit einer Wahrscheinlichkeit von 1%/Jahr von einer Lawine bedroht, welche für die Personen, die sich dort aufhalten, tödlich ist. Das individuelle Todesfallrisiko ist also für die Personen, die sich dort befinden, 1% bzw. 0,01 pro Jahr.
- Befinden sich in der betroffenen Lokalität durchschnittlich 100 Personen, ist das Kollektivrisiko somit 1 Todesfall/Jahr.
- Befinden sich dort aber durchschnittlich 1000 Personen, ist das Kollektivrisiko 10 Todesfälle/Jahr. Das Individualrisiko ist aber unverändert 0,01/Jahr.

Aus diesen Beispielen wird ersichtlich, dass ein hohes Individualrisiko nicht zwingend mit einem hohen Kollektivrisiko korreliert: Ist das Schadenspotenzial hoch, aber die Eintretenswahrscheinlichkeit klein, ist das Individualrisiko klein, auch wenn das Kollektivrisiko gross sein mag. Ist umgekehrt die Eintretenswahrscheinlichkeit (für einen bestimmten Personenkreis) hoch, aber das Schadenspotenzial gering (weil nur ein kleiner Personenkreis betroffen ist), so ist das Individualrisiko für die Angehörigen dieses Personenkreises hoch, aber das Kollektivrisiko gering.

⁹ Aber nicht weit von der Realität entfernt.

Beim Kollektivrisiko kommt nicht zum Ausdruck, dass die Individualrisiken sehr unterschiedlich sein können. So sind beim Beispiel mit der Lawine nur diejenigen Personen einem Risiko ausgesetzt, die sich im potenziellen Verschüttungsbereich aufhalten. Für die Personen ausserhalb davon ist das Individualrisiko null.

Beim Individualrisiko kommt hingegen nicht zum Ausdruck, dass das Schadensausmass sehr hoch sein kann: Ob bei einem Ereignis, das mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit eintritt (z.B. Flugzeugabsturz), 10 oder 1000 Personen sterben, ist für das Individualrisiko unerheblich.

Die Aussage, eine bestimmte Aktivität oder Anlage stelle ein hohes oder grosses Risiko dar, ist also ungenau, wenn nicht gesagt wird, ob es sich um ein hohes Individual- oder ein hohes Kollektivrisiko handelt.

III. Individual- und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft

1. Reduktion von Individual- und Kollektivrisiko

Die Risikowissenschaft untersucht, wie hoch Risiken sind und wie sie sich am besten begrenzen lassen.

Risikoreduzierende Massnahmen können sich unterschiedlich auswirken, je nachdem, ob das Individual- oder das Kollektivrisiko reduziert wird:

Im vorherigen Beispiel mit der Lawine: Man vergleiche zwei Varianten zur Risikoreduktion:

- 1) Bau einer Lawinenverbauung, welche die Wahrscheinlichkeit, dass eine tödliche Lawine den Ort erreicht, auf 0,1%/Jahr (bzw. 10^{-3}) reduziert.
- 2) Reduktion der Bevölkerungszahl, die am betroffenen Ort lebt, von 100 auf 10.

Betrachtet man das Kollektivrisiko, sind beide Alternativen gleichwertig: Bei beiden wird das Kollektivrisiko um den Faktor zehn reduziert, d.h. auf 0,1 Todesfälle pro Jahr.

Betrachtet man das Individualrisiko, wirken sich die beiden Alternativen aber unterschiedlich aus:

- Bei der ersten Alternative wird das Individualrisiko für die betroffene Bevölkerung ebenfalls um den Faktor 10 auf 10^{-3} /Jahr reduziert.
- Bei der zweiten Alternative wird das Individualrisiko für die 10 Personen, die weiterhin in der bedrohten Zone leben, nicht reduziert. Hingegen reduziert sich das Individualrisiko für diejenigen Personen, die umgesiedelt werden, auf 0.

Soll nun der Fokus der risikoreduzierenden Massnahmen primär auf dem Kollektiv- oder dem Individualrisiko liegen?

Für das einzelne Individuum ist in erster Linie sein individuelles Risiko von Bedeutung. Für die Gesellschaft als gesamtes ist hingegen das Kollektivrisiko bedeutsamer.

In der Risikowissenschaft ist daher ein doppelter Ansatz verbreitet, um das akzeptable Risiko zu definieren:¹⁰

Einerseits wird das maximal akzeptable Individualrisiko mit einem Individualrisikogrenzwert definiert. Andererseits wird das Kollektivrisiko begrenzt. Dafür werden in der Risikowissenschaft hauptsächlich zwei Methoden vorgeschlagen. In der einen Methode wird das tragbare Risiko mittels Akzeptabilitätslinie im W/A-Diagramm (siehe oben, [II.2.](#)) absolut festgelegt, in der anderen Methode wird auf das Kosten-Nutzen-Verhältnis von Sicherheitsmassnahmen abgestellt: Risiken sind tragbar, sofern die zusätzlichen Massnahmen, um diese Risiken zu reduzieren oder zu vermeiden, teurer wären als die dadurch vermiedenen, monetär bewerteten Risiken.¹¹

Die erste Methode setzt eine bestimmte Bezugsgrösse voraus, z.B. eine bestimmte Anlage. Damit hängt das akzeptable Gesamtrisiko von der Umschreibung oder Grösse der Anlage ab. Wird z.B. das akzeptable Kollektivrisiko für Flugunfälle auf maximal 10^{-4} Todesfälle pro Flug begrenzt, so können kleinere Flugzeuge diese Limite eher einhalten als grössere, wie aus dem obigen Beispiel hervorgeht.

Das ist aber höchstens sinnvoll, wenn man die Anlage ohne Bezug auf ihren Nutzen betrachtet. Bezieht man hingegen auch den Nutzen in die Bewertung ein (Beförderung einer bestimmten Zahl von Passagieren), so macht eine solche Betrachtung keinen Sinn: Sollen 300 Personen transportiert werden und

¹⁰ Vgl. HANSJÖRG SEILER, Risikobasiertes Recht, Bern 2000, 44 ff.

¹¹ Bundesamt für Umwelt, Beurteilungskriterien zur Störfallverordnung (StFV), Ein Modul des Handbuchs zur Störfallverordnung (StFV). 2018, 25.

verwendet man drei Flugzeuge à 100 Personen, so hält jedes davon die Kollektivrisikogrenze von 10^{-4} Todesfällen ein. Gesamthaft ist das Kollektivrisiko aber 3×10^{-4} . Verwendet man ein Flugzeug mit 300 Passagieren, so ist das Kollektivrisiko dieses Fluges 3×10^{-4} , womit die Grenze überschritten ist, obwohl das Kollektivrisiko gleich gross ist wie im ersten Fall (ebenso ist das Individualrisiko unverändert 10^{-6}).

Sinnvoller erscheint daher der Grenzkostenansatz: Er vermeidet die Problematik der Bezugsgrösse. Er ist zudem neutral gegenüber der Risikoquelle, was sinnvoll ist: Denn wenn das Ziel der Schutz von Leben und Gesundheit ist, dann spielt es keine Rolle, ob diese durch Krankheit, Unfälle, Kriminalität, Naturgefahren oder technische Anlagen beeinträchtigt werden.

Zudem optimiert der Ansatz die Risikosituation: Er entspricht einer Kosten-/Nutzen- oder Kosten-/Wirksamkeitsüberlegung: In erster Linie sollen Sicherheitsmassnahmen dort getroffen werden, wo mit wenig Mitteln eine starke Risikoreduktion erreicht wird. Dadurch werden mit den zur Verfügung stehenden Mitteln am meisten Schadenfälle vermieden oder Menschenleben gerettet.

Voraussetzung ist allerdings, dass die Höhe der Risiken sowie die Kosten und die Wirksamkeit der risikoreduzierenden Massnahmen einigermaßen zuverlässig bekannt sind. Zu den Kosten der risikoreduzierenden Massnahmen gehört natürlich auch der entgangene Nutzen aus einer Tätigkeit, die zwecks Risikoreduktion angeordnet wird. Wird z.B. zwecks Pandemiebekämpfung die Schliessung von Gastronomiebetrieben angeordnet, ist der wirtschaftliche Schaden, der durch diese Schliessung verursacht wird, Teil der Massnahmenkosten. Wird eine Energieproduktionsanlage (Kernkraftwerk, Wasserkraftwerk usw.) ausser Betrieb genommen, weil die Sicherheit nicht mehr hinreichend gewährleistet ist, gehört die ausgefallene Energieproduktion zu den Kosten der Sicherheitsmassnahmen. Solche Schadensbemessungen sind sehr komplex und können natürlich nie exakt erfolgen.

Der Grenzkostenansatz schliesst zudem nicht aus, dass einzelne Personen weiterhin hohe Individualrisiken tragen. Das zeigt sich exemplarisch am Beispiel mit der Lawine:

Angenommen, die Lawinenverbauung kostet pro Jahr (Baukosten, umgerechnet auf die Lebensdauer der Verbauung, Unterhalt) 100'000 Franken. Wird bei einer bedrohten Bevölkerungszahl von 100 Personen das Todesfallrisiko von 1 auf 0,1 Tote pro Jahr reduziert, ergeben sich somit Kosten von ca. 111'000 Fran-

ken pro gerettetes Menschenlebensjahr. Geht man davon aus, dass ein Betrag von ca. 100'000 Franken pro gerettetes Menschenlebensjahr¹² gerechtfertigt ist, liegt dies noch im Grenzbereich des Angemessenen.

Würde sich aber im betroffenen Gebiet nur eine Person befinden, so wären die Kosten mit 10 Mio. Franken pro gerettetes Menschenlebensjahr exorbitant. Die Lawinenverbauung würde nicht errichtet, obwohl das Individual-Todesfallrisiko für diese eine Person weiterhin 1% pro Jahr ist.

2. Risikoaversion

In der Risikowissenschaft wird bisweilen ein sog. Risikoaversionsfaktor angewendet:

Die Risikoaversion ist ein Element in der Bewertung von Risiken, mit dem das Schadensausmass von Grossereignissen gegenüber der Wahrscheinlichkeit überproportional stark gewichtet wird, um damit die besonderen Auswirkungen solcher Ereignisse abzubilden.¹³ Mathematisch wird diese Aversion so gehandhabt, dass Schaden und Wahrscheinlichkeit nicht einfach multipliziert werden, sondern der Schaden mit einem Faktor, der (bisweilen deutlich) höher als 1 liegt, gewichtet wird.¹⁴

Damit wird im Ergebnis der Begriff des grossen Risikos der umgangssprachlichen Verwendung des Grossrisikobegriffs angenähert, wonach damit Risiken mit grossem Schadenspotenzial gemeint sind (siehe oben, [II.2.](#)).

Die einseitige Fokussierung auf grosse Schadenspotenziale hat aber zur Folge, dass insgesamt nicht die bestmögliche Risikoreduktion erfolgt und auch, dass u.U. hohe Individualrisiken in Kauf genommen werden.

Das lässt sich am Beispiel der Prävention von Gewaltdelikten zeigen: In der Schweiz sterben jährlich ca. 40–50 Personen aufgrund von Gewaltdelikten. Dabei handelt es sich in aller Regel um Delikte mit jeweils einzelnen oder wenigen Getöteten. Sowohl das durchschnittliche Individual- als auch das Kollektivrisiko sind klein.

¹² Vgl. BGE 136 V 395 E. 7.6; in der nachfolgenden Diskussion wurde dieses Urteil oft so interpretiert, dass das Bundesgericht den Betrag von 100'000 Franken pro gerettetes Menschenlebensjahr als Grenzwert festgelegt habe, was so aber nicht zutrifft.

¹³ Bundesamt für Bevölkerungsschutz (BABS), Glossar der Risikobegriffe, 2013, 42

¹⁴ BABS, Glossar, 43.

Es sind aber ohne weiteres auch Gewaltdelikte mit enormem Schadenspotenzial denkbar. Man muss dabei nicht einmal an Terroristen mit Atombomben denken, es reicht, ein gekapertes Flugzeug in ein vollgefülltes Fussballstadion abstürzen zu lassen. Die Wahrscheinlichkeit solcher Szenarien ist allerdings klein, so dass das mathematisch berechnete Kollektivrisiko insgesamt nicht extrem hoch ist.

Umgekehrt gibt es einzelne Individuen, die durch Gewaltdelikte besonders gefährdet sind (z.B. bestimmte Magistratspersonen; Personen in gewaltgeprägten Beziehungen) und ein entsprechend erhöhtes Individualrisiko tragen, auch wenn sie nur einen vernachlässigbaren Beitrag zum Kollektivrisiko beitragen.

Würde nun ein sehr hoher Aversionsfaktor angenommen und demzufolge die Risikobewertung primär auf das mögliche Schadensausmass fokussiert, so erscheinen grosse Terroranschläge als das weitaus grösste Gewaltisiko und alle für die Gewaltprävention verfügbaren Mittel müssten in die Verhinderung solcher Terroranschläge fliessen. Massnahmen für die Prävention anderer Gewaltdelikte wären demgegenüber nicht gerechtfertigt, auch dann nicht, wenn es um hohe Individualrisiken geht.

IV. Individual- und Kollektivrisiko im Recht

1. Gesetzgebung

Der Risikobegriff kommt in der Gesetzgebung oft vor im Zusammenhang mit versicherungstechnischen Risiken¹⁵ oder mit dem Risikomanagement von Finanzinstituten.¹⁶

Polizeirechtliche Rechtsnormen, welche die Begrenzung von Risiken bezwecken, enthalten demgegenüber meistens keine ausdrücklichen quantitativen Aussagen über das akzeptable Risiko, sondern sie schreiben eher konkrete Massnahmen vor, mit denen Risiken zu begrenzen sind. So dienen z.B. Strassenverkehrsregeln (Höchstgeschwindigkeiten usw.) oder Vorschriften über

¹⁵ Z.B. Art. 22 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01); Art. 16 ff. des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10); Risikoausgleich in der Krankenversicherung.

¹⁶ Z.B. Art. 3f und 3g des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0); Art. 12 und 14e der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02).

Bau und Ausrüstung von Strassenfahrzeugen dazu, die Risiken des Strassenverkehrs zu reduzieren. Risikoüberlegungen liegen allenfalls diesen Massnahmen zugrunde, aber in der Rechtsanwendung ist nicht massgebend, wie hoch das Risiko ist, sondern ob die vorgeschriebenen Massnahmen eingehalten werden oder nicht.

In einigen Rechtsvorschriften wird aber ausdrücklich im einzelnen Rechtsanwendungsfall eine Risikobewertung als Voraussetzung für die Zulassung oder Bewilligung bestimmter Aktivitäten verlangt und von tragbaren oder nicht tragbaren Risiken gesprochen.¹⁷

Dabei wird in der Regel nicht ausdrücklich von Kollektiv- und Individualrisiko gesprochen. Manchmal ergibt sich allerdings aus dem Zusammenhang, dass das eine oder das andere gemeint ist.

So gilt z.B. Art. 10 des Umweltschutzgesetzes vom 7. Oktober 1983¹⁸ mit dem Marginalen „Katastrophenschutz“ für Anlagen, die bei ausserordentlichen Ereignissen den Menschen oder seine natürliche Umwelt schwer schädigen können. Es geht also um Risiken mit relativ kleiner Eintretenswahrscheinlichkeit, aber mit hohem Schadenspotenzial, so dass trotz geringem Individualrisiko das Kollektivrisiko hoch sein kann. Daher betrifft die Risikoermittlung und -beurteilung, die gemäss Art. 6 ff. der auf Art. 10 USG gestützten StFV zu erfolgen hat, das Kollektivrisiko. Das ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus der Verordnung, wohl aber aus dem dazu erlassenen Handbuch.¹⁹

Berufsunfälle sind statistisch gesehen meistens Einzelfälle mit wenig Beteiligten. Es sind je nach Betrieb und Gefahrenexposition aber auch grössere Unfallereignisse mit vielen Toten oder Verletzten denkbar. In der Arbeitssicherheit werden daher sowohl die Individual- als auch die Kollektivrisiken betrachtet.²⁰

¹⁷ Z.B. Art. 16 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz, ChemG; SR 813.1); Art. 6 ff. StFV; Art. 5 ff. der Verordnung vom 9. Mai 2012 über den Umgang mit Organismen in geschlossenen Systemen (Einschliessungsverordnung, ESV; SR 814.912).

¹⁸ USG; SR 814.01.

¹⁹ Bundesamt für Umwelt, Beurteilungskriterien zur Störfallverordnung (StFV). Ein Modul des Handbuchs zur Störfallverordnung (StFV). 2018, 15.

²⁰ Art. 11a der Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV; SR 832.30) in Verbindung mit EKAS Richtlinie Nr. 6508 über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA-Richtlinie) vom 14. Dezember 2006 (Stand 1. Januar 2022), 22.

Bei den Risikoabklärungen, welche aufgrund des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 über genetische Untersuchungen beim Menschen²¹ als Voraussetzung für bestimmte Untersuchungen zu erstellen sind,²² geht es hingegen immer um Individualrisiken.

Im Kernenergie- und Strahlenschutzrecht hat der doppelte Ansatz, wie er in der Risikowissenschaft vertreten ist (siehe oben [III.1.](#)), Niederschlag gefunden:

- Einerseits muss eine Kernanlage so ausgelegt werden, dass bei Störfällen bestimmte (von der Eintretenswahrscheinlichkeit abhängige) maximale Dosiswerte für Einzelpersonen der Bevölkerung eingehalten werden können.²³ Ein Kernkraftwerk muss ausser Betrieb genommen werden, wenn dieser Grenzwert überschritten wird. Dies dient der Begrenzung des Individualrisikos, das aus der entsprechenden Dosis resultiert.
- Zusätzlich muss aber auch ein ausreichender Schutz gegen auslegungsüberschreitende Störfälle gewährleistet sein,²⁴ indem eine maximale Eintretenswahrscheinlichkeit einer Kernschmelze definiert wird und für geringere Eintretenswahrscheinlichkeiten angemessene Vorkehren getroffen werden müssen.²⁵ Damit wird das hohe Kollektivrisiko begrenzt, das sich bei einer Kernschmelze ergäbe.

2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung geht wie die Risikowissenschaft und die Gesetzgebung davon aus, dass für die Risikobeurteilung (und die Prüfung der Verhältnismässigkeit risikoreduzierender Massnahmen) die Schwere und die Eintretenswahrscheinlichkeiten der drohenden Schäden massgebend sind.²⁶

Hingegen werden die Begriffe des Kollektiv- und Individualrisikos kaum verwendet. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts tauchen die Begriffe nicht ausdrücklich auf. In einigen Fällen wird implizit freilich klar, dass von Kollektivrisiken gesprochen wird, so im Zusammenhang mit Massnahmen der Pan-

²¹ GUMG; SR 810.12.

²² Art. 16, 19 ff. GUMG.

²³ Art. 8 Abs. 4 und 4bis der Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV; SR 732.11); Art. 123 Abs. 2 der Strahlenschutzverordnung vom 26. April 2017 (StSV; SR 814.501).

²⁴ Art. 8 Abs. 5 KEV.

²⁵ Art. 12 der Verordnung des UVEK vom 17. Juni 2009 über die Gefährdungsannahmen und die Bewertung des Schutzes gegen Störfälle in Kernanlagen (SR 732.112.2).

²⁶ BGE 147 I 450 E. 3.2.4.

demiebekämpfung²⁷ oder im Zusammenhang mit der Störfallverordnung, wo auf deren Kollektivrisikolimiten abgestellt wird.²⁸ In anderen Fällen stellt die Rechtsprechung auf das Individualrisiko ab, so wenn es die Einhaltung der für Kernkraftwerkstörfälle geltenden Dosisgrenzwerte prüft,²⁹ weil dieser Grenzwert sich auf einzelne Individuen bezieht.

Aber nicht nur terminologisch, sondern auch in der Sache wird die Unterscheidung nicht reflektiert. Das ist nachfolgend an einigen Beispielen zu illustrieren:

a) Grundrechtliche Schutzpflicht

Die grundrechtliche Schutzpflicht bei technischen Risiken wurde vor allem in der deutschen Judikatur zur Kernenergie entwickelt, wogleitend im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schnellen Brüter Kalkar.³⁰ Das Gericht entschied, die einschlägigen Bestimmungen des Atomgesetzes würden nicht gegen Grundrechte oder objektivrechtliche, aus der Grundrechtsordnung herzuleitende Schutzpflichten verstossen, weil die in diesen Bestimmungen enthaltenen Genehmigungsvoraussetzungen inhaltlich so gefasst seien, dass es durch die Genehmigungen und ihre Folgen nicht zu Grundrechtsverletzungen kommen dürfe. Denn klar sei: „Wie auch immer die Begriffe der Vorsorge, des Schadens und – damit im Zusammenhang – der Gefahr oder des Restrisikos bei Auslegung dieser Vorschrift zu bestimmen sind, aus verfassungsrechtlicher Sicht schließt das Gesetz die Genehmigung dann aus, wenn die Errichtung oder der Betrieb der Anlage zu Schäden führt, die sich als Grundrechtsverletzungen darstellen. Das Gesetz nimmt insoweit jedenfalls keinen anlagespezifischen Restschaden oder Mindestschaden irgendwelcher Art in Kauf, der im Lichte des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 oder anderer Grundrechte als Grundrechtsverletzung anzusehen wäre.“³¹

Das Gericht führt dann weiter aus, dass das Gesetz Genehmigungen auch dann zulasse, wenn es sich nicht völlig ausschließen lasse, dass künftig durch die Errichtung oder den Betrieb der Anlage ein Schaden auftreten wird. Die Vorschrift nehme insoweit ein Restrisiko in Kauf. Jedoch: „Auch Regelungen, die im Laufe ihrer Vollziehung zu einer nicht unerheblichen Grundrechtsgefähr-

²⁷ Vgl. etwa BGE 147 I 450 E. 3; 148 I 19 E. 6.

²⁸ BGE 127 II 18.

²⁹ Bundesgericht, Urteil 2C_206/2019 vom 25. März 2021.

³⁰ BVerfGer 2 BvL 8/77 vom 8. August 1978.

³¹ BVerfGer 2 BvL 8/77 vom 8. August 1978, Rz. 113.

„dung“ führen, können selbst schon mit dem Grundgesetz in Widerspruch geraten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die grundrechtlichen Verbürgungen nicht lediglich subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen die öffentliche Gewalt, sondern stellen zugleich objektivrechtliche Wertentscheidungen der Verfassung dar, die für alle Bereiche der Rechtsordnung gelten und Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geben“.³² „Was die Schäden an Leben, Gesundheit und Sachgütern anbetrifft, so hat der Gesetzgeber durch die in § 1 Nr. 2 und in § 7 Abs. 2 AtomG niedergelegten Grundsätze der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge einen Maßstab aufgerichtet, der Genehmigungen nur dann zulässt, wenn es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik *praktisch* ausgeschlossen erscheint, daß solche Schadensereignisse eintreten werden (...). Ungewißheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen des menschlichen Erkenntnisvermögens; sie sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen. Bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des Atomrechts läßt sich insoweit eine Verletzung von Schutzpflichten durch den Gesetzgeber nicht feststellen“.³³

Würde man diese Formulierungen ernst nehmen, wären zahlreiche Lebensaktivitäten – beispielweise Strassen-, Eisenbahn- oder Luftverkehr – per se grundrechtswidrig. Denn bei diesen Aktivitäten sind Schadensereignisse nicht „praktisch ausgeschlossen“ und höchstens „jenseits der Schwelle der praktischen Vernunft“ denkbar. Im Gegenteil gibt es bei diesen Aktivitäten effektiv und praktisch regelmässig Schadensereignisse, welche Tod und Gesundheitsbeeinträchtigungen bewirken, also zu „Restschaden oder Mindestschaden“ führen, die als Grundrechtsverletzung anzusehen wären.

Die Formulierung des Gerichts ist nur verständlich, wenn man davon ausgeht, dass das Risiko eines Schnellen Brütters (oder generell von Kernanlagen) unvergleichlich grösser sei als dasjenige anderer Anlagen oder Aktivitäten. Dies kann sich indessen einzig auf das Kollektivrisiko beziehen. Denn das Individualrisiko, durch einen Kernkraftwerkunfall ums Leben zu kommen, ist selbst für Anwohner von Kernanlagen deutlich kleiner als das Individualrisiko, das aus vielen anderen Aktivitäten herrührt.

Zudem hat das Bundesverfassungsgericht offensichtlich nicht das Kollektivrisiko (Schaden mal Wahrscheinlichkeit), sondern nur das Kollektiv-Schadenspotenzial im Auge und lässt sich dadurch zu Aussagen verführen, die – wenn

³² BVerfGer 2 BvL 8/77 vom 8. August 1978, Rz. 115.

³³ BVerfGer 2 BvL 8/77 vom 8. August 1978, Rz. 118.

man sie ernst nähme – die meisten menschlichen Aktivitäten als unzulässig erscheinen liessen. Implizit geht das Gericht davon aus, dass bei Risiken mit hohem Kollektivgefährdungspotenzial die grundrechtliche Schutzpflicht strenger ist als bei anderen Risiken, auch wenn diese effektiv viel höher sind. Es geht somit von einem hohen Aversionsfaktor (siehe oben, [III.2.](#)) aus.

Völlig anders ist die Optik des Bundesverfassungsgerichts im Urteil betreffend Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz:³⁴ Der Gesetzgeber hatte im Nachgang zu den Terroranschlägen vom 11. September 2001 ein Gesetz erlassen, welches die Bundeswehr ermächtigte, Luftfahrzeuge, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden sollen, abzuschiessen.

Das Dilemma ist offensichtlich: Mit dem Abschuss tötet der Staat Personen, auch Unschuldige, die im Flugzeug sitzen. Umgekehrt schützt er das Leben derjenigen, die sonst durch den Terroranschlag getötet würden. Im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflicht und des bestmöglichen Grundrechtsschutzes wäre nun anzunehmen, dass das Gericht prüft, bei welchem Szenario (Abschuss oder Nicht-Abschuss) das Kollektivrisiko grösser ist. Wenn man – wie im Kalkar-Entscheid – von einem hohen Aversionsfaktor ausgeht, müsste man alles daransetzen, terroristische Anschläge mit hohem Gefährdungspotenzial unbedingt zu vermeiden. Wenn also wirklich eine relevante Möglichkeit besteht, dass das Flugzeug zur Tötung sehr vieler Menschen verwendet wird, müsste der Staat grundrechtlich verpflichtet sein, das Flugzeug abzuschiessen, weil damit am meisten Menschenleben gerettet werden.

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet aber gegenteilig und beurteilt das Gesetz als verfassungswidrig: Es argumentiert, der Abschuss eines Flugzeuges greife in das Grundrecht auf Leben der Besatzung und der Passagiere des betroffenen Flugzeugs ein. Dies lasse sich nicht rechtfertigen: Die Passagiere würden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht, indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird.³⁵ Dass die Passagiere in einer solchen Situation sehr wahrscheinlich ohnehin dem Tode geweiht seien, vermöge der Tötung unschuldiger Menschen nicht den Charakter eines Verstosses gegen den Würdeanspruch dieser Menschen zu nehmen, da menschliches Leben und menschliche Würde ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz geniessen.³⁶

³⁴ Urteil 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006.

³⁵ Urteil 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006, Rz. 124.

³⁶ Urteil 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006, Rz. 132.

Der Abschuss lasse sich auch nicht mit der grundrechtlichen Schutzpflicht zu Gunsten der vom Terrorakt bedrohten Personen rechtfertigen, da zur Erfüllung der Schutzpflicht nur verfassungskonforme Mittel zulässig seien.³⁷ Zulässig wäre der Abschuss nur dann, wenn sich an Bord des Flugzeugs keine unbeteiligten Personen befinden.³⁸

Hier wird nun also nicht auf das Kollektivrisiko und schon gar nicht auf das Kollektivschadenspotenzial abgestellt, sondern einzig auf das Leben und die Würde der unschuldigen Personen an Bord des Flugzeuges, mithin auf das Individualrisiko einzelner Personen. Dabei ist das Gericht nicht konsequent: Es setzt das Leben und die Würde derjenigen unschuldigen Personen absolut, die durch den Abschuss des Flugzeugs ums Leben kämen (selbst wenn diese ohnehin mit grosser Wahrscheinlichkeit zusammen mit dem Flugzeug abstürzen), aber es verschwendet keinen Gedanken an das Leben und die Würde derjenigen unschuldigen Menschen, die durch den Terroranschlag getötet und entrechtlicht werden und die durch den Abschuss des Flugzeugs gerettet werden könnten. Und es berücksichtigt in keiner Weise das Kollektivrisiko, das mit der terroristischen Aktion verbunden ist.

b) Legitimation

Ebenfalls um Kernenergie ging es im Urteil des schweizerischen Bundesgerichts betreffend die Legitimation zur Anfechtung von Realakten im Zusammenhang mit dem Betrieb von Kernkraftwerken.³⁹ Zwei Personen, die in den Notfallzonen 1 und 2 des Kernkraftwerks Mühleberg lebten, beanstandeten eine Sicherheitsbeurteilung des ENSI und beantragten den Erlass einer Verfügung. Das ENSI trat auf das Begehren mangels Legitimation der Antragsteller nicht ein.

Das Bundesgericht bejahte demgegenüber die Legitimation. Es prüfte die Frage im Lichte von Art. 25a VwVG (Rechtsschutz gegen Realakte) und stellte zunächst fest, dass dabei ein schutzwürdiges *faktisches* Interesse (im Sinne der Parteistellung/Beschwerdelegitimation nach Art. 6 und 48 Abs. 1 VwVG) nicht ausreicht, sondern ein Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person vorausgesetzt wird, wobei sich schützenswerte Rechtspositionen vor allem aus Grundrechten ergeben.⁴⁰

³⁷ Urteil 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006, Rz. 137 f.

³⁸ Urteil 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006, Rz. 140 ff.

³⁹ BGE 140 II 315.

⁴⁰ BGE 140 II 315, E. 4.3, 4.5.

Sodann erwog es:

„Schützenswerte Rechtspositionen für die Anwohner ergeben sich vorliegend aus der Kernenergiegesetzgebung. Sie bezweckt insbesondere den Schutz von Mensch und Umwelt vor den Gefahren der Kernenergie (...). Das Gesetz verfolgt gemäss bundesrätlicher Botschaft grösstenteils polizeiliche Schutzziele, wobei der Schutz von Mensch und Umwelt ‚oberstes Gebot‘ ist (...). Zentral hierfür ist die in Art. 4 Abs. 1 KEG enthaltene Verpflichtung, gegen eine unzulässige Freisetzung radioaktiver Stoffe sowie gegen eine unzulässige Bestrahlung von Personen im Normalbetrieb und bei Störfällen Vorsorge zu treffen (...). Die im Sinne der Vorsorge zu treffenden Vorkehrungen nach Art. 4 Abs. 3 KEG dienen nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch den Anwohnern, die durch das Kernkraftwerk und das dadurch geschaffene Gefährdungspotenzial besonders betroffen sind.

Im Ergebnis führt dies vorliegend zu einer weitgehenden Parallelität mit der Rechtsprechung zu Art. 6 und 48 VwVG (...). Bei Bau und Betrieb von Kernkraftwerken ist nach konstanter Rechtsprechung für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit vom Gefährdungspotenzial auszugehen, das theoretisch mit einer solchen Anlage verbunden ist (...). Jedermann, der innerhalb eines Bereichs lebt, der von einem Störfall besonders betroffen wäre (...), hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass der Eigenart und der Grösse der Gefahr angemessene und geeignete Schutzmassnahmen ergriffen werden (...). Legitimationsgrund ist damit die Risikoexposition der Anwohner gegenüber einem besonderen Gefahrenherd (...), d.h. der Umstand, dass sie einer Anlage mit sehr grossem Gefährdungspotenzial ausgesetzt und von den möglichen Störfallfolgen in besonderem Masse potenziell betroffen sind (...). Über den potenziellen Einwirkungsbereich des Störfalls lässt sich ein besonders betroffener Personenkreis bestimmen und abgrenzen. Daran ändert nichts, dass die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts gering ist, da bei einem Kernkraftwerk als einem besonderen Gefahrenherd die Risikoexposition Legitimationsgrund ist (...).⁴¹

Als legitimationsbegründend gilt somit allein die Risikoexposition, unabhängig von der Wahrscheinlichkeit, dass eine Beeinträchtigung eintritt. Begründet wird dies mit dem hohen Gefährdungspotential bzw. mit dem Umstand, dass die Anwohner einer Anlage mit sehr grossem Gefährdungspotenzial ausgesetzt seien.

Gegenteilig ist die Betrachtung im Urteil BGE 139 IV 121: Jemand wurde verdächtigt, einen anderen getötet zu haben, und in Untersuchungshaft genommen, aber später wieder daraus entlassen. Der Bruder des Getöteten wehrte sich gegen die Haftentlassung mit dem Argument, der Beschuldigte habe auch ihn mit dem Tod bedroht. Das Bundesgericht verneint die Legitimation des Bruders zur Anfechtung der Haftentlassung. Zwar enthalte das Recht auf Leben auch positive Schutzpflichten; dazu gehöre die Pflicht des Staats, prä-

⁴¹ BGE 140 II 315, E. 4.3, 4.6.

ventiv Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn das Leben einer Person durch Dritte bedroht wird. Gehe von einem Inhaftierten eine konkrete und unmittelbare Gefahr für das Leben anderer Personen aus, so hätten diese zwar ein Interesse daran, dass ein allfälliges Haftentlassungsgesuch abgewiesen wird. Dies bedeute jedoch nicht, dass diesen Personen ein Beschwerderecht gegen den Haftentlassungsentscheid zukomme. Das habe auch praktische Gründe. So könnte sich im Fall der Haftentlassung einer angeblich gemeingefährlichen Person eine sehr grosse Zahl von Personen in einem ersten Schritt an die Beschwerdeinstanz und in einem zweiten ans Bundesgericht wenden.⁴²

Der offensichtliche Wertungswiderspruch zwischen diesen beiden Entscheidungen beruht darauf, dass Individual- und Kollektivrisiko durcheinandergemischt werden.

Wird das Individualrisiko betrachtet, ist das *Gefährdungspotenzial* einer Kernanlage nicht höher als bei zahlreichen anderen Risiken, die ebenfalls zu Tode oder schwerer Krankheit führen können. In beiden Fällen (Kernkraftwerk und Haftentlassung) ist das maximale *Gefährdungspotenzial* dasselbe, nämlich der Tod des Beschwerdeführers. Mehr als sterben kann das Individuum nicht. Ob eine Person durch einen Nuklearunfall oder ein Gewaltdelikt zu Tode kommt, ist für diese Person dasselbe.

Würde man einzig auf das Individual-*Gefährdungspotenzial* abstellen, so müsste also in beiden Fällen die Legitimation bejaht werden, und darüber hinaus in sehr vielen anderen Bereichen, in denen jemandem eine Aktivität erlaubt wird, die möglicherweise zum Tod anderer Personen führen könnte (z.B. die Erteilung oder der Nicht-Entzug eines Führerausweises).

Die Aussage, eine Kernanlage würde ihre Anwohner einem „besonderen Gefahrenherd“ bzw. einem „erhöhten Gefährdungsrisiko“ aussetzen,⁴³ würde in Bezug auf das Individualrisiko nur stimmen, wenn die *Wahrscheinlichkeit* des Schadeneintritts signifikant höher wäre als bei anderen Anlagen oder Tätigkeiten. Jedoch soll gemäss Bundesgericht die Wahrscheinlichkeit eben gerade keine Rolle spielen. Würde man auf die Eintrittswahrscheinlichkeit (und damit das Individualrisiko) abstellen, so wäre diese im Falle der Haftentlassung ver-

⁴² BGE 140 II 315, E. 4.3, 4.6/7).

⁴³ So VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl., Zürich 2023, Art. 48 N 27.

mutlich bedeutend höher als im Falle des Kernkraftwerks. Wenn also jemand beschwerdelegitimiert sein müsste, dann jedenfalls eher der Bruder des Getöteten als der Anwohner des Kernkraftwerks.

Beim Kernkraftwerkfall wird die Legitimation mit dem grossen Gefährdungspotenzial begründet. Dass Kernanlagen ein aussergewöhnlich hohes Gefährdungspotenzial haben, ist aber nur zutreffend, wenn das Kollektivrisiko betrachtet wird. Die Argumentation des Gerichts ist offenbar die: Je höher das Kollektivgefährdungspotenzial ist, desto eher ist die Legitimation zu bejahen. Gerade umgekehrt argumentiert das Gericht im Haftentlassungsfall: Je mehr Personen durch den zu Entlassenden gefährdet werden (also je höher das Kollektivrisiko ist), desto eher ist die Legitimation zu verneinen. Das grosse Gefährdungspotenzial, das von einem gemeingefährlichen Täter ausgeht, ist gerade das entscheidende Argument, um die Legitimation zu verneinen.

V. Würdigung

1. Allgemein

Der Unterschied zwischen Kollektiv- und Individualrisiko korreliert in rechtstheoretischer Hinsicht mit dem Unterschied zwischen zwei gegensätzlichen rechts- und staatsphilosophischen Ansätzen, nämlich dem Rechte-basierten Ansatz und dem Utilitarismus: Der Utilitarismus will das gesamte gesellschaftliche Wohlergehen optimieren, schliesst aber (jedenfalls im Grundsatz) nicht aus, dass dieses Wohlergehen ungleich auf die einzelnen Individuen verteilt ist. Dementsprechend will der Fokus auf Kollektivrisiken die gesamtgesellschaftliche Risikosituation optimieren, schliesst aber nicht aus, dass einzelne Individuen sehr hohe Risiken tragen.

Der Rechte-basierte Ansatz fokussiert demgegenüber darauf, dass die einzelnen Individuen Rechte haben, die ihnen nicht unter Berufung auf eine gesamtgesellschaftliche Nutzenmaximierung entzogen werden dürfen. Dem entspricht der Fokus auf Individualrisiken, die eine bestimmte maximale Höhe nicht überschreiten dürfen. Wie viele Personen daneben betroffen sind, ist für die Rechte-basierte Optik grundsätzlich irrelevant.

Im positiven Verfassungsrecht drückt sich dieser Gegensatz zwischen Rechte-Basierung und Utilitarismus in den Grundrechten und den Möglichkeiten für ihre Einschränkungen aus: Grundrechte geben den Einzelnen Rechtspositionen, die sie nicht einfach deshalb aufgeben müssen, weil dadurch der gesamtgesellschaftliche Nutzen erhöht würde. Jedoch können auch die Grundrechte

eingeschränkt werden, wenn dies aus überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt ist (Art. 36 Abs. 2 BV), also aus utilitaristischen Gründen der gesamtgesellschaftlichen Nutzenerhöhung. Dies hat allerdings Schranken, indem die Grundrechtseinschränkungen verhältnismässig sein müssen und den Kernbereich nicht tangieren dürfen (Art. 36 Abs. 3 und 4 BV). Die Grundrechte dienen also dazu, die – an sich legitimen und gesamtgesellschaftlich notwendigen – utilitaristischen Überlegungen zu begrenzen, soweit dies Einzelne übermässig beeinträchtigen würde.

Dem entspricht der in der Risikowissenschaft verbreitete doppelte Ansatz (siehe oben, [III.1](#)):

- Dem utilitaristischen Prinzip entspricht die Begrenzung des Kollektivrisikos auf ein Niveau, das den gesamtgesellschaftlichen Nutzen am meisten fördert.
- Dem individualrechtlichen Prinzip entspricht die Begrenzung der Individualrisiken, die auch dann eingehalten werden muss, wenn dies dem gesamtgesellschaftlichen Nutzen widerspricht. Es schützt den Einzelnen vor übermässigen Risiken.

2. Grundrechte; Grundrechtliche Schutzpflicht

Geht man davon aus, dass die Grundrechte die Rechte des einzelnen Individuums schützen wollen, ist für eine grundrechtliche Schutzpflicht das Individualrisiko die massgebende Grösse, d.h. die individuelle Todesfallwahrscheinlichkeit des Einzelnen. Für das Grundrecht auf Leben und Gesundheit des Einzelnen ist es unerheblich, ob der Todesfall oder die Gesundheitsbeeinträchtigung durch einen Kernkraftwerkunfall oder einen Strassenverkehrsunfall eintritt. Und ebenso ist es für die Grundrechtsposition des Einzelnen unerheblich, ob neben ihm noch weitere Personen sterben oder verletzt werden oder nicht. Das Kollektivrisiko und erst recht des Kollektivgefährdungspotenzial können keine Rolle spielen.

Geht es hingegen um Kollektivrisiken, ist die Berufung auf Grundrechte oder die grundrechtliche Schutzpflicht unnötig, unnützlich und schädlich:

- Unnötig: Seit je haben menschliche Gesellschaften und ihre Regierungen versucht, Bedrohungen und Gefahren mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln abzuwehren, lange bevor es eine rechtliche Diskussion über Grundrechte, geschweige denn grundrechtliche Schutzpflichten, gab.

- Unnützlich: Wie dargelegt, liegt die Schwierigkeit der Risikovorsorge nicht im Grundsatz, dass Risiken zu begrenzen sind, sondern in der Frage, wo die Grenzen der akzeptablen Risiken liegen, auch in Bezug auf den gesellschaftlichen Nutzen, der sich aus den riskanten Tätigkeiten ergibt, und auf den Aufwand, der betrieben werden muss, um die Risiken zu begrenzen. Zu dieser Frage hat die Diskussion über Grundrechte und grundrechtliche Schutzpflichten im Risikodiskurs bisher nichts Sinnvolles beigetragen.
- Schädlich: Wie dargelegt, liegt der Sinn der Grundrechte darin, utilitaristische Überlegungen zu beschränken. Wenn nun aber den utilitaristischen Überlegungen (Begrenzung der Kollektivrisiken) selber Grundrechtscharakter beigemessen wird, verlieren die Grundrechte sämtliche Konturen, ja sie werden in der Konsequenz völlig aufgehoben. Denn dann ist in jedem Fall die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt zu optimieren, d.h. die optimale Limitierung der Kollektivrisiken anzustreben, weil so insgesamt die Zahl der Toten am tiefsten ist, der Schutz von Leben und Gesundheit somit am besten realisiert wird, und zwar auch dann, wenn dadurch Einzelne geopfert werden. So wäre im Fall des Flugzeugabschlusses der Abschuss ohne weiteres zu genehmigen, sobald dadurch das Kollektivrisiko geringer wird als im Alternativszenario, dass das Flugzeug ungehindert eine grosse Zahl von Menschen zu töten droht.

Wenn die Grundrechte ihren Sinn in der Begrenzung utilitaristischer Überlegungen haben, dann können sie sich nur auf die Individualrisiken beziehen: Sie schützen den Einzelnen davor, zu Gunsten des allgemeinen Wohls geopfert zu werden.

Daraus folgt: Entgegen der dargelegten Rechtsprechung folgt aus den Grundrechten nicht, dass insbesondere und prioritär die Risiken mit hohem Gefährdungspotenzial, aber geringer Eintretenswahrscheinlichkeit zu vermeiden sind, wenn diese Kollektivrisiken relativ gering sind.

Hingegen folgt aus den Grundrechten und der grundrechtlichen Schutzpflicht eine Begrenzung übermässig hoher Individualrisiken, denen einzelne Personen ausgesetzt sind, so wenn jemand durch eine andere Person ernsthaft mit dem Tod bedroht wird.

3. Legitimation

Nach der Rechtsprechung dient der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz in erster Linie dem Individualrechtsschutz.⁴⁴ Beschwerden, die im Interesse der Allgemeinheit oder der richtigen Rechtsanwendung geführt werden, sind unzulässig.⁴⁵

Unter dieser Prämisse kann für die Legitimation einzig das Individualrisiko massgebend sein, d.h. die Wahrscheinlichkeit, mit welcher der einzelne Beschwerdeführer durch die fragliche Aktivität beeinträchtigt wird.

Hingegen kann das Kollektivrisiko keine Rolle spielen: Für den Individualrechtsschutz ist unerheblich, ob und wie viele Personen neben dem Beschwerdeführer einem Risiko ausgesetzt sind. Aus hohen Kollektivrisiken kann sich keine Legitimation ergeben, wenn das Individualrisiko – also die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung – klein ist. Zwar sind die Behörden verpflichtet, auch hohe Kollektivrisiken mit geringer Eintretenswahrscheinlichkeit zu bekämpfen, aber daraus ergeben sich keine geschützten Rechtspositionen einzelner Individuen.

So stellt z.B. auch die Beschwerdelegitimation bei nichtionisierenden Strahlen allein auf die Strahlung ab, welcher die beschwerdeführende Person ausgesetzt ist.⁴⁶ Das bezieht sich auf das Individualrisiko. Abzustellen auf das Kollektivrisiko würde bedeuten, dass die Legitimation umso eher zu bejahen wäre, je mehr Personen im Bereich leben, in dem die entsprechende Strahlung auftritt.

Erst recht kann nicht auf das blosse Kollektiv-Gefährdungspotenzial abgestellt werden, ohne die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen. Die Legitimation von Nachbarn setzt denn auch voraus, dass diese mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit durch die Auswirkungen der Anlage betroffen werden.⁴⁷ Auch die mit einer Tätigkeit verbundenen Risiken begründen für Dritte nur eine Beschwerdelegitimation, wenn diese sowohl in Bezug auf die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts als auch auf die mögliche Schwere der Beeinträchtigung einem nicht unwesentlich höheren Risiko ausgesetzt sind als die Allgemeinheit.⁴⁸

⁴⁴ BGE 146 I 145 E. 5.4/5; 142 II 451 E. 3.4.1; 142 II 80 E. 1.4.1; 139 II 279 E. 2.2; 135 II 172 E. 2.1.

⁴⁵ BGE 146 I 172 E. 7.1; 139 II 499 E. 2.2.

⁴⁶ BGE 133 II 409 E. 1.3.1; 128 II 168 E. 2.

⁴⁷ BGE 140 II 214 E. 2.3; 136 II 281 E. 2.3.1; Bundesgericht, Urteile 1C_197/2018 vom 30. August 2018 E. 4.1; 1C_263/2017 vom 20. April 2018 E. 2.2.

⁴⁸ BGE 123 II 376 E. 4b; 121 II 176 E. 3.

Abzustellen auf das Kollektivgefährdungspotenzial ohne Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit hätte absurde Konsequenzen:

- Wer im potenziellen Überflutungsbereich eines grossen Staudamms lebt, wäre ungeachtet von Wahrscheinlichkeitsüberlegungen legitimiert, Massnahmen zur Verbesserung der Staudammsicherheit zu verlangen, weil im Überflutungsfall neben ihm sehr viele Personen sterben. Wer hingegen im potenziellen Überflutungsbereich eines kleinen Staudamms lebt, wäre nicht legitimiert, weil im Falle eines Staudammbruchs nur wenige Personen sterben.
- Wer in einem sehr grossen Haus lebt, wäre legitimiert, von der Behörde zu verlangen, dass sie auch höchst unwahrscheinliche Einsturzgefährdungen überprüft, weil im Falle eines Einsturzes sehr viele Menschen ums Leben kommen. Wer in einem kleinen Haus lebt, könnte hingegen die Einsturzgefährdung nicht überprüfen lassen, weil im Einsturzfall nur sehr wenige Personen ums Leben kommen.

Eine kohärente Legitimationspraxis kann daher einzig darauf abstellen, wie hoch das Individualrisiko des betreffenden Beschwerdeführers ist.

4. Quintessenz

Die Rechtsprechung hat den fundamentalen Unterschied zwischen Individual- und Kollektivrisiko nicht zur Kenntnis genommen. Sie vermischt Individual- und Kollektivrisiko, was zu inkonsequenten und widersprüchlichen Entscheidungen führt. Wer sinnvoll über Risiken und rechtliche Risikobegrenzung sprechen will, muss klar machen, ob er von Kollektiv- oder Individualrisiken spricht, weil deren Begrenzung unterschiedlichen Bewertungskriterien folgt. Auch die Rechtsprechung sollte diese Unterscheidung zur Kenntnis nehmen und verstehen, um kohärent entscheiden zu können.

VI. Zusammenfassung

Ein rationaler Umgang mit Risiken setzt voraus, dass Risiken quantifiziert werden. Das ist Bedingung dafür, dass primär die grössten Risiken reduziert werden können. Um die Grösse eines Risikos quantifizieren zu können, muss zwischen Individualrisiko und Kollektivrisiko unterschieden werden. Denn grosse Individualrisiken korrelieren nicht zwangsläufig mit grossen Kollektivrisiken. In der Risikowissenschaft ist es Standard, zwischen Kollektiv- und Individualrisiken zu unterscheiden, weil die Risikobewertung unterschiedlichen Regeln folgt. In der Gesetzgebung kommt die Unterscheidung zwischen Kollektiv-

tiv- und Individualrisiken teilweise – wenn auch meist nicht explizit – zum Ausdruck. Demgegenüber hat die Rechtsprechung bisher diese Unterscheidung nicht zur Kenntnis genommen. Das führt in verschiedenen Bereichen zu inkonsequenten und widersprüchlichen Entscheidungen. Um dies zu vermeiden, muss die Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen Kollektiv- und Individualrisiken verstehen und anwenden.

Legistische Herausforderungen im Polizeirecht

Arthur Brunner / Matthias Kradolfer*

Gesetzgebung im Bereich des Polizeirechts ist eine anspruchsvolle Aufgabe. Es gilt konfligierende Interessen auszubalancieren und im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit Lösungen zu finden, welche mit übergeordnetem Recht vereinbar sind, es gleichzeitig aber auch erlauben, den verschiedenen Formen von Bedrohungslagen und der dynamischen Fortentwicklung technischer Möglichkeiten Rechnung zu tragen. Die hohe Kadenz, mit welcher die kantonalen Polizeigesetze in den letzten Jahren überarbeitet wurden, zeigt, dass sich in diesem Umfeld Lösungen oftmals nur auf Zeit finden lassen. Es ist eine hohe Unbeständigkeit von Polizeierlassen zu konstatieren. Der vorliegende Beitrag nimmt vor diesem Hintergrund die formell-rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normierung des präventiv-polizeilichen Handelns durch die Kantone unter die Lupe. Zunächst werden die Implikationen erörtert, die sich für den kantonalen Polizeigesetzgeber aus der Zuständigkeit des Bundes für den Erlass des Strafprozessrechts ergeben. Es folgen Überlegungen zu Legalitätsprinzip und polizeilicher Generalklausel. Im Vordergrund steht dabei jeweils die Frage, wie die kantonalen Polizeigesetzgeber – aus rechtlicher Sicht – auf eine höhere Beständigkeit ihrer Erlasse hinwirken können, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wünschbar ist.

Inhalt

I.	Einführung	35
II.	Beachtung der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung	37
1.	Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes und der Kantone	37

* Dr. ARTHUR BRUNNER ist Richter am Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen und Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an den Universitäten Zürich und St. Gallen. PD Dr. MATTHIAS KRADOLFER war bis 31. Dezember 2023 Richter am Obergericht Thurgau und nebenamtlicher Bundesrichter. Seit 1. Januar 2024 ist er Richter an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts und nebenher Privatdozent für öffentliches Recht an der Universität Zürich.

2.	Der „Anfangsverdacht“ als Anknüpfungspunkt für die (ausschliessliche) Anwendung der StPO	40
3.	Verwertbarkeit präventiv-polizeilich gewonnener Beweismittel im Strafprozess	41
a)	Grundlagen	41
b)	Grundsatz: Präventiv-polizeilich gewonnene Beweismittel dürfen im Strafverfahren beigezogen werden	42
c)	Anforderungen an die Rechtmässigkeit präventiv-polizeilich gewonnener Beweismittel aus Sicht des Strafprozessrechts	44
d)	Verwertbarkeit von durch die Polizei erhobenen Beweismitteln ohne Rechtsgrundlagen?	45
4.	Implikationen für die polizeirechtliche Gesetzgebungspraxis	48
III.	Legalitätsprinzip und polizeiliche Generalklausel	50
1.	Grundlagen	50
2.	Zielkonflikte im Polizeirecht	51
3.	Anforderungen an die Normdichte (Bestimmtheitsgebot)	53
a)	Normbezogene und sachbezogene Topoi zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots	53
b)	Rechtssatz für Zweckänderung der Informationsbearbeitung?	56
4.	Anforderungen an die Normstufe (Erfordernis der Gesetzesform)	57
5.	Beschränkte Tragweite der polizeilichen Generalklausel	58
IV.	Schluss	60
	Literaturverzeichnis	62

I. Einführung

Die kantonalen Gesetzgeber müssen beim Erlass neuen Polizeirechts multiplen Interessen Rechnung tragen: Sie wollen den kantonalen Polizeikorps Instrumente in die Hand geben, welche die Sicherheit der Bevölkerung bestmöglich gewährleisten, ohne übermässig in die Freiheitssphäre der Einzelnen einzugreifen. Sie müssen neu auftretenden Problemlagen begegnen, die sich aufgrund der stetigen Veränderung der Technik und des sicherheitspolitischen Umfelds ergeben. Die dafür eingesetzten neuen Technologien sind jedoch missbrauchs anfällig und können zumindest potenziell die demokratische Grundordnung gefährden (zu denken ist beispielsweise an die Überwachung einer Vielzahl von Personen in Kombination mit dem vollautomatisierten Datenabgleich, wie sie bei der automatisierten Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung stattfindet). Und nicht zuletzt will die Politik Wahlversprechen einlösen, sollte dabei aber der Versuchung widerstehen, Symbolpolitik zu be-

treiben, die für die kantonalen Polizeikörper erheblichen Aufwand zur Folge haben kann, ohne dass sich die angepeilten Ziele wirklich erreichen liessen. Dieses Spannungsfeld faktischer Interessen bettet sich in einen bundesrechtlichen Rahmen ein. Dieses übergeordnete Recht ist – ebenso wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – in stetiger Fortentwicklung begriffen. Nicht selten fehlt es deshalb im Zeitpunkt eines konkreten kantonalen Gesetzgebungsvorhabens für rechtliche Streitfragen an verbindlichen Antworten (des Bundesgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte). Die rechtswissenschaftliche Literatur trägt hier nur punktuell zur Klärung bei, zumal zum Polizeirecht – im Vergleich beispielsweise zum Strafprozessrecht, dessen wissenschaftliche Durchdringung seit der schweizweiten Vereinheitlichung im Jahr 2007 erheblich zugenommen hat – immer noch recht wenig geschrieben wird.

Die dargelegten Rahmenbedingungen lassen die Gesetzgebung im Bereich des Polizeirechts als anspruchsvoll erscheinen. Die hohe Kadenz, mit welcher die kantonalen Polizeigesetze in den letzten Jahren überarbeitet wurden,¹ zeigt, dass sich Lösungen oftmals nur für eine beschränkte Zeit finden lassen. Öfters wurde ausserdem in den letzten Jahren das Bundesgericht im Rahmen abstrakter Normenkontrollen mit neuen Polizeierlassen befasst;² das Bundesgericht hat die angefochtenen kantonalen Erlasse dabei wiederholt auch aufgehoben.³

¹ So erfolgten beispielsweise zum St. Galler Polizeigesetz vom 10. April 1980 (PG/SG, sGS 451.1) in den letzten zehn Jahren – neben einer Änderung im Zusammenhang mit einer Anpassung des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Straf- und Jugendprozessordnung (nGS 2018-028) – drei Nachträge (XI. Nachtrag [nGS 2014-016], XII. Nachtrag [nGS 2015-068], XIII. Nachtrag [nGS 2020-051]) von erheblichem Umfang. Ein XIV. Nachtrag (zum Bedrohungs- und Risikomanagement) sowie ein XV. Nachtrag (zur präventiven polizeilichen Tätigkeit) sind vom St. Galler Kantonsrat im Sommer 2023 mit diversen Ergänzungs- und Klärungsaufträgen an die Regierung zurückgewiesen worden. Mittlerweile liegen neue Gesetzesentwürfe und eine Ergänzungsbotschaft vor, wobei weitere Nachträge betreffend die automatisierte Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung sowie die Kostentragung bei Veranstaltungen ohne Vorliegen der erforderlichen Bewilligung im Raume stehen.

² BGE 140 I 381 (Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Vorermittlung); BGE 124 I 85 (Verpflichtung der Polizeibeamten zum Tragen von Namensschildern); BGE 109 Ia 146 (Identitätskontrollen, Personalienfeststellung, erkennungsdienstliche Massnahmen).

³ BGE 147 I 103 (automatische Verbindung zwischen Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB; Wegweisungsbestimmung, die sich gegen Fahrende richtet; Überwachung durch ein an einem Fahrzeug befestigtes GPS-Gerät); BGE 140 I 353 (Chatroom-Überwachung); BGE 140 I 2 (Dauer eines Rayonverbots; Fol-

Der vorliegende Beitrag nimmt vor diesem Hintergrund die formell-rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normierung des präventiv-polizeilichen Handelns⁴ durch die Kantone unter die Lupe. Zunächst werden die Implikationen erörtert, die sich für den kantonalen Polizeigesetzgeber aus der Zuständigkeit des Bundes für den Erlass des Strafprozessrechts ergeben (vgl. [Ziff. II](#) hiernach). Es folgen Überlegungen zu Legalitätsprinzip und polizeilicher Generalklausel (vgl. [Ziff. III](#) hiernach). Im Vordergrund steht dabei jeweils die Frage, wie die kantonalen Polizeigesetzgeber – aus rechtlicher Sicht – auf eine höhere Beständigkeit ihrer Erlasse hinwirken können, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wünschbar ist.

II. Beachtung der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung

1. Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes und der Kantone

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV). Gestützt auf diese Kompetenznorm hat der Bundesgesetzgeber am 5. Oktober 2007 die schweizerische Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) erlassen.

Ausgangspunkt eines jeden Strafverfahrens bildet der Verdacht, dass eine strafbare Handlung begangen worden sein könnte (Art. 1 Abs. 1 StPO); die StPO regelt die Vorkehrungen, mit welchen die Richtigkeit dieses Verdachts überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt wird, und sie strukturiert das Verfahren.⁵ In ihrem 5. Titel („Zwangsmassnahmen“) stellt sie den Strafverfolgungsbehörden – zu denen namentlich die Kriminalpolizei gehört (Art. 12 lit. a StPO) – verschiedene grundrechtsintensive Massnahmen zur Verfügung, welche die Aufklärung und strafrechtliche Verfolgung von Straftaten ermöglichen sollen.

gen der Verletzung einer Meldeauflage); BGE 136 I 87 (Anspruch auf richterliche Kontrolle eines polizeilichen Gewahrsams).

⁴ Unter präventiv-polizeilichem Handeln wird in diesem Beitrag die auf Gefahrenabwehr oder auf Erkennung und Verhinderung einer potenziellen Straftat ausgerichtete polizeiliche Aktivität verstanden; weiterführend zur Terminologie VON HAHN, 10 ff.

⁵ BGE 140 I 353 E. 4.1; Urteile des Bundesgerichts 1C_269/2021 vom 13. Oktober 2022 E. 3.1.1 und 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.4.2.

Nicht in der StPO geregelt ist demgegenüber die präventiv-polizeiliche Tätigkeit, welche insbesondere der Erkennung und Verhinderung von Straftaten dient.⁶ Für entsprechende Regelungen sind die Kantone zuständig, die auf ihrem Hoheitsgebiet über die originäre Kompetenz zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfügen.⁷ Aufgrund ihrer diesbezüglichen Gesetzgebungszuständigkeiten sind die Kantone etwa für Regelungen betreffend die Erfassung der Geschwindigkeit von Fahrzeugen mittels Radargeräts⁸ oder betreffend die automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung⁹ zuständig, für die es im Strafprozessrecht des Bundes in dieser Form keine Äquivalente gibt. Daneben sind die kantonalen Polizeikorps für eine wirkungsvolle Durchführung ihrer präventiv-polizeilichen Aufgaben auf Instrumente angewiesen, die sich in – mehr oder weniger – vergleichbarer Weise auch in der StPO finden; dazu gehören z.B. die geheimen Überwachungsmassnahmen (Observation [Art. 282 f. StPO],¹⁰ verdeckte Ermittlung [Art. 285a ff. StPO], verdeckte Fahndung [Art. 298a ff. StPO], die polizeirechtliche Äquivalente in Form der polizeilichen Kontaktnahme [z.B. § 32d PolG/ZH¹¹] bzw. der polizeilichen Vorermittlung [z.B. § 32e PolG/ZH besitzen¹²] oder auch Massnahmen, welche die physische Festhaltung einer Person zum Gegenstand haben (vorläufige Festnahme [Art. 217 ff. StPO] und Polizeigewahrsam [z.B. § 25 PolG/ZH]).¹³

⁶ BGE 143 IV 27 E. 2.5.

⁷ Botschaft des Bundesrats vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 236 f.; Urteil des Bundesgerichts 1C_39/2021 vom 29. November 2022 E. 4.1 (zur Publikation vorgesehen), mit Hinweisen.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_372/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 2.3.1.

⁹ BGE 146 I 11.

¹⁰ Vgl. hierzu auch BGER 6B_1061/2020 E. 1.5.2, wonach „Observationen vor Erlass der eidgenössischen Strafprozessordnung überwiegend nicht als strafprozessuale Massnahme verstanden“ worden seien. Richtig ist, dass Observationen sowohl strafprozessrechtlichen als auch präventiv-polizeilichen und in dem Sinne „doppelfunktionalen“ Charakter haben können.

¹¹ Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007; LS 550.1.

¹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1261/2015 vom 28. September 2016 E. 4.

¹³ Dies gilt nicht nur für das Polizeirecht, sondern generell für das Verwaltungs(verfahrens)recht. Wenn das Bundesgericht für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Strafprozessrecht und Verwaltungs(verfahrens)recht – in einem tierschutzrechtlichen Fall – kürzlich massgeblich darauf abgestellt hat, ob Zwangsmittel eingesetzt worden sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_479/2022 vom 27. Juni 2023 E. 7.2.1 und 7.2.2), vermag dies deshalb nicht zu überzeugen. Zur Abgrenzung trägt auch die im Urteil herangezogene verwaltungsrechtliche Handlungsformenlehre nichts bei.

In der Praxis kann sich die Abgrenzung des präventiv-polizeilichen vom kriminalpolizeilichen Wirkungskreis als anspruchsvoll erweisen, zumal die Tätigkeiten oftmals ineinanderfliessen. So können Polizeimitarbeitende in Ausübung präventiv-polizeilicher Aufgaben auf strafrechtlich relevante Sachverhalte stossen.¹⁴ Oder sie sind zur Aufdeckung schwerwiegender Straftaten – z.B. im Bereich des Menschenhandels – darauf angewiesen, Vorermittlungen¹⁵ durchzuführen, wobei sie ihre diesbezüglichen (auf „Verdachtsbegründung“ ausgerichteten) Nachforschungen notgedrungen an kriminalistischen Erfahrungswerten ausrichten werden (z.B. verstärkte Kontrollen in „bekanntem Etablissements“¹⁶),¹⁷ die sich im Einzelfall relativ rasch zu einem konkreten Tatverdacht verdichten können.¹⁸ Eine Bestimmung in einem kantonalen Po-

¹⁴ Vgl. für ein gutes Anschauungsbeispiel BGE 143 IV 27: Ein Ermittler der Kantonspolizei Zürich hielt in Kinder- und Jugendchaträumen Ausschau nach Anzeichen pädosexueller Aktivitäten und erstellt hierzu ein Profil, welches ihn als 14-jähriges Mädchen „Sabrina“ auswies. Kurz später trat der Beschuldigte mit ihm in Kontakt, was der Ermittler zum Anlass nahm, ein (virtuelles) Gespräch aufzunehmen. Das Bundesgericht qualifizierte diesen Vorgang als präventive Tätigkeit, die dem kantonalen Polizeigesetz unterliege; erst mit der Übermittlung einer Fotografie des nackten Geschlechtsteils des Beschuldigten gelangte die StPO zur Anwendung (a.a.O., E. 3.1 und 3.2).

¹⁵ Vorermittlungen bezwecken nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung „die Feststellung, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, und im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern“; vgl. BGE 140 I 353 E. 6.1.

¹⁶ Vgl. Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau zur Änderung des Polizeigesetzes vom 5. Juli 2022, 12, abrufbar unter <<https://grgeko.tg.ch/o/grgeko-portlet/activity/5148469>> (zuletzt abgerufen am 7. Oktober 2023).

¹⁷ Vgl. zu der – unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) – heiklen Frage, unter welchen Umständen eine polizeiliche Personenkontrolle, die (auch) an äusserliche Merkmale der kontrollierten Person anknüpft, zulässig sein kann Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00014 vom 1. Oktober 2020 E. 5.

¹⁸ Vgl. für einen anschaulichen Fall Urteil des Bundesgerichts 6B_1409/2019 vom 4. März 2021. Zu beurteilen war, ob der beschuldigte Geschäftsführer eines Clublokals von den kantonalen Instanzen zu Recht wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung verurteilt worden war. Strittig war dabei unter anderem die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus einer Kontrolle, die am 28. November 2017 in dem Lokal – ohne Hausdurchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft – durchgeführt worden war. Das Bundesgericht verwarf die Argumentation der kantonalen Instanzen, dass Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (BGSA; SR 822.41) eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Kontrolle gebildet habe. Anlass für die Kontrolle habe der Umstand gebildet, dass ein Polizeibeamter von der öffentlichen Strasse aus beobachtet habe, wie eine ausländische Person im fraglichen Lokal serviert und Tische abgeräumt habe, was bei ihm aufgrund einschlägiger Vorstrafen des Beschwerdeführers den Verdacht erweckt habe, in besagtem Lo-

lizeigesetz, die es der Kantonspolizei „aus Gründen der Beweissicherung“ erlaubt, Teilnehmerinnen oder Teilnehmer einer öffentlichen Veranstaltung aufzuzeichnen, sofern die konkrete Gefahr besteht, dass Straftaten begangen werden, ordnete das Bundesgericht als „doppelfunktionale Massnahme“¹⁹ dem präventiv-polizeilichen Bereich zu;²⁰ entsprechend bejahte es die Gesetzgebungszuständigkeit des Kantons (Basel-Stadt).²¹

2. Der „Anfangsverdacht“ als Anknüpfungspunkt für die (ausschliessliche) Anwendung der StPO

Entscheidendes Abgrenzungskriterium für die Frage, ob im konkreten Einzelfall auf das – äusserlich zuweilen nicht klar zuordenbare – Handeln der Angehörigen der Polizeikorps (kantonales) Polizeirecht oder (eidgenössisches) Strafprozessrecht anwendbar ist, bildet das Vorliegen eines Anfangsverdachts einer Straftat (Art. 1 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 und Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO).²² Lehre und Praxis sprechen auch vom Gebot der strafprozessualen Verdachtssteuerung.²³ Der Anfangsverdacht, der die (ausschliessliche) Anwendbarkeit der StPO zur Folge hat, kann nach der Rechtsprechung bloss vage sein.²⁴ Nicht entscheidend ist dabei, entgegen anderslautender Andeutungen in der Rechtsprechung,²⁵ dass formell Strafanzeige erhoben worden ist. Es erscheint sachrichtig, diesbezüglich relativ tiefe Hürden anzusetzen, zumal sonst die Gefahr besteht, strafprozessuale Rechte des Beschuldigten auszuhöhlen.²⁶

Besonders sensitiv ist die Konkretisierung des strafprozessualen Anfangsverdachts im Bereich des polizeilichen Bedrohungsmanagements, das in jüngerer Zeit insbesondere im Bereich der häuslichen und sexuellen Gewalt (in intimen Beziehungen), aber auch bei Drohungen und physischer Gewalt gegenüber Behörden oder Drittpersonen sowie gegenüber Personen mit extremistischem

kal werde eine strafbare Handlung begangen; bei dieser Sachlage sei die StPO anwendbar gewesen (a.a.O., E. 1.5).

¹⁹ Vgl. zu diesem Begriff Kommentar PolG/ZH-ZIMMERLIN, Rz. 54 ff. zu Aufsicht und Rechtsschutz, mit Hinweisen.

²⁰ BGer 6B_1061/2020 E. 1.5.3 und 1.5.4.

²¹ BGer 6B_1061/2020 E. 1.5.5.

²² BGE 143 IV 27 E. 2.5, m.w.H.; ZIMMERLIN, 272; BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 299 Rz. 15.

²³ Urteil des Bundesgerichts 1B_256/2021 vom 22. Juli 2021 E. 2.2; Rechenschaftsbericht des Obergerichts Thurgau (RBOG) 2020 Nr. 27, E. 2a/cc; ALBRECHT, 64; NATTERER, 3.

²⁴ BGE 140 I 353 E. 5.4. Vgl. auch SK StPO-LANDHUT/BOSSHARD, Art. 309 Rz. 26.

²⁵ Vgl. BGer 2C_479/2022 E. 7.2.4. Für die Anwendbarkeit der StPO ist eine formelle Strafanzeige (Art. 299 ff. StPO) nicht erforderlich.

²⁶ Vgl. zur Kluft zwischen Strafprozess- und Polizeirecht SIMMLER, 451 f.

oder radikalem Hintergrund verstärkt zur Anwendung gelangt²⁷ und im Wesentlichen das Ziel verfolgt, von Individuen ausgehende Gefahren frühzeitig zu erkennen, niederschwellig (z.B. mittels regelmässiger Kontaktnahmen) zu deeskalieren und damit Delikte zu verhindern.²⁸ Polizeiliche Interventionen im Bereich des polizeilichen Bedrohungsmanagements finden in einem Zeitpunkt statt, in denen sich ein Tatverdacht (auf ein Officialdelikt) noch nicht hinreichend verdichtet hat. Sie erfolgen jedoch nicht „anlasslos“, sondern gegenüber Personen, von denen mutmasslich ein gewisses Gefährdungspotenzial ausgeht. In der Regel und insbesondere bei häuslicher Gewalt basiert das präventiv-polizeiliche Vorgehen mithin auf konkreten Vorfällen, bei denen der Tatverdacht – und damit die Anwendbarkeit der StPO mit ihren zahlreichen Formalismen – greifbar ist bzw. jedenfalls nicht weit entfernt scheint.

Wenn in solchen Konstellationen gleichwohl präventiv-polizeilich interveniert wird, was in der Sache durchaus wünschbar sein kann, stellt sich die Frage, wie mit Situationen umzugehen ist, in denen es später doch zu einem Strafverfahren kommt. Nicht auf der Hand liegt insbesondere, ob und inwieweit präventiv-polizeilich gewonnene Beweismittel in einem solchen Strafprozess verwertet werden dürfen. Aufgrund der präventiv-polizeilichen Interventionen, die ihren Zweck nur erfüllen können, wenn sie niederschwellig erfolgen, werden die „Gefährder“ nämlich kaum je damit rechnen (müssen), dass allfällige Erkenntnisse direkt in ein späteres Strafverfahren einfließen können. Müsste damit gerechnet werden, würde dies im Gegenteil die für den Erfolg des polizeilichen Bedrohungsmanagements unabdingbare Kooperationsbereitschaft der Betroffenen in Frage stellen.

3. Verwertbarkeit präventiv-polizeilich gewonnener Beweismittel im Strafprozess

a) Grundlagen

Nach Art. 139 Abs. 1 StPO setzen die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind. Beweise die unrechtmässig erlangt worden

²⁷ Vgl. SIMMLER/MARKWALDER/BRUNNER/BELÖRF, 17 f.

²⁸ Bericht des Bundesrats vom 11. Oktober 2017 in Erfüllung des Postulates Feri 13.3441, Bedrohungsmanagement, insbesondere bei häuslicher Gewalt, Überblick über die rechtliche Situation und Schaffen eines nationalen Verhältnisses, S. 5.

sind, können unter Umständen (vgl. hierzu [Ziff. II.3.d](#)) hiernach) nicht verwertet werden, d.h. die zuständige Strafbehörde muss sie bei der Beurteilung der Angelegenheit ausblenden (vgl. Art. 140 f. StPO).

Die Beweisverbotsregeln der StPO müssen auch dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Beweismittel im Rahmen präventiv-polizeilicher Tätigkeit erhoben worden ist,²⁹ ansonsten die Sammlung von Beweisen ausserhalb der strafprozessualen Regeln ins Belieben oder zur freien Disposition der Behörden gestellt würde.³⁰

b) Grundsatz: Präventiv-polizeilich gewonnene Beweismittel dürfen im Strafverfahren beigezogen werden

Die durch präventiv-polizeiliche Tätigkeit gewonnenen Informationen können über den Aktenbeizug (Art. 194 Abs. 2 StPO) in ein Strafverfahren überführt werden.³¹ Beweismittel, die formell betrachtet aus einem Drittverfahren stammen, sind im Prinzip verwertbar, sofern dadurch die strafprozessualen Regeln und die Rechte der beschuldigten Person nicht ausgehöhlt werden.³² Das gilt auch für „tatverdachtsbegründende“ Beweise, die im Rahmen präventiv-polizeilicher Tätigkeit rechtmässig erhoben wurden.³³

Das Bundesgericht hat – hiervon abweichend – im Zusammenhang mit Alkoholtstkäufen auch die Auffassung vertreten, dass die von der Gewerbepolizei durch Testkäufe gewonnenen Erkenntnisse nur als rechtmässig angesehen werden könnten, wenn sie den Anforderungen des (damals noch anwendbaren) Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (AS 2004 1409) genügten; es stellte mithin darauf ab, dass die durch die Testkäufe gewonnenen Erkenntnisse zur Strafverfolgung verwendet wurden.³⁴ Zur Be-

²⁹ BGE 146 I 11 E. 4.1.

³⁰ Vgl. BSK StPO–GLESS, Art. 141 Rz. 38 f.; BÜRGE, 81 ff.

³¹ Vgl. BSK StPO–DZIERZEGA ZGRAGGEN, Art. 194 Rz. 1; unzulässig wäre hingegen, wenn die Staatsanwaltschaft gegenüber der Polizei eine Beschlagnahmeverfügung erlässt. Die Regeln über die behördliche Zusammenarbeit gehen den strafprozessualen Zwangsmassnahmen vor, vgl. für das Verhältnis von Rechtshilfe und Beschlagnahme Urteil des Bundesgerichts 6B_1298/2022 vom 10. Juli 2023, E. 1.3.2 (zur Publikation vorgesehen).

³² Vgl. (jeweils für das Verhältnis von Verwaltungs- und Strafverfahren) BGE 142 IV 207 E. 8.3.1 f.; BGE 140 II 384 E. 3.3.4; BGE 138 IV 47 E. 2.6.1 f.

³³ BGer 6B_1061/2022 E. 1.7.5; BÜRGE, 83; ZIMMERLIN, 273, m.w.H. auf abweichende Meinungen.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_334/2011 vom 10. Januar 2012 E. 4.2.

gründung führte es aus, es gelte zu vermeiden, dass die – im Verhältnis zu den verwaltungs(prozess)rechtlichen Vorschriften strengeren – strafprozessualen Vorgaben nicht umgangen werden dürften.

Die Befürchtung, strafprozessrechtliche Vorgaben könnten durch weitgehende Beweiserhebungen in verwaltungsrechtlichen Verfahren unterlaufen werden, erscheint im Grundsatz berechtigt. Der Gefahr einer missbräuchlichen Instrumentalisierung von – verglichen mit dem Strafprozessrecht – grosszügigeren verwaltungs(prozess)rechtlichen Beweiserhebungsregeln ist durch eine strikte Handhabung des Gebots der Verdachtssteuerung Rechnung zu tragen. Die Schwelle für die Annahme eines Tatverdachts (auch retrospektiv, im Rahmen eines Strafprozesses bei der Prüfung der Verwertbarkeit von Beweismitteln) ist niedrig anzusetzen und Beweismittel, die – trotz Vorliegens eines Tatverdachts – gestützt auf kantonales Verwaltungsprozessrecht erhoben worden sind, sollten als widerrechtlich qualifiziert werden. Präventiv-polizeilich zulässig gewonnene Beweismittel jedoch nur dann als verwertbar zu erklären, wenn sie zusätzlich den Vorgaben der StPO genügen,³⁵ würde die Strafverfolgung über Gebühr erschweren, ohne dass dafür ein erkennbares Schutzbedürfnis oder ein anderer sachlicher Grund bestünde;³⁶ zudem müssten die Verwaltungsbehörden bei ihrer – auf die Verwirklichung öffentlicher Interessen ausgerichteten – Tätigkeit immer mögliche strafprozessuale Implikationen ihres Vorgehens mitbedenken, was sachfremd erscheint.

In Fällen, welche die strafrechtliche Sanktionierung von Geschwindigkeitsüberschreitungen zum Gegenstand hatten, stellte das Bundesgericht denn auch zutreffend allein darauf ab, dass im kantonalen Recht eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die massgebliche Radarkontrolle bestand. Dabei erwog es, dass die Kontrolle des Strassenverkehrs in der Konsequenz zwar immer auch der Ermittlung fehlbarer Fahrzeuglenker und der Sicherstellung von Beweisen im Hinblick auf ein späteres Strafverfahren diene; dies lasse sich jedoch nicht vermeiden und ändere nichts daran, dass dies nicht den primären Zweck, sondern lediglich eine Begleiterscheinung von primär präventiv ausgerichteten Verkehrskontrollen darstelle.³⁷ Mit derselben Begründung ist auch die Rechtmässigkeit von Alkoholestkäufen bzw. die Verwertbarkeit der daraus gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren in erster Linie danach zu beurteilen, ob die Vorgaben des anwendbaren kantonalen Verfahrensrechts eingehalten sind.

³⁵ In diese Richtung KARNUSIAN, 354; WOHLERS, 62.

³⁶ Ähnlich ZIMMERLIN, 273 f.

³⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1143/2015 vom 6. Juni 2016 E. 1.3.1.

c) Anforderungen an die Rechtmässigkeit präventiv-polizeilich gewonnener Beweismittel aus Sicht des Strafprozessrechts

Für die strafprozessuale Verwertbarkeit präventiv-polizeilich gewonnener Beweismittel ist nach dem oben Ausgeführten grundsätzlich vorausgesetzt, dass die betreffenden Beweismittel für sich genommen rechtmässig erhoben wurden. Die geforderte Rechtmässigkeit ist eine doppelte. Einerseits muss das kantonale Polizeirecht die Erhebung des Beweises erlauben (Rechtmässigkeit *in der Rechtsanwendung*), andererseits muss die herangezogene polizeirechtliche Bestimmung für sich genommen rechtmässig – d.h. insbesondere mit der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung und dem Legalitätsprinzip – vereinbar sein (Rechtmässigkeit des *angewendeten Rechtssatzes*). Letzteres ist von den Strafbehörden (und insbesondere den Strafgerichten) – auf hinreichende Rüge hin³⁸ – im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle zu prüfen.³⁹

Bei Prüfung der Frage, ob präventiv-polizeilich gewonnene Beweismittel rechtmässig erlangt worden sind, ist überdies im Auge zu behalten, ob sich das polizeiliche Handeln in der betreffenden Situation überhaupt auf das kantonale Polizeirecht abstützen konnte; dies ist nicht der Fall, wenn bereits ein Tatverdacht bestand (Art. 1 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 StPO). Entsteht im Rahmen präventiv-polizeilicher Tätigkeit ein Tatverdacht, ist ab diesem Zeitpunkt die StPO anwendbar (vgl. [Ziff. II.1.](#)). Stützt die Polizei ihre weiteren Ermittlungen trotzdem auf (weniger restriktives) kantonales Polizeirecht, führt dies zur Rechtswidrigkeit der dadurch erlangten Beweismittel, und zwar entgegen anderweitiger Andeutungen (auch) des Bundesgerichts⁴⁰ unabhängig davon, ob eine Umgehungsabsicht besteht.⁴¹ Präventiv-polizeiliche Aktivität auf falscher Rechtsgrundlage erweist sich nämlich in mehrfacher Hinsicht als rechtsstaatlich unzulässig: Erstens unterläuft sie die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen (siehe [Ziff. II.1.](#)); zweitens umgeht sie das strafprozessuale Ge-

³⁸ Zu den diesbezüglich gesteigerten Rügeanforderungen im bundesgerichtlichen Verfahren BGer 6B_1143/2015 E. 1.6.2.

³⁹ Vgl. BGE 146 I 11 für einen Fall, in dem das Bundesgericht das Bestehen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für den in Frage stehenden (schweren) Eingriff in die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK) verneint hat.

⁴⁰ BGer 6B_1143/2015 E. 1.7.5.

⁴¹ Scheinbar anderer Meinung BÜRGE, 82, der eine „missbräuchliche Umgehung“ der Anwendung der StPO verlangt.

bot der Verdachtssteuerung (siehe [Ziff. II.2.](#)) und läuft damit – drittens – Gefahr, die Vorschriften der StPO sowie die Verteidigungsrechte der Betroffenen auszuhebeln (siehe [Ziff. II.3.b.](#)).

Da in der Praxis der Entstehungszeitpunkt eines Anfangsverdachts oftmals schwer zu bestimmen ist, empfiehlt sich für den kantonalen Polizeigesetzgeber, die Standards für die präventiv-polizeilichen Massnahmen nicht tiefer anzusetzen, als es die StPO für den Bereich kriminalpolizeilicher Massnahmen tut.⁴² Dies kann etwa dadurch bewerkstelligt werden, dass für die Voraussetzungen polizeirechtlicher Massnahmen im kantonalen Polizeigesetz (dynamisch) auf die StPO verwiesen wird, die dann als subsidiäres kantonales Recht anwendbar ist.⁴³ Die vom Bundesgericht – im Lichte der engen praktischen Bezüge von präventiv- und repressiv-polizeilicher Tätigkeit – als wünschbar⁴⁴ bezeichnete enge Abstimmung von kantonalem Polizeirecht und StPO ist hierdurch am besten gewährleistet. Weiter werden damit allfällige Anreize zur Umgehung strafprozessualer Vorschriften durch Rückgriff auf kantonales Polizeirecht vermieden. Eine solche Herangehensweise rechtfertigt sich schliesslich auch deshalb, weil ein polizeiliches Vorgehen jedenfalls kaum grundrechtsintensiver ausgestaltet werden darf als das strafprozessuale Instrumentarium zur Klärung eines konkreten Tatverdachts.

d) Verwertbarkeit von durch die Polizei erhobenen Beweismitteln ohne Rechtsgrundlagen?

Was sind die Konsequenzen, wenn ein Beweismittel nicht dem dargelegten „Rechtmässigkeits-Doppelstandard“ entspricht? In einem anschliessenden Strafverfahren stellen sich Verwertungsprobleme.

Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Demgegenüber sind Beweise, die (bloss) in Verletzung von Ordnungsvorschriften erhoben wurden, nach Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstellt ohne Rechtsgrundlage erhobene Beweise in der Regel Art. 141 Abs. 2 StPO.⁴⁵ Mit Blick auf die Bedeutung

⁴² Zur Konvergenz von StPO und Polizeirecht siehe auch [Ziff. III.3.a.](#) hiernach.

⁴³ BGE 140 I 353 E. 8.2.

⁴⁴ BGE 140 I 353 E. 5.5.3.

⁴⁵ So in den sog. Dash-Cam-Fällen: BGE 146 IV 226 E. 3, präzisierend BGE 147 IV 16 E. 5.

des Legalitätsprinzips im Polizeirecht (siehe [Ziff. III](#)) muss diese Qualifikation auch für rechtswidrige Beweismittel aus präventiv-polizeilicher Tätigkeit gelten.⁴⁶

Die nach Art. 141 Abs. 2 StPO grundsätzliche Unverwertbarkeit von Beweismitteln erstreckt sich nach Lehre und Praxis auch auf Folgebeweise, die ohne den Erstbeweis nicht hätten erhoben werden können.⁴⁷ Diese Fernwirkung hat in einem Strafverfahren, in dem der Anfangsverdacht ausschliesslich durch präventiv-polizeiliche Aktivitäten generiert wurde, einen juristischen Dominoeffekt zur Folge: Sämtliche auf dem rechtswidrigen Beweis basierenden Folgebeweise leiden an der gleichen Unverwertbarkeit wie der Erstbeweis.⁴⁸

Die potenziell weitreichenden Konsequenzen dieser an die amerikanische „fruit of the poisonous tree“-Doctrine⁴⁹ angelehnte Betrachtungsweise schwächt die Praxis massgeblich ab. Einerseits gesteht sie der Staatsanwaltschaft zu, die Erlangbarkeit eines Folgebeweises innerhalb eines hypothetischen Verlaufs des Ermittlungsverfahrens darzutun.⁵⁰ Andererseits legt die Praxis den in Art. 141 Abs. 2 StPO explizit erwähnten Vorbehalt („zur Aufklärung schwerer Straftaten“) tendenziell weit aus. Das ermöglicht den Gerichten, im Rahmen einer Abwägung ein an sich rechtswidrig erlangtes Beweismittel gleichsam zu legalisieren. Eine schwere Straftat liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung losgelöst von der abstrakten Strafan drohung im Gesetz vor, wenn die konkret zu beurteilende Tat eine gewisse Schwere aufweist. Kriterien dafür sind das geschützte Rechtsgut, das Ausmass der Gefährdung beziehungsweise der Verletzung, die Vorgehensweise, die kriminelle Energie und das Tatmotiv.⁵¹

Der Nachweis eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs dürfte für die Staatsanwaltschaft bei einem auf präventiv-polizeilich gewonnenen Erkenntnissen aufbauenden Strafverfahren schwierig zu führen sein. Die hypothetische Er-

⁴⁶ Ähnlich BSK StPO-GLESS, Art. 141 Rz. 84, wonach unzulässige Beweissammlungen konsequent zu sanktionieren seien.

⁴⁷ BGE 147 IV 16 E. 7.3; BGE 138 IV 169 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_654/2019 vom 12. März 2020, E. 3.2.3; BSK StPO-GLESS, Art. 141 Rz. 92 f.; POULIKAKOS, 149 ff.

⁴⁸ Vgl. aus der kantonalen Praxis: Rechenschaftsbericht des Obergerichts Thurgau (RBOG) 2022 Nr. 41, passim.

⁴⁹ Dazu GLESS, 13 f.

⁵⁰ BGE 138 IV 169 E. 3.3.3; vgl. neben dem bereits zitierten BGer 6B_654/2019 E. 3.2.3 die Urteile des Bundesgerichts 6B_75/2019 vom 15. März 2019, E. 1.4.4; 6B_640/2012 vom 10. Mai 2013 E. 2.1.

⁵¹ BGE 147 IV 9 E. 1.4.2; BGE 147 IV 16 E. 7.2

langbarkeit eines Folgebeweises muss nach der Rechtsprechung mit grosser Wahrscheinlichkeit erstellt sein; die bloss theoretische Möglichkeit, den Beweis rechtmässig zu erlangen, genügt nicht.⁵² Ein solcher Ermittlungsverlauf lässt sich nur erfolgreich nachweisen, wenn die Strafverfolgungsbehörden über verschiedene Anknüpfungspunkte für einen Anfangsverdacht verfügen.⁵³ Wurde dieser ausschliesslich durch rechtswidrige Erkenntnisse der Polizei generiert, dürften alternative Anknüpfungspunkte fehlen. Ein hypothetischer Ermittlungsverlauf ist diesfalls schwer vorstellbar.⁵⁴

Das Abwägungsmodell von Art. 141 Abs. 2 StPO ist im Vergleich zur Rechtsprechung zu den Folgebeweisen flexibler und lässt sich ohne weiteres auf rechtswidrige Beweise aus präventiv-polizeilicher Tätigkeit anwenden. Aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden ist diese Flexibilität zu begrüssen. Sie entkräftet jedoch die Steuerungs- und Disziplinierungsfunktionen von Beweiserhebungsregeln.⁵⁵ Im Bereich des präventiv-polizeilichen Handelns kommt hinzu, dass rechtswidrige Beweismittel immer auch in Verletzung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung entstanden (vgl. [Ziff. II.3.c](#)). Diese bundesstaatliche Komponente wird in der Rechtsprechung zu Art. 141 Abs. 2 StPO zu wenig beachtet. Im Rahmen der Interessenabwägung sollte ein strengerer Massstab Anwendung finden, wenn ein Beweismittel auch in Verletzung der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen zustande kam.

⁵² BGE 138 IV 169 E. 3.3.3; vgl. neben dem bereits zitierten BGer 6B_654/2019 E. 3.2.3 die Urteile des Bundesgerichts 6B_75/2019 vom 15. März 2019, E. 1.4.4; 6B_640/2012 vom 10. Mai 2013 E. 2.1.

⁵³ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B_75/2019 vom 15. März 2019, E. 1.4.4.

⁵⁴ Soweit die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch ein unverwertbares Beweismittel als „Spurensatz“ für weitere Ermittlungstätigkeiten oder zur Begründung eines Anfangsverdachts zulässt (so etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_57/2015 vom 27. Januar 2016 E. 3.1), kann dem für den Bereich des präventiv-polizeilichen Handelns schon mit Blick auf die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen nicht gefolgt werden (siehe II/3/c); grundsätzlich und zu Recht kritisch BIAGGINI, Rz. 57.

⁵⁵ Kritisch BSK StPO-GLESS, Art. 141 Rz. 74: „Die Anwendung von Art. 141 Abs. 2 in der Rechtsprechung erscheint oft **einzelfallorientiert**, und man kann sich des Eindrucks nicht verwehren, dass **zirkelschlüssig** darauf abgestellt wird, dass durch eine Gesamtabwägung (...) die Konsequenz eines Beweisverwertungsverbots vermieden werden soll.“ (Hervorhebung im Original)

4. Implikationen für die polizeirechtliche Gesetzgebungspraxis

Die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung ist für den kantonalen Gesetzgeber zunächst einmal ganz unmittelbar insofern von Bedeutung, als er Gefahr läuft, dass Bestimmungen, die in den Zuständigkeitsbereich des Bundesgesetzgebers eingreifen, vom Bundesgericht wegen Verletzung von Art. 49 Abs. 1 BV aufgehoben werden. In diesem Zusammenhang hatte das Bundesgericht in einem jüngst ergangenen Entscheid⁵⁶ die Frage zu klären, ob § 51a Abs. 2 PolG/ZH, der die polizeiliche Informationstätigkeit zum Gegenstand hat (und vorschreibt, dass grundsätzlich die Staatsangehörigkeit der Täterinnen und Täter, Tatverdächtigen und Opfer bekanntzugeben sei), in den von der StPO abschliessend geregelten Bereich eingreift. Es bedurfte vonseiten des Bundesgerichts einiger interpretatorischer Kunstgriffe, um den Bedeutungsgehalt der Bestimmung trotz der Bezugnahme auf Täter und Opfer – Begriffe also, die einen Tatverdacht inhärent voraussetzen – auf das bundesstaatlich Erlaubte (nämlich die Informationstätigkeit der Polizei über ihre Aufgabenerfüllung im Bereich der Gefahrenabwehr sowie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie die Aufklärung der Bevölkerung im Rahmen von Präventionskampagnen allgemein über Gefahren oder über aktuelle Deliktsformen) zurückzustützen.⁵⁷

Die in dem Entscheid vorzufindende Erwägung des Bundesgerichts, dass der kantonale Gesetzgeber bei Erlass der Bestimmung zu wenig zwischen polizeilicher Tätigkeit innerhalb und ausserhalb eines Strafverfahrens unterscheiden habe und die Bestimmung von § 51a Abs. 2 PolG/ZH (deshalb) über einen wesentlich eingeschränkteren Anwendungsbereich verfüge als vom kantonalen Gesetzgeber wohl beabsichtigt, lässt sich auf weitere Fälle übertragen. So wurde im Mai 2023 im Thurgauer Grossen Rat (in zweiter Lesung) der Erlass einer Bestimmung diskutiert, die es der Kantonspolizei erlaubt hätte, „zur Gefahrenabwehr und zur Erkennung von Vergehen und Verbrechen [...] elektronische Geräte vor Ort in Anwesenheit der betroffenen Personen“ einzu-

⁵⁶ Vgl. BGer 1C_269/2021.

⁵⁷ BGer 1C_269/2021 E. 3.2.4, wonach die Begriffe „Täterinnen und Täter, Tatverdächtige [...] und Opfer“ in einem übertragenen, untechnischen Sinn auszulegen seien im Sinne von „in einen polizeirechtlich relevanten Sachverhalt ohne Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts massgeblich involvierte Personen“. Zumindest in Bezug auf (Unfall-)Opfer oder Vermisste könne der Bestimmung polizeirechtlich nicht jeder Anwendungsbereich abgesprochen werden.

sehen.⁵⁸ In der ersten Lesung war zur Rechtfertigung der Bestimmung der Fall erwähnt worden, dass ein Schulkind auf einem Ausflug „austreten muss und dabei von einem Passanten fotografiert wird“. Dass in einem solchen Fall ohne Weiteres ein strafbarer Anfangsverdacht vorliegt, der zur (ausschliesslichen) Anwendbarkeit der StPO führt, blieb ausser Acht. Dies ist insofern von Belang, als sich die (vorweggenommene, abstrakte) Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 36 Abs. 3 BV) einer Bestimmung durch den kantonalen Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens an der voraussichtlichen Anwendung der Bestimmung in der Praxis ausrichten muss,⁵⁹ im Thurgauer Fall also hätte geprüft werden müssen, inwiefern präventiv-polizeilich (d.h. ohne konkreten Tatverdacht) Konstellationen denkbar sind, in denen sich die Durchsuchung elektronischer Geräte als verhältnismässig erweisen könnte. Legt der kantonale Gesetzgeber seinem Vorhaben – aufgrund eines Irrtums über den durch die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung abgesteckten Anwendungsbereich der kantonalen Norm – unzutreffende Annahmen über die Anwendungskonstellationen zugrunde, führt dies zwangsläufig dazu, dass Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des mit der Normanwendung verbundenen Grundrechtseingriffs unter falschen Prämissen beurteilt werden. Die Gefahr einer späteren Aufhebung der Norm (in einem Verfahren abstrakter Normenkontrolle) oder ihrer fehlenden praktischen Anwendbarkeit (aufgrund inzidenter Normenkontrolle) ist diesfalls hoch.

⁵⁸ Vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Thurgau vom 5. Juli 2022 zur Änderung des Polizeigesetzes, abrufbar unter <https://www.tg.ch/public/upload/assets/131566/Botschaft_Polizeigesetz.pdf?fp=1> (zuletzt abgerufen am 7. Oktober 2023). Nach massiver Kritik insbesondere vonseiten der FDP, die ihre Bedenken durch ein juristisches Gutachten untermauerte, wies der Grosse Rat das Gesetzgebungsvorhaben an die vorberatende Kommission zurück. Diese hat zwischenzeitlich einen neuen Gesetzesentwurf vorgelegt, mit welchem auf die umstrittene Massnahme verzichtet wird (vgl. 2. Bericht der Kommission zur Vorberatung der Änderung des Polizeigesetzes [nach Rückweisung an Kommission], abrufbar unter <<https://grgeko.tg.ch/o/grgeko-portlet/activity/5786416>> [zuletzt abgerufen am 7. Oktober 2023]).

⁵⁹ Vgl. statt vieler BGE 146 I 62 E. 4. Danach ist bei der Prüfung, ob eine kantonale Norm mit übergeordnetem Recht konform ist, im Einzelnen auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden Schutzes bei einer späteren Normenkontrolle, die konkreten Umstände der Anwendung und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abzustellen. Der blosser Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen gegen übergeordnetes Recht verstossen könnte, führt hingegen für sich genommen nicht dazu, dass die Norm für sich genommen als rechtswidrig zu betrachten wäre.

Weitreichende Folgen können sich aus einer diesbezüglichen Fehleinschätzung namentlich dann ergeben, wenn eine mit übergeordnetem Recht unvereinbare Norm nicht abstrakt angefochten wird und sie deshalb in Vollzug tritt. Stellt sich in einem späteren konkreten Anwendungsfall die Rechtswidrigkeit der Norm heraus, kann dies namentlich die fehlende Verwertbarkeit von Beweismitteln in einem Strafprozess zur Folge haben (vgl. [Ziff. II.3.d](#)). Durch sorgfältige Gesetzgebung – etwa in dem Sinne, dass der kantonale Polizeigesetzgeber die Standards für die präventiv-polizeilichen Massnahmen nicht tiefer ansetzt als es die StPO für den Bereich kriminalpolizeilicher Massnahmen tut⁶⁰ – können solche „Unfälle“, für die aus Sicht der interessierten Öffentlichkeit wenig Verständnis aufgebracht werden dürfte, vermieden werden.

III. Legalitätsprinzip und polizeiliche Generalklausel

1. Grundlagen

Das Legalitätsprinzip gilt uneingeschränkt auch im Polizeirecht.⁶¹ Es leitet und begrenzt das polizeiliche Handeln in doppelter Hinsicht. Zum einen darf sich die Polizeiaktivität nach Art. 5 Abs. 1 BV nur „auf Antrieb des Gesetzes und innerhalb dessen Schranken“⁶² entfalten. Zum anderen verlangt Art. 36 Abs. 1 BV eine rechtliche Grundlage für Grundrechtseingriffe. Da die präventiv-polizeiliche Tätigkeit sehr oft in grundrechtliche Schutzbereiche vordringt, z.B. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,⁶³ ist eine rechtliche Grundlage auch insoweit unabdingbar.⁶⁴

Das Legalitätsprinzip erfüllt sowohl rechtsstaatliche als auch demokratische Funktionen. Im Polizeirecht stehen zwei seiner Teilgehalte im Vordergrund: Das Bestimmtheitsgebot und das Erfordernis der Gesetzesform. Letzteres stellt sicher, dass wichtige Entscheide in die Erlassform des Gesetzes gekleidet

⁶⁰ Vgl. [Ziff. II.3.c](#)).

⁶¹ SCHWEIZER/MÜLLER, 382; BGE 140 I 353 E. 5.2; siehe auch BGE 147 I 103 E. 16; BGE 136 I 87 E. 3.1.

⁶² FLEINER, 131

⁶³ MOHLER, 104 ff.; aus der Praxis BGE 140 I 353 E. 8.5; zur polizeilichen Datenbearbeitung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts per se einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung begründet: BGE 138 I 256 E. 5.

⁶⁴ Ausführlich VON HAHN, 94 ff. in Verbindung mit 109 f.

werden und so im Zuständigkeitsbereich des Parlaments bleiben.⁶⁵ Mit anderen Worten schützt es die staatsrechtliche Zuständigkeitsordnung.⁶⁶ Als Bestimmtheitsgebot gewährleistet das Legalitätsprinzip darüber hinaus die Berechenbarkeit und Voraussesbarkeit der Rechtsordnung.⁶⁷ Rechtssätze müssen „so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann“⁶⁸. Durch inhaltlich bestimmte, generell-abstrakte Regeln wird das Interesse an der Vorhersehbarkeit der von einer staatlichen Regelung Betroffenen gewahrt.⁶⁹ Als Bestimmtheitsgebot wirkt sich das Legalitätsprinzip zudem auf die Verteilung der Regelungslast zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung aus: Je bestimmter ein Rechtssatz formuliert ist, desto kleiner fällt der Entscheidungs- und Handlungsspielraum der rechtsanwendenden Behörden aus.⁷⁰ Deshalb steht die Bestimmtheit einer Vorschrift auch in einem Wechselverhältnis zur Rechtsgleichheit. Die inhaltlich bestimmte Rechtsnorm lässt in ihrem Anwendungsbereich keinen oder wenig Spielraum für unterschiedliche Behandlungen und gewährleistet dadurch die Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung.⁷¹

2. Zielkonflikte im Polizeirecht

Das Legalitätsprinzip ist ein „principe de géométrie variable“⁷²; seine Tragweite wird durch die jeweilige Regelungsmaterie beeinflusst. Im Polizeirecht steht insbesondere das Bestimmtheitsgebot in einem Spannungsverhältnis zu den dynamischen und inhaltlich weit gefassten Aufgaben der Polizei. Die Gefahrenabwehr wie auch der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit lassen sich nur schwer generell-abstrakt umschreiben.⁷³ Die Polizeitätigkeit richtet sich „oft gegen nicht im Einzelnen bestimmbar Gefährdungsarten und Gefährdungsformen in vielgestaltigen und wandelbaren Verhältnissen“⁷⁴. Um situativ auf eine Gefährdungslage oder auf neue technologische sowie soziale

⁶⁵ SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 Rz. 41; DUBEY, Rz. 565 f.; grundlegend zum Zusammenhang von Normstufe und Norminhalt G. MÜLLER, 107 ff.

⁶⁶ BGE 130 I 1 E. 3.1.

⁶⁷ BGE 145 I 52 E. 65; BGE 130 I 1 E. 3.1.

⁶⁸ BGE 109 Ia 273 E. 4d; so auch BGE 141 I 201 E. 4.6; BGE 125 I 361 E. 4.

⁶⁹ Grundlegend: NOLL, 193 („Prävisionsinteresse“); vgl. auch MÜLLER/UHLMANN, Rz. 19 f.

⁷⁰ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 250–255.

⁷¹ UHLMANN, Rz. 12.

⁷² MORAND, 1.

⁷³ BGE 140 I 381 E. 4.4.

⁷⁴ BGE 136 I 87 E. 3.1.

Entwicklungen reagieren zu können, muss die Polizeigesetzgebung daher teils mit offenen Rechtsnormen arbeiten. Nur so lassen sich Reaktions- und Handlungsfähigkeit kurz- und mittelfristig gewährleisten.⁷⁵

Diesem Flexibilisierungsbedürfnis steht ein durch drei Faktoren verstärktes Prävisionsinteresse (siehe [Ziff. III.1.](#)) der Normadressaten gegenüber. Erstens statuiert das Polizeirecht vielfach belastende Rechtsnormen in grundrechtssensiblen Bereichen. Das Prävisionsinteresse ist besonders intensiv, wenn der fragliche Rechtssatz weitreichende Konsequenzen für die Privatpersonen haben kann.⁷⁶ Zweitens sind offene Normierungen missbrauchsanfällig. Das Bundesgericht ortet im Bereich des präventiven Polizeihandelns zu Recht Gefahren für die freiheitlich-demokratische Ordnung und fordert wirksame Garantien gegen Missbräuche, vor allem im Zusammenhang mit neuen Technologien.⁷⁷ Drittens birgt eine schwache generell-abstrakte Determinierung die Gefahr einer rechtsungleichen Praxis, sei es innerhalb ein- und derselben Behörde oder innerhalb einer Behördenorganisation.⁷⁸ Zum Interesse an der Vorhersehbarkeit der Rechtsordnung tritt deshalb auch ein Gleichbehandlungsinteresse der Normadressaten hinzu.⁷⁹

Im skizzierten Spannungsfeld aus Flexibilisierung-, Prävisions- und Gleichbehandlungsinteresse zeichnet sich in der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung eine tendenziell striktere Handhabung des Legalitätsprinzips ab. In Anlehnung an und beeinflusst durch die Rechtsprechung des EGMR⁸⁰ entwickelte das Bundesgericht eine Reihe von Beurteilungsparametern für die Normdichte (siehe [Ziff. III.3.](#) hiernach) und eine Kasuistik für die Normstufe (vgl. [Ziff. III.4.](#)).

⁷⁵ TIEFENTHAL, Kantonales Polizeirecht, 153.

⁷⁶ NOLL, 193 f.; so auch SCHWEIZER/MÜLLER, 387 f.

⁷⁷ BGer 1C_39/2021 E. 4.3.3; BGE 147 I 103 E. 17.5.1; BGE 109 Ia 273 E. 9c.

⁷⁸ Zum Zusammenhang von generell-abstrakter Regelung und Rechtsgleichheit siehe [Ziff. III.1.](#)

⁷⁹ Vgl. NOLL, 192.

⁸⁰ Betreffend geheime Überwachungen („surveillance secrète“) EGMR (Grosse Kammer), Roman Zahkarov c. Russie, Urteil vom 4. Dezember 2015, 47143/06 § 227 ff.; betreffend Systeme der Massenüberwachung: EGMR (Grosse Kammer), Centrum für Rättvisa c. Suède, Urteil vom 25. Mai 2021, 35252/08, § 236 ff. Spezifisch für die Schweiz siehe EGMR i.S. Vučkota-Bojić c. Suisse, Urteil vom 18. Oktober 2016, 61838/10, § 69 ff.

3. Anforderungen an die Normdichte (Bestimmtheitsgebot)

a) Normbezogene und sachbezogene Topoi zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots

Das Bestimmtheitsgebot leidet paradoxerweise an einer hohen Unbestimmtheit. Lehre und Rechtsprechung haben deshalb eine Reihe von Topoi herausgearbeitet, um es im Polizeirecht zu konkretisieren.⁸¹ Diese Topoi lassen sich grob unterteilen in normbezogene und sachbezogene. Normbezogene Topoi betreffen den Detaillierungsgrad einer Bestimmung oder eines Rechtssatzes. Sachbezogene Topoi nehmen den weiteren normativen Kontext in den Fokus, etwa den Rechtsschutz oder die Missbrauchsgefahr einer Regelung. Einige sachbezogene Topoi bezeichnet die Lehre auch als Bestimmtheitsurrogate, weil sie sozusagen als normexterne Faktoren eine tiefe Normdichte kompensieren können.⁸² Die verschiedenen Topoi werden in der bundesgerichtlichen Praxis wertend und wägend einander gegenübergestellt. Die Folgerung, eine bestimmte Vorschrift verstosse gegen das Bestimmtheitsgebot, wird auf diese Weise als Ergebnis eines Argumentationsprozesses ausgewiesen.⁸³

Zu den *normbezogenen Topoi* zählen zunächst die Voraussetzungen der präventiv-polizeilichen Aktivität. Aus der fraglichen Bestimmung muss hervorgehen, dass und weshalb die Polizei ermächtigt ist, eine Massnahme zu ergreifen.⁸⁴ Erforderlich ist mit anderen Worten eine Ermächtigungsnorm; eine Zweck- oder eine Aufgabennorm genügt dem Bestimmtheitsgebot nicht.⁸⁵ Bei den Voraussetzungen der polizeilichen Tätigkeit ist ein eigentlicher Anlass- oder Deliktskatalog verzichtbar. Nach bundesgerichtlicher Praxis reicht es aus, wenn ein Kanton eine Massnahme vorsieht, um „Verbrechen und Vergehen“ zu verhindern.⁸⁶ Dementsprechend hielt die Regelung im Polizeigesetz des Kantons Solothurn über die verdeckte Fahndung vor dem Bestimmtheitsgebot stand, obschon sie weder mit einem Straftatenkatalog verbunden noch auf besonders schwere Delikte beschränkt war.⁸⁷ Übertretungen dürfen aus Ver-

⁸¹ Näher zur topischen Konkretisierung des Legalitätsprinzips SEADERS, 144 f. (zusammenfassend); COTTIER, 135 ff.; BORER, 289.

⁸² SCHWEIZER/MÜLLER, 382, mit Verweis auf WERNER RITTER, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Diss. Zürich, Chur 1994, 186 f.

⁸³ Weiterführend zur Methodik spezifisch im Polizeirecht SEADERS, 178 ff.

⁸⁴ Vgl. BGE 140 I 381 E. 4.4.1 f.; BGE 140 I 353 E. 8.4.1.

⁸⁵ VON HAHN, 114.

⁸⁶ BGE 140 I 381 E. 6.1.

⁸⁷ BGer 1C_39/2021 E. 4.3.3.

hältnismässigkeitsgründen nicht Anlass der präventiv-polizeilichen Tätigkeit sein. Werden im Rahmen der polizeilichen Tätigkeit auch Daten erhoben, hat das Gesetz neben dem Verwendungszweck⁸⁸ auch die Aufbewahrung und Vernichtung generell-abstrakt zu umschreiben.⁸⁹ Zudem ist die Dauer der Überwachung in einem Rechtssatz festzuhalten.⁹⁰ Der Verwendungszweck soll die Datenbearbeitung durch die Kantonspolizei kanalisieren und begrenzen.⁹¹ In einem jüngeren Entscheid qualifizierte das Bundesgericht eine Bestimmung des Polizeigesetzes Solothurn als zu unbestimmt, weil sie den uneingeschränkten Abgleich von im Rahmen einer automatischen Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung erhobenen Kennzeichen mit anderen Personen- und Sachregistern ermöglichte.⁹² Höchststrichterlich noch nicht entschieden ist, ob die Weitergabe von präventiv-polizeilich gewonnenen Erkenntnissen an die Strafverfolgungsbehörden eine Änderung der Zweckbestimmung dieser Daten bewirkt (siehe lit. b nachfolgend).⁹³ Geht es um den konkreten Detaillierungsgrad der Eingriffsvoraussetzungen, rekurriert das Bundesgericht auf die Strafprozessordnung. Die dortige Regelung kann als eine Art „Gold-Standard“ des Bestimmtheitsgebots betrachtet werden; insoweit kann teilweise von einem „gemeineidgenössischen kantonalen Polizeirecht“ gesprochen werden. Je näher sich eine kantonrechtliche Rechtsnorm an das Bundesrecht anlehnt, desto eher dürfte sie dem Bestimmtheitsgebot genügen.⁹⁴ So überprüfte das Bundesgericht die Anordnungsvoraussetzungen der GPS-Überwachung nach dem Berner Polizeigesetz anhand strafprozessualer Kriterien.⁹⁵ Eine Bestimmung des Polizeigesetzes Zürich über die „Informationsbeschaffung im Internet“ hob das Bundesgericht auf, weil sie als eigentliche Blankettnorm die zulässigen technischen Mittel nicht einschränkte. Verglichen mit der Strafprozessordnung, die z.B. die Nutzung besonderer Informatikprogramme zwecks Überwachung regelt (Art. 269ter StPO), erweist sich die strittige Zürcher Bestimmung in der Tat als höchst unbestimmt. Diese über das Bestimmtheitsgebot einsetzende Konvergenz zwischen Strafprozessordnung und Polizeirecht

⁸⁸ BGE 136 I 87 E. 8.3; vgl. auch BGE 140 I 381 E. 4.4.1.

⁸⁹ BGE 146 I 11 E. 3.3.2.

⁹⁰ BGer 1C_39/2021 E. 8.3.2; BGE 146 I 11 E. 3.3.1 m.w.H.

⁹¹ Zum Grundsatz der Zweckbindung der Datenbearbeitung BGE 147 II 227 E. 6.4.2.

⁹² BGer 1C_39/2021 E. 8.5.1

⁹³ Offengelassen in BGer 6B_1061/2020 E. 1.5.5.

⁹⁴ Vgl. BGer 1C_39/2021 E. 6.1; BGE 147 I 103 E. 17.5.2 f.; BGE 140 I 353 E. 8.8; BGE 140 I 381 E. 4.4.1–E. 4.4.3; vor Inkrafttreten der StPO zog das Bundesgericht überdies die Rechtslage in anderen Kantonen zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots bei (z.B. BGE 136 I 87 E. 4.4).

⁹⁵ BGE 147 I 103 E. 17.5.2.

ist zu begrüssen. Weil die Grenzen zwischen präventiver und repressiver Polizeiarbeit fliegend sind, sollte bereits bei der Umschreibung der polizeilichen Handlungsoptionen ein ähnlicher Standard gelten wie im Strafprozessrecht.⁹⁶

Als *sachbezogene Topoi* zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots sind insbesondere die Wirksamkeit des Rechtsschutzes, die Begrenzungswirkungen von Verfassungsgrundsätzen und die Missbrauchsfahr einer bestimmten Handlungsoption zu betrachten. Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) verlangt, dass die polizeiliche Tätigkeit dem nachträglichen Rechtsschutz zugänglich ist.⁹⁷ Bei geheimen Ermittlungs- und Überwachungsmassnahmen müssen die Betroffenen daher zumindest nachträglich, nach Wegfall des öffentlichen Geheimhaltungsinteresses, über die Massnahme unterrichtet werden, und ihnen ist eine Beschwerdemöglichkeit zu eröffnen. Kantonale Bestimmungen, die keinen solchen Rechtsschutz vorsehen, widersprechen Bundesrecht.⁹⁸ Unter den Verfassungsgrundsätzen mit Begrenzungswirkungen ragt das Verhältnismässigkeitsprinzip hervor.⁹⁹ Die Unbestimmtheit einer Vorschrift kann bis zu einem gewissen Grad durch dieses kompensiert werden.¹⁰⁰ Allerdings entfaltet der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nur beschränkte Schutzwirkung und vermag die Unbestimmtheit einer eigentlichen Blankettnorm nicht zu kompensieren.¹⁰¹ Sein Hauptanwendungsfeld ist dort zu sehen, wo eine Bestimmung verschiedene Handlungsoptionen umschreibt und der Polizei situativ die Wahl der im Einzelfall verhältnismässigen Variante offenlässt. Die Missbrauchsfahr schliesslich ist namentlich bei neuen technischen Mitteln gross. Das Bundesgericht erkennt sie vor allem bei geheimen Überwachungsmassnahmen (z.B. Abhören von Telefonen, GPS-Sender). Hier ist das Bestimmtheitsgebot strikt anzuwenden.¹⁰² Ebenfalls ein strenger Massstab gilt für automatisierte Abläufe, die eine unbestimmte Vielzahl von Personen betreffen,¹⁰³ etwa die automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung.¹⁰⁴ Für neue Tech-

⁹⁶ Das Bundesgericht spricht in diesem Sinn von einer „Harmonisierung“ von Polizeirecht und Strafprozessordnung, so etwa BGer 1C_39/2021 E. 6.3.2 (zur Publikation vorgesehen). Vgl. hierzu auch [Ziff. II.3.c](#).

⁹⁷ SCHINDLER, 218 f.; ausführlich OK BV-KRADOLFER, Art. 29a Rz. 28 f. Das Bundesgericht spricht von einem mit der StPO „harmonisierten“ Rechtsschutz (BGE 136 I 87 E. 3.4).

⁹⁸ BGer 1C_39/2021 E. 4.3.3 (am Ende) und E. 6.3.2.

⁹⁹ Vgl. SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 Rz. 55.

¹⁰⁰ BGE 147 I 103 E. 16.

¹⁰¹ BGE 140 I 353 E. 9.

¹⁰² BGE 147 I 103 E. 17.5.1; BGE 140 I 353 E. 8.7.2.3 f.

¹⁰³ BGer 1C_39/2021 E. 8.7.2.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 146 I 11 E. 3.3.1.

nologien zur Erkennung und Verarbeitung personenbezogener Daten lässt sich daraus ableiten, dass die konkrete Massnahme (z.B. Gesichtserkennung), ihre Voraussetzungen und der Verwendungszweck, ein allfälliger Abgleich mit anderen Datenbeständen (Eingangs- und Ausgangsdaten) sowie die Dauer der Speicherung zwingend in einem Rechtssatz zu umschreiben sind.¹⁰⁵

b) Rechtssatz für Zweckänderung der Informationsbearbeitung?

Nach einem Teil der Lehre löst die strafprozessuale Weiterverwendung von Daten, die durch präventiv-polizeiliche Aktivität gewonnen wurden, einen eigenständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus und bedarf einer spezifischen Rechtsgrundlage.¹⁰⁶ Der Rechtssatzvorbehalt wird also verdoppelt: Die polizeiliche Tätigkeit und die daran anschliessende Zweckänderung der Datennutzung in einem Strafverfahren müssen hinreichend generell-abstrakt determiniert sein.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung fordert die Zweckbindung der Datenbearbeitung nicht vollständige Identität zwischen dem ursprünglichen und einem späteren Ziel der Datenverwendung. Ausgeschlossen ist demgemäss nur die eigentliche Zweckentfremdung.¹⁰⁷ Diese Rechtsprechung bezieht sich jedoch nicht auf den besonders grundrechtssensiblen Schnittbereich von Polizei- und Strafprozessrecht. Hier rechtfertigt sich eine striktere Zweckbindung der staatlichen Datenbearbeitung, weshalb mit der zitierten Lehre von einer Zweckänderung auszugehen ist, wenn präventiv-polizeilich erhobene Informationen als Beweismittel in ein Strafverfahren überführt werden.

Das kantonale Datenschutzrecht ermöglicht den Behörden in der Regel durch eine allgemeine Kompetenznorm die Weitergabe von Daten an andere Behörden.¹⁰⁸ Solche Kompetenznormen weisen einen sehr breiten Anwendungsbereich auf und sind als gesetzliche Grundlage für eine Zweckänderung präventiv-polizeilich erhobener Daten zu unspezifisch. Im kantonalen Polizeirecht

¹⁰⁵ SIMMLER/CANOVA, 116; aus deutscher Sicht MARTINI, S. 8 f.

¹⁰⁶ Siehe hierzu BIAGGINI, Rz. 382 ff.; WOHLERS, 62; L. MÜLLER, 195 f.; ZIMMERLIN/GALELLA, 377 ff.; ZIMMERLIN, 273.

¹⁰⁷ BGE 147 II 227 E. 6.4.2.

¹⁰⁸ Z.B. § 16 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Zürich über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG/ZH; LS 170.4); Art. 11 Abs. 2 des Datenschutzgesetzes des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2009 (DSG/SG; sGS 142.1); Art. 10 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes des Kantons Bern vom 19. Februar 1986 (KDSG/BE; BSG 152.04).

finden sich denn auch punktuell¹⁰⁹ spezifischere Rechtsgrundlagen, die eine Zweckänderung legalisieren.¹¹⁰ Dem Bestimmtheitsgebot wird nur eine solche – explizite – „Zweckumwidmungsnorm“ gerecht. Für die Normadressaten muss der neue (strafprozessuale) Verwendungskontext der präventiv-polizeilich gewonnenen Informationen erkennbar sein.¹¹¹

Das kantonale Recht dürfte diesen Anforderungen nicht durchgehend entsprechen. Ein pragmatischerer Ansatz, der Rücksicht auf die kantonale Rechtsrealität nimmt, könnte darin bestehen, vom Gesetzgeber zumindest eine implizite Rechtsgrundlage für die Zweckänderung zu verlangen. Erforderlich wäre eine Rechtsnorm, der sich eine entsprechende Regelungsabsicht des kantonalen Gesetzgebers zuordnen lässt. Nach diesem Ansatz müsste im Rahmen der Auslegung¹¹² geklärt werden, ob eine Bestimmung im kantonalen Polizeigesetz die Zweckänderung abdeckt. Gemessen an den aus dem Legalitätsprinzip abgeleiteten Anforderungen an staatliches Handeln überzeugt dieser Ansatz jedoch nicht in jeder Hinsicht. Das Interesse an der Vorhersehbarkeit der Normadressaten bliebe unberücksichtigt. Nur eine explizite „Zweckumwidmungsnorm“ wahrt sowohl die rechtsstaatlichen als auch die demokratischen Funktionen des Legalitätsprinzips.

4. Anforderungen an die Normstufe (Erfordernis der Gesetzesform)

Das Erfordernis der Gesetzesform ist immer zu beachten, wenn ein schwerer Grundrechtseingriff vorliegt. Dieser Teilgehalt des Legalitätsprinzips hat in der höchstrichterlichen Praxis deutlichere Konturen gewonnen als das Be-

¹⁰⁹ Nicht alle kantonalen Gesetzgeber sind sich der Problematik bewusst. Teils scheinen sie davon auszugehen, eine Zweckänderung von präventiv-polizeilich erhobener Daten sei ohne weiteres zulässig. In diese Richtung gehen die Ausführungen in der Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau zur Änderung des Polizeigesetzes vom 5. Juli 2022 (GrG Nr. 20, GE 18 357), S. 15, betreffend die automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung: „Später sollen diese Informationen als Grundlage für ein Verwaltungs- oder Strafverfahren dienen“.

¹¹⁰ § 32a Abs. 2 PolG/ZH: „Die weiter gehende Auswertung von Aufzeichnungen durch die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Verbrechen und Vergehen bleibt vorbehalten.“

¹¹¹ BIAGGINI, Rz. 386 und Rz. 388.

¹¹² Das Bundesgericht wendet den „pragmatischen Methodenpluralismus“ auch auf das Polizeirecht an (BGer 6B_1061/2020 E. 1.4.4 und E. 1.5). Demgemäss richtet sich die Auslegung einer Rechtsnorm auf den Normsinn. Der Wortlaut bildet eines von mehreren Kriterien der Normsinnermittlung. Bedeutsam sind weiter die Entstehungsgeschichte und der Zweck einer Regelung (z.B. BGE 143 II 268 E. 4.3.1; BGE 141 II 436 E. 4.1).

stimmtheitsgebot. In einer nunmehr gefestigten Kasuistik rechnet das Bundesgericht die Überwachung des Fernmeldeverkehrs¹¹³ und die verdeckte Vorermittlung¹¹⁴ zu den schweren Grundrechtseingriffen. Auch die automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung fällt in diese Kategorie. Ausschlaggebend dafür ist die Weiterverwendung und Verknüpfung der gewonnenen Daten. Sie können mit zahlreichen Datenbanken abgeglichen sowie zu Bewegungs- und Persönlichkeitsprofilen verdichtet werden.¹¹⁵ Sodann ordnet das Bundesgericht die Überwachung mit einem GPS-Sender als nicht mehr leichten Eingriff ein. Dieser wiegt zwar weniger schwer als das Abhören und Aufzeichnen von nicht-öffentlichen Gesprächen. Ein GPS-Sender wird aber ohne Wissen der Betroffenen installiert. Anders als bei Randdaten der Fernmeldekommunikation muss nicht mit der Erhebung von Standortdaten gerechnet werden.¹¹⁶

Das Erfordernis der Gesetzesform ist von besonderer Bedeutung für die Regelung neuer technischer und gesellschaftlicher Entwicklungen. Der Entscheid über das „Was“, „Wie“ und „Wann“ steht dem Gesetzgeber zu. Er muss die Entwicklungen beobachten und entscheiden, welche Handlungsoptionen er der Polizei eröffnen will.¹¹⁷ Neue technische Mittel mit potenziell weitreichenden Konsequenzen, z.B. GovWare, sind deshalb zwingend in einem Gesetz zu regeln.

5. Beschränkte Tragweite der polizeilichen Generalklausel

Das Bestimmtheitsgebot und das Erfordernis der Gesetzesform können ausnahmsweise unbeachtet bleiben, wenn die polizeiliche Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) anwendbar ist. Sie erlaubt den Behörden einen Grundrechtseingriff ohne spezifische Rechtsgrundlage, wenn die öffentliche Ordnung oder fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind. Die behördliche Intervention muss die einzige Reaktionsmöglichkeit sein (Aspekt der Subsidiarität) und sie darf aus einer ex-ante-Optik nicht unverhältnismässig ausfallen.¹¹⁸ Im

¹¹³ BGE 140 I 353 E. 8.7.2.5

¹¹⁴ BGer 1C_39/2021 E. 7.1

¹¹⁵ BGE 146 I 11 E. 3.2

¹¹⁶ BGE 147 I 103 E. 15.2

¹¹⁷ So mit Recht BGer 1C_39/2021 E. 8.8.

¹¹⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1545; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 668–672.

Rahmen der Verhältnismässigkeit prüft das Bundesgericht unter anderem, ob die Art und Dringlichkeit einer Gefahr die Anrufung der polizeilichen Generalklausel ausschliessen.¹¹⁹

Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist im Bereich des präventiv-polizeilichen Handelns beschränkt. Die denkbaren Fallkonstellationen wie auch die zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente sind grundsätzlich plan- und vorhersehbar. Allenfalls sind sie gar Gegenstand eines vor einem Einsatz erstellten Schutzdispositivs.¹²⁰ Für standardisierte Abklärungen und Verrichtungen der Polizei ist deshalb ein genereller Verweis auf die polizeiliche Generalklausel abzulehnen. Ein Dispens vom Legalitätsprinzip ist allenfalls im Einzelfall denkbar, wenn die Polizei mit einer zeitlich unmittelbar drängenden neuen Bedrohungslage konfrontiert ist.¹²¹ In der Lehre nicht geklärt ist in diesem Zusammenhang, ob die Nutzung neuer Technologien – z.B. zum Zweck des Predictive Policing –¹²² auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden kann.¹²³ Soweit es um die Anwendung oder Kombination bereits bekannter Verfahren geht, bietet die polizeiliche Generalklausel aus zwei Gründen keine tragfähige Rechtsgrundlage. Erstens fehlt das Element der zeitlichen Dringlichkeit, weil dem Gesetzgeber die technischen Mittel bereits bekannt sind.¹²⁴ Zweitens werden solche Verfahren typischerweise zu Überwachungszwecken und damit präventiv eingesetzt. Eine unmittelbar dro-

¹¹⁹ BGE 137 II 431 E. 3.3.1; bestätigt mit BGE 147 I 161 E. 5.1. Nach einer früheren Rechtsprechungslinie (BGE 130 I 369 E. 7.3; BGE 126 I 112 E. 4b) und einem Teil der Lehre (z.B. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 Rz. 44) sind Art und Dringlichkeit der Gefahr als zusätzliche Anwendungsvoraussetzung der polizeilichen Generalklausel zu betrachten. Nur bei unvorhersehbaren Gefahren kann sie demgemäss angerufen werden. Zu der durch die Rechtsprechung nun geklärten Kontroverse rund um die polizeiliche Generalklausel MÜLLER/JENNI, 4 ff. und 17 f.; ZÜND/ERRASS, 289 ff.

¹²⁰ SCHWEIZER/MÜLLER, 383. Anders aber BGE 130 I 369 E. 7.3; das Bundesgericht liess die polizeiliche Generalklausel für die Wegweisung eines Journalisten am WEF in Davos genügen, obschon bei einer Veranstaltung dieser Grössenordnung zweifellos ein entsprechendes Dispositiv bestand (oder hätte bestehen müssen).

¹²¹ Ähnlich VON HAHN, 128 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, 383 („restriktive Anwendung“ der polizeilichen Generalklausel).

¹²² Unter dem Überbegriff Predictive Policing werden verschiedene Verfahren zur Sammlung und Analyse von Daten behandelt, die dazu dienen, die Wahrscheinlichkeit polizeirechtlich relevanter Sachverhalte festzustellen; siehe dazu LEESE, S. 57 f. und passim.

¹²³ BRAUN BINDER/BURRI/LOHMANN/SIMMLER/THOUVENIN/VOKINGER, Rz. 19.

¹²⁴ So die Argumentation des Amtsgerichts Trier im Urteil vom 2. März 2023 (27c OWi 8041 Js 2838/23), Rz. 80, in Bezug auf das System „MonoCam“, das zur Überwachung der Verhaltensweisen von Fahrzeuglenkerinnen und -lenkern eingesetzt wird.

hende Gefahr dürfte im Regelfall zu verneinen sein. Die Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel könnten hingegen erfüllt sein, wenn eine noch nicht erprobte Technik eingesetzt wird, um eine unmittelbare oder schon eingetretene Gefahr abzuwehren.¹²⁵ Allerdings ist auch hier Zurückhaltung geboten. Der Entscheid über die Nutzung neuer Technologien bedarf der demokratischen Diskussion und Legitimation, die nur in einem Rechtsetzungsverfahren erzeugt werden.¹²⁶

IV. Schluss

Gesetzgebungsvorhaben im Bereich des Polizeirechts eignen sich in besonderem Masse für öffentlichkeitswirksame politische Auseinandersetzungen. Es gilt nicht nur das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit abzuwägen,¹²⁷ sondern es müssen auch Konflikte um die Nutzung des öffentlichen Raums und die Verwendung beschränkter staatlicher Mittel ausgefochten werden. Nicht selten münden solche Diskussionen in Bestimmungen, welche den Polizeikorps vorschreiben, welche Prioritäten sie im Polizeialltag setzen müssen.¹²⁸

Beispielhaft kann auf jüngere Bestrebungen im Kanton Zürich verwiesen werden, mittels welcher die Polizei dazu (auch im Interesse der Abschreckung) verpflichtet werden soll, die im Zusammenhang mit (ausserordentlichen) Polizeieinsätzen angefallenen Kosten verursachergerecht zu überwälzen – ein Anliegen, dem sich in der Grundstossrichtung kantonsübergreifend¹²⁹ wohl weite Teile der Bevölkerung anschliessen könnten. Die sog. „Anti-Chaoten-Initiative“ zielt auf die Schaffung von Bestimmungen ab, die der Polizei vor-

¹²⁵ Als Lehrbuchbeispiel: Die mögliche Entführung eines Kindes durch eine unbekannte Täterschaft.

¹²⁶ In diesem Sinn wohl auch BGer 1C_39/2021 E. 8.8: „Der Gesetzgeber wird indessen die technische und gesellschaftliche Entwicklung im Auge behalten müssen und gegebenenfalls verpflichtet sein, ergänzende Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs der informationellen Selbstbestimmung zu erlassen“.

¹²⁷ Vgl. hierzu schon einleitend, [Ziff. 1](#).

¹²⁸ Paradigmatisch Neue Zürcher Zeitung vom 31. Oktober 2023, Braucht Zürich mehr Polizisten? „Die Stadtpolizei jammert auf hohem Niveau“ – „Das ist doch spätpubertäres Trötzeln!“. Interview mit Luca Maggi (Grüne) und Andreas Egli.

¹²⁹ Vgl. auch die Bestrebungen im Kanton St. Gallen zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, damit die Kosten von Polizeieinsätzen aufgrund (illegaler) Veranstaltungen im öffentlichen Raum an die Veranstalter überwälzt werden können; Entwurf des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons St. Gallen vom 12. September 2023 für einen XVII. Nachtrag zum PG/SG (Kostentragung von Veranstalterinnen und Veranstaltern), S. 37 f.

schreiben, dass sie die Kosten ihrer Einsätze im Zusammenhang mit illegalen Demonstrationen, Kundgebungen und anderweitigen Veranstaltungen an Veranstalter bzw. Teilnehmer überwälzen muss; eine Kostenüberwälzung soll auch dann verpflichtend sein, wenn Demonstranten bewilligte Kundgebungen oder Veranstaltungen stören; ferner sollen die Kosten für die Räumung besetzter Liegenschaften auf die Besetzerinnen und Besetzer oder beteiligten Organisationen aufgeteilt werden.¹³⁰ In der vorberatenden kantonsrätlichen Kommission fand die Initiative die Unterstützung einer knappen Mehrheit; gleichzeitig wurde ein Gegenvorschlag ausformuliert, welcher die Kernforderung nach einer zwingenden Kostenverrechnung – in Anlehnung an einen regierungsrätlichen Gegenvorschlag¹³¹ – dahingehend erfüllt, dass eine solche bei ausserordentlichen Polizeieinsätzen und vorsätzlich handelnden Verursacherinnen und Verursachern statuiert werden soll.¹³² Im Ratsplenium sprach sich eine Mehrheit für den Gegenvorschlag aus, während die Initiative mehrheitlich abgelehnt wurde;¹³³ die Volksabstimmung über Initiative und Gegenvorschlag steht aus.

Ob sich Initiative und Gegenvorschlag angesichts des grundrechtlich eng abgesteckten Rahmens einer zulässigen Kostenüberwälzung¹³⁴ in der Praxis so umsetzen lassen, wie von den Promotoren der entsprechenden Vorschläge gewünscht, ist zweifelhaft;¹³⁵ Bedenken bestehen insbesondere mit Blick auf

¹³⁰ Antrag des Zürcher Regierungsrates vom 7. März 2023 zu einem Beschluss des Kantonsrates über die kantonale Volksinitiative zur Durchsetzung von Recht und Ordnung (Anti-Chaoten-Initiative), S. 2 f.

¹³¹ Antrag des Zürcher Regierungsrates vom 7. März 2023 zu einem Beschluss des Kantonsrates über die kantonale Volksinitiative zur Durchsetzung von Recht und Ordnung (Anti-Chaoten-Initiative), S. 6 f.

¹³² Vgl. zusammenfassend Medienmitteilung der Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit des Kantonsrats Zürich vom 31. August 2023, Chaoten sollen stärker in die Pflicht genommen werden, abrufbar unter <<https://parlzhcdws.emicloud.ch/parlzh5/cdws/Files/3a244e4c662840338eb09158a2458307-332/1/pdf>> (zuletzt abgerufen am 7. Oktober 2023).

¹³³ Die kantonsrätlichen Beratungen können eingesehen werden unter <<https://zh.recapp.ch/shareparl/player/entry/64fb585a781e4a1887fdd8c>> (zuletzt abgerufen am 7. Oktober 2023).

¹³⁴ Siehe Urteil des Bundesgerichts 1C_181/2019 vom 29. April 2020 E. 5 (nicht publ. in: BGE 147 I 103); BGE 143 I 147 E. 11; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern P 12 2 vom 7. Mai 2013 E. 6a/cc.

¹³⁵ Möglicherweise wird das Verwaltungsgericht Zürich demnächst im Fall Chalberhau die Gelegenheit haben, die rechtsstaatlichen Grenzen einer Überwälzung von Polizeieinsatzkosten an die Verursacher (hier: die Besetzer eines zur Rodung vorgesehenen Waldgrundstücks) abzustecken; vgl. insbesondere Ziff. 5 der Antwort des Zürcher Regierungsrates auf die Anfrage von Kantonsrat Martin Farner, Besetzung der Chalberhau: Rechtsfreier Raum?

die Grundrechtskonformität¹³⁶ (und in diesem Zusammenhang auch mit Blick auf das Legalitätsprinzip). Das Zürcher Beispiel steht stellvertretend für weitere kantonale Gesetzesvorhaben, welche in ihrer konkreten Ausgestaltung mit übergeordnetem Recht kollidieren.¹³⁷ Aus rechtsstaatlicher Sicht ist ein solches Vorgehen nicht unproblematisch: Es ist Aufgabe der kantonalen Gesetzgeber, die Vereinbarkeit ihrer Rechtsetzungsvorhaben mit übergeordnetem Recht zu prüfen; eine nachträgliche Einwirkung durch die Gerichte – sei es im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle, sei es im Rahmen der Beurteilung konkreter Einzelfälle – sollte die Ausnahme bleiben. Sie lässt sich aber nur vermeiden, wenn die kantonalen Gesetzgeber ihrer Aufgabe tatsächlich nachkommen; sie erfüllen gegenüber der Bevölkerung eine nicht zu unterschätzende Mittlerfunktion, wenn sie in ihrer parlamentarischen Tätigkeit auf die rechtsstaatlichen Grenzen der Umsetzung verbreiteter Anliegen hinweisen.

Was den Inhalt der angesprochenen Vereinbarkeitsprüfung angeht, wurden vorliegend vorab die Implikationen diskutiert, die sich aus der bundesstaatlichen Kompetenzordnung (vgl. hierzu [Ziff. II](#)) und dem Legalitätsprinzip (vgl. [Ziff. III](#)) ergeben. Es sind dies die strukturellen Themen, welche die Gerichte in jüngerer Zeit am stärksten beschäftigt haben.

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER, Präventive Irritationen in der Dogmatik des Strafprozessrechts, sui generis 2018, 59 ff.
- BIAGGINI ELENA, Verwertbarkeit verdachtsbegründender Informationen aus Fernmeldeüberwachungen im Strafverfahren, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2022
- BORER THOMAS, Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Diss. Basel, Basel 1986
- BRAUN BINDER NADJA/BURRI THOMAS/LOHMANN MELINDA FLORINA/SIMMLER MONIKA /THOUVENIN FLORENT/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Künstliche Intelligenz: Handlungsbedarf im Schweizer Recht, in: Jusletter 28. Juni 2021

¹³⁶ Durch die Kostenpflicht werden die Versammlungsfreiheit und die Meinungsäusserungsfreiheit tangiert; zu beachten sind überdies die „chilling effects“, die von einer solchen Regelung ausgehen (BGE 143 I 147 E. 3.3).

¹³⁷ Vgl. für ein weiteres Beispiel das oben ([Ziff. II.4.](#)) erwähnte, zwischenzeitlich (wohl) gescheiterte Ansinnen, das Thurgauer Polizeigesetz um einen Paragraphen zu ergänzen, der es der Polizei erlaubt hätte, (anlasslos) elektronische Geräte von Personen zu durchsuchen. Ähnliche Vorbehalte wurde auch gegenüber – zwischenzeitlich Gesetz gewordenen – Erlassentwürfen auf Bundesebene geäußert; vgl. statt vieler MOHLER, PMT-Gesetz, passim.

- BÜRGE LUKAS, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Diss. Bern, Bern 2018
- COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991
- DONATSCH ANDREAS/JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN (Hrsg.), Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich 2018 (zit.: Kommentar PolG/ZH-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY)
- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK StPO-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY)
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Basel 2018,
- EGLI PATRICIA/EHRENZELLER BERNHARD/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN/SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen/Zürich 2023 (zit. SGK BV-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY)
- FLEINER FRITZ, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (Neudruck Aalen 1963)
- GLESS SABINE, Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbieten – strafprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen im Rechtsvergleich, ZStR 137/2019, 1 ff.
- KARNUSIAN PHILIPP, Der Tatverdacht und seine Quellen, forumpoenale 6/2016, 350 ff.
- KIENER REGINA/SCHUPPLI ROMAN, Die ausbleibenden Stellenerhöhungen bei der Stadtpolizei Zürich sind grundrechtlich problematisch, sui generis 2022, 203 ff.
- KRADOLFER MATTHIAS, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 25.07.2023: <<https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv29a>> (besucht am 7. Oktober 2023), DOI: 10.17176/20230725-154435-0 (zit. OK BV-KRADOLFER, Art. 29a Rz. YY)
- LEESE MATTHIAS, Predictive Policing in der Schweiz: Chancen, Herausforderungen, Risiken, Bulletin zur Schweizerischen Sicherheitspolitik 2018, S. 57 ff.
- MARTINI MARIO, Gesichtserkennung im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, NVwZ (Extraheft) 1/2022, S. 1 ff.
- MOHLER MARKUS, Polizeiberuf und Polizeirecht im Rechtsstaat, Bern 2020 (zit. MOHLER, Polizeiberuf)
- MOHLER MARKUS, PMT-Gesetz: Wichtige Bestimmungen sind weder verfassungs- noch EMRK-konform, sui generis 2021, 135 ff. (zit. MOHLER, PMT-Gesetz)
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I: Les fondements, Bern 2012
- MORAND CHARLES-ALBERT, Préface, in: Ders. (Hrsg.), La légalité: Un principe à géométrie variable, Bern 1991, 1 ff.
- MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. Basel, Basel/Stuttgart 1979
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

- MÜLLER LUCIEN, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Diss. St. Gallen, St. Gallen/Zürich 2011
- MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel – ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 2008, 4 ff.
- NATTERER JUDITH, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren, Diss. Basel, Bern 2001
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER/HEER MARIANNE (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023 (zit. BSK StPO-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY)
- NOLL PETER, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973
- POULIKAKOS GEORGE DARVISH, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Beweise, Diss. Zürich, Zürich 2021
- SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 2012, 215 ff.
- SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008/3, 379 ff.
- SEADERS LLOYD IAN, Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem, Diss. St. Gallen, St. Gallen 2021
- SIMMLER MONIKA, Polizeiliches Bedrohungsmanagement im Rechtsstaat – Fünf Herausforderungen und fünf Ideen, AJP 2022, 448 ff.
- SIMMLER MONIKA/CANOVA GIULIA, Gesichtserkennungstechnologie: Die „smarte“ Polizeiarbeit auf dem rechtlichen Prüfstand, Sicherheit & Recht 2021, 105 ff.
- SIMMLER MONIKA/MARKWALDER NORA/BRUNNER SIMONE/BELÖRF KARIM, Der Umgang mit gefährdenden Personen im Kantonalen Bedrohungsmanagement, Studienbericht der Universität St. Gallen vom 1. April 2023, abrufbar unter <<https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/088a8fc4-d2f9-422d-a5b5-06ec7eb3881a/content>> (zuletzt abgerufen am 7. Oktober 2023)
- TIEFENTHAL JÜRGEN MARCEL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. TIEFENTHAL, Kantonales Polizeirecht)
- TIEFENTHAL JÜRGEN MARCEL, Kantonale Polizeihöhe – Eine systematische Darstellung des kantonalen Polizeirechts anhand des Schaffhauser Polizeigesetzes, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. TIEFENTHAL, Polizeihöhe)
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- UHLMANN FELIX, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, 1025 ff.
- VON HAHN PATRICK, Ermittlungen ohne Verdacht, Rechtliche Grundlagen und Grenzen polizeilicher Vorermittlungen in der Schweiz, Diss. Basel, Basel 2019
- WOHLERS WOLFGANG, Die Verwertbarkeit staatlich erstellter Videoaufzeichnungen im Strafprozess, ZStrR 139/2022, 49 ff.
- ZIMMERLIN SVEN, Urteilsbesprechung Nr. 27 (Urteil 6B_1061/2020), forumpoenale 2023, 265 ff.

ZIMMERLIN SVEN/GALELLA MARCO, Aspekte der beweismässigen Verwertbarkeit von polizeirechtlich erhobenen Informationen im Strafverfahren, *forum* 5/2019, 374 ff.

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, *ZBJV* 2011, 261 ff.

Kantonales Bedrohungsmanagement und Terrorismusbekämpfung nach revidiertem BWIS

Patrice Martin Zumsteg*

Prävention ist seit jeher eine zentrale Aufgabe der Sicherheitsbehörden. Zum kantonalen Bedrohungsmanagement kommen seit dem 1. Juni 2022 die neuen Bestimmungen auf Bundesebene zur „Verhinderung terroristischer Aktivitäten“ hinzu. Der vorliegende Aufsatz untersucht, wie diese beiden Ebenen zusammenwirken. Dadurch zeigt sich, dass das Bedrohungsmanagement von Bund und Kantonen noch sehr fragmentarisch geregelt ist. Vorliegend werden Vorschläge gemacht, welche Punkte angegangen werden sollten, damit die präventive Gefahrenabwehr auf einer rechtsstaatlich hinreichenden Grundlage erfolgen kann.

Inhalt

I.	Prävention von Gewalttaten auf Ebene der Kantone und des Bundes	67
II.	Bedrohungsmanagement im Kanton Zürich	68
	1. Entstehung des KBM	68
	2. Austausch von Daten	70
	3. Massnahmen des KBM	73
	4. Herausforderungen für das KBM	75
III.	Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten	75
	1. Begriff und Umfang der neuen Massnahmen	75
	2. Vollzug der Massnahmen durch den Kanton Zürich	78

* Dr. iur. PATRICE MARTIN ZUMSTEG, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Dozent für Staats- und Verwaltungsrecht an der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur. Er leitet dort den Kompetenzbereich Sicherheits- und Innovationsrecht. Überdies ist er als Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zürich, tätig. Der Autor dankt den Vertreterinnen und Vertretern der Stadt Winterthur, des Kantons Zürich und des Kantons Bern für die Offenheit und die Gespräche.

IV. Potenzial im Bedrohungsmanagement	81
V. Zukunft des Bedrohungsmanagements	82
Literaturverzeichnis	83

I. Prävention von Gewalttaten auf Ebene der Kantone und des Bundes

Das Erkennen von Warnsignalen im Vorfeld von Gewalttaten und entsprechendes vorbeugendes Handeln der Behörden wird heute als Bedrohungsmanagement umschrieben.¹ Dafür sind primär die Kantone zuständig, welche über die Polizeihochheit verfügen.² Gleichzeitig hat der Bund mit dem Mantelerlass „Polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus“ (PMT) einen neuen Abschnitt zur „Verhinderung terroristischer Aktivitäten“ in das BWIS³ eingefügt.⁴ Die entsprechenden Bestimmungen stehen seit dem 1. Juni 2022 in Kraft.⁵

Vorliegend soll am Beispiel des Kantons Zürich geklärt werden, wie das kantonale Bedrohungsmanagement mit den neuen Massnahmen des Bundes zusammenwirkt,⁶ wo allenfalls noch Lücken in der Gesetzgebung vorhanden sind und wie diese geschlossen werden könnten. Nicht behandelt werden die repressiven Möglichkeiten, welche das Straf- und Strafprozessrecht bieten.⁷ Ebenfalls ausgeklammert wird die Informationsbeschaffung des Bundes gestützt auf das NDG⁸.

¹ TIEFENTHAL, § 27 Rz. 1; vgl. für den Kanton Zürich <<https://www.kbm.zh.ch/>>.

² BGE 140 I 353 E. 5.1 S. 359 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 57 Rz. 5; BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICKER, Art. 57 Rz. 24.

³ Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS; SR 120).

⁴ Vgl. zum PMT etwa LUBISHTANI/MONOD, passim.

⁵ Verordnung vom 4. Mai 2022 über die abschliessende Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, AS 2022 300.

⁶ Allgemein zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen statt vieler: MOECKLI, Rz. 4 ff.

⁷ Einen Überblick gibt CONINX, 186 ff.; mit Fokus auf das Migrationsrecht GIRAUDEL, passim.

⁸ Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (NDG; SR 121).

II. Bedrohungsmanagement im Kanton Zürich

1. Entstehung des KBM

Die Aufgabe der Polizei wird traditionellerweise mit der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und der Beseitigung bereits eingetretener Störungen umschrieben.⁹ Die Prävention ist demnach fester Bestandteil der polizeilichen Arbeit. Dies ergibt sich auch aus den Normen, welche die Zuständigkeit der Polizei im Kanton Zürich umschreiben: § 3 Abs. 1 PolG/ZH¹⁰ und § 9 POG/ZH¹¹ nennen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als (sicherheits-)polizeiliche Aufgabe.¹² Die Verhinderung von Straftaten, welche § 3 Abs. 2 lit. a PolG/ZH und § 8 Abs. 1 POG/ZH adressieren, weist die letztere Bestimmung zwar gemäss ihrer Marginalie den kriminalpolizeilichen Aufgaben zu.¹³ Die Gesetzessystematik ändert aber nichts daran, dass die Tätigkeit des Verhinderns strafbarer Handlungen kriminalpräventiv ist.¹⁴ Ebenso sind der Schutz und die Unterstützung von Personen, die i.S.v. §§ 1 f. GSG/ZH¹⁵ von häuslicher Gewalt und Stalking betroffen sind, als präventiv-polizeilich zu charakterisieren.¹⁶ Dasselbe gilt schliesslich für die Massnahmen zur Verhinderung gewalttätigen Verhaltens anlässlich von Sportveranstaltungen nach dem sogenannten Hooligan-Konkordat.¹⁷

Obwohl die Prävention demnach eine klassische polizeiliche Aufgabe und mehrfach gesetzlich verankert ist,¹⁸ besteht im Kanton Zürich noch nicht sehr lange ein Bedrohungsmanagement im eingangs erwähnten Sinn. Das Kantonale Bedrohungsmanagement (KBM) wurde durch den Doppelmord in Pfäffi-

⁹ REINHARD, 7 und 30 ff., m.w.H. auf die ältere Lehre. Aktuell etwa Komm. PolG/GR-ALBERTINI, Art. 2 Rz. 2.

¹⁰ Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (PolG/ZH; LS 550.1).

¹¹ Polizeiorganisationsgesetz des Kantons Zürich vom 29. November 2004 (POG/ZH; LS 551.1).

¹² Vgl. Komm. PolG/ZH-SCHINDLER/WIDMER, § 3 Rz. 9 ff.

¹³ Zur Abgrenzung von Sicherheits- und Kriminalpolizei vgl. BERGER, 343 ff.

¹⁴ Komm. PolG/ZH-SCHINDLER/WIDMER, § 3 Rz. 14.

¹⁵ Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006 (GSG/ZH; LS 351).

¹⁶ Vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 6. Juli 2005, ABI 2005, 762 ff., 768 f. und 771, wonach das GSG/ZH als Ergänzung zum strafrechtlichen und zivilrechtlichen Schutz gefährdeter Personen dient.

¹⁷ Gesetz über den Beitritt zum Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen des Kantons Zürich vom 18. Mai 2009 (LS 551.19), vgl. die Zweckumschreibung in Art. 1; differenzierend FLEISCHMANN, Rz. 813 f.

¹⁸ Nach hier vertretener Ansicht entsprechend verwirrt bei SIMMLER/MARKWALDER, 18.

kon am 15. August 2011 angestossen.¹⁹ Im Nachgang zu diesem Vorfall wurde eine Zusammenarbeit zwischen unterschiedlichen Behörden institutionalisiert mit dem Ziel, durch ein schnelles und situationsgerechtes Handeln eine Eskalation von Gefahrensituationen hin zu Gewaltdelikten möglichst zu verhindern.²⁰ Nach der Dienstanweisung für Gefährderansprachen der Kantonspolizei Zürich gilt folgende Definition:²¹ „Als Gefährderin/Gefährder gilt eine Person, die durch ihr Verhalten und/oder ihre Äusserungen (Warnsignale) begründet Anlass zu ernsthaften Befürchtungen gibt, dass sie in absehbarer Zeit eine Gewalttat gegen die physische, psychische und/oder sexuelle Integrität zum Nachteil von Dritten begehen könnte und diese dadurch in ihrer Handlungsfreiheit beeinträchtigt (Gefährdungssituation)“.²² Die Schwelle der Anwendbarkeit ist entsprechend tief; bereits das Äussern einer Drohung kann genügen.²³

Zur besseren Einschätzung möglicher Bedrohungssituationen wurde – unter Einbezug der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich – die Fachstelle Forensic Assessment (FFA) geschaffen, welche die Behörden bei der Einschätzung möglicher Bedrohungssituationen unterstützt.²⁴ Zusätzlich gibt die FFA auch Interventionsempfehlungen für das Fallmanagement ab, kann für Einvernahmen beigezogen werden und bietet ein forensisches Coaching in Kliniken an.²⁵ In der Praxis der Schweizer Behörden korrelieren psychische Erkrankungen und Gewaltpotenzial offenbar häufig.²⁶ Für terroristische Gefährder kommt eine internationale Meta-Studie aus dem Jahr 2022 allerdings zum Schluss, dass diese Personen nicht signifikant mehr psychische Problem aufweisen, als dies bei der Allgemeinbevölkerung der Fall ist.²⁷

Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat die Gewaltprävention in den Jahren 2011 bis 2022 jeweils als Legislatorschwerpunkt definiert und so das KBM stetig weiterentwickelt.²⁸ Dieses bildet inzwischen ein weitverzweigtes Netzwerk um die polizeilichen Fachstellen der Kantonspolizei Zürich sowie der Stadt-

¹⁹ RRB 659/2012; REINHARD BRUNNER, 17 f.

²⁰ BRUNNER, 18 ff.; TIEFENTHAL, § 27 Rz. 6.

²¹ Eine verbindliche wissenschaftliche oder rechtliche Definition fehlt zur Zeit, vgl. GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 231.

²² Zitiert nach BRUNNER ET AL., 7.

²³ GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 230; SIMMLER ET AL., 5.

²⁴ RRB 1005/2015; GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 231.

²⁵ RRB 328/2021; GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 231 f.

²⁶ RRB 1081/2015, S. 7 f.; RRB 184/2019, S. 16 f.; SIMMLER ET AL., 23 f.

²⁷ SARMA/CARTHY/COX, *passim*.

²⁸ RRB 1081/2015; RRB 184/2019.

polizeien Zürich und Winterthur.²⁹ Für die im Jahr 2023 begonnene Legislatur hat der Regierungsrat einen Schwerpunkt „Gewalt gegen Frauen und Häusliche Gewalt“ gebildet. Die weiteren Projekte des KBM werden „im Regelbetrieb der beteiligten Stellen“ fortgesetzt.³⁰

Im Zentrum des KBM nach Zürcher Zuschnitt, wie überhaupt des Bedrohungsmanagements, steht das Zusammenführen von Wissen: Nur wenn Warnsignale von Privaten und Behörden erkannt und den Sicherheitsbehörden zur Kenntnis gebracht werden, können diese präventiv tätig werden.³¹ Entsprechend legt auch der Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP) grosses Gewicht auf das Zusammenwirken aller relevanten Akteure.³² Das Erkennen von Warnsignalen ist der erste Schritt in der 4E-Strategie des KBM, an welchen sich das Einschätzen der Informationen, das Entschärfen durch ein interdisziplinäres Fallmanagement und schliesslich die Evaluation der getroffenen Massnahmen anschliessen.³³

2. Austausch von Daten

Die erwähnte Vernetzung setzt einen Austausch von Daten voraus. Dabei verlangt jedes Bearbeiten von Daten – das Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben – eine hinreichende gesetzliche Grundlage.³⁴ Einerseits bereits aufgrund des allgemeinen Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV³⁵) und andererseits, weil die vom Datenaustausch betroffenen Personen dadurch in ihrem Anspruch auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK³⁶) tangiert werden.³⁷ Im vorliegend interessierenden Zusammenhang dürften regelmässig Daten über administrative oder strafrechtliche Sanktionen, über die Gesundheit und über die soziale Hilfe

²⁹ Vgl. <<https://www.kbm.zh.ch/partnerorganisationen>>.

³⁰ RRB 351/2023, 11.

³¹ BRUNNER, 16 f.; TIEFENTHAL, § 27 Rz. 2.

³² Der NAP 2023 – 2027 ist abrufbar unter <<https://www.svs.admin.ch/de/themen- /praevention-radikalisierung /praevention-nap.html>>.

³³ Vgl. <<https://www.kbm.zh.ch/>>; BRUNNER ET AL., 5.

³⁴ Legaldefinitionen der Datenbearbeitung in Art. 3 lit. e Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1); § 3 Abs. 5 Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich vom 12. Februar 2007 (IDG/ZH; LS 170.4).

³⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

³⁷ GRABENWARTER/PABEL, § 22 Rz. 9 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14 Rz. 55 ff., je m.w.H.

bearbeitet werden, welche besondere Persönlichkeitsrelevanz haben.³⁸ Die Voraussetzungen, unter welchen die genannten Grundrechte zulässig eingeschränkt werden dürfen, sind deshalb streng zu handhaben.³⁹ Insbesondere ist eine hinreichend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage nötig (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).⁴⁰

Diese Grundlagen für einen Austausch von Informationen zwischen verschiedenen Behörden sind im Recht des Kantons Zürich verstreut. Die Situation ist sogar derart komplex, dass die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich eine Wegleitung über die rechtlichen „Grundlagen für den Informationsaustausch zwischen Polizei, Staatsanwaltschaften und psychiatrischen Kliniken, insbesondere im Zusammenhang mit der Unterbringung und Behandlung gewaltbereiter Personen“ erarbeitet hat.⁴¹ Standardmässige Informationsflüsse sind allerdings nur zwischen der Kantonspolizei und den kommunalen Polizeien vorgesehen (§ 25 POG/ZH und §§ 52 Abs. 3 und 54 PolG/ZH).⁴² Wo primär das IDG/ZH und die IDV/ZH⁴³ für die Bekanntgabe von Informationen anwendbar sind, dürfen öffentliche Organe Personendaten nur weitergeben, wenn sie dazu eine besondere gesetzliche Grundlage haben.⁴⁴ Ersatzweise kann die betroffene Person im Einzelfall der Bekanntgabe zustimmen oder diese ist zur Abwendung einer drohenden Gefahr für wesentliche Rechtsgüter „unentbehrlich“.⁴⁵

³⁸ Vgl. Art. 3 lit. c DSG; § 3 Abs. 4 IDG/ZH; Komm. PolG/ZH-KELLER, Vorbemerkungen zu §§ 51–54b Rz. 11 f.

³⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14 Rz. 56.

⁴⁰ OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 Rz. 13 ff.; ebenso verlangt § 8 Abs. 2 IDG/ZH für das Bearbeiten besonderer Personendaten nach „einer hinreichend bestimmten Regelung in einem formellen Gesetz“.

⁴¹ Abrufbar unter <https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/gesundheit/gesundheitsberufe/arzt_aerztin/fuersorgerische_unterbringung/wegleitung_rechtliche%20grundlagen_informationsaustausch.pdf> (zit.: Wegleitung Informationsaustausch).

⁴² Vgl. Komm. PolG/ZH-KELLER, § 52 Rz. 13 f. und zum gemeinsamen Polizei-Informationssystem POLIS der Zürcher Polizeien § 54 passim; Wegleitung Informationsaustausch, 4.

⁴³ Verordnung über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich vom 28. Mai 2008 (IDV/ZH; LS 170.41).

⁴⁴ § 16 Abs. 1 lit. a und § 17 Abs. 1 lit. a IDG/ZH.

⁴⁵ § 16 Abs. 1 lit. b und c sowie § 17 Abs. 1 lit. b und c IDG/ZH; vgl. Komm. PolG/ZH-KELLER, § 52 Rz. 21.

Das Zürcher Polizeigesetz gibt eine solche spezielle Grundlage für zwei hier bedeutende Konstellationen: § 52 Abs. 4 PolG/ZH nennt Dritte als mögliche Empfänger einer Datenweitergabe durch die Polizei, so dass diese im Rahmen des KBM Privaten, etwa einer privatrechtlich geführten Klinik oder einer gefährdeten Person, Informationen weitergeben kann.⁴⁶ Nach § 52 Abs. 5 PolG/ZH können öffentliche Organe – aber nach dem klaren Wortlaut nicht Private – Personendaten an die Polizei weitergeben, wenn sie zur Leistung von Amts- und Rechtshilfe verpflichtet sind oder die dargestellten Voraussetzungen der §§ 16 und 17 IDG/ZH vorliegen.⁴⁷

Liegt weder eine Mitteilungspflicht noch eine entsprechende Befugnis vor, kann die Bekanntgabe von behördlichen Informationen eine Amtsgeheimnisverletzung i.S.v. Art. 320 StGB⁴⁸ darstellen.⁴⁹ Diese Strafdrohung und die komplexe Gesetzgebung tragen m.E. nicht unwesentlich dazu bei, dass das Teilen von Informationen nach wie vor eine grosse Herausforderung des Zürcher KBM ist.⁵⁰

Demgegenüber hat sich der Kanton Bern für eine einfachere Lösung entschieden, was den Informationsaustausch zwischen Behörden betrifft.⁵¹ Art. 146 Abs. 1 PolG/BE⁵² schafft ein allgemeines Melderecht sämtlicher kantonaler und kommunaler Behörden. Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten, dürfen der Kantonspolizei und den Polizeiorganen der Gemeinden bekannt gegeben werden, wenn dies zu deren Aufgabenerfüllung notwendig ist. Vorbehalten werden nur besondere Geheimhaltungspflichten, aber nicht das allgemein für Behörden geltende Amtsgeheimnis. Der Vortrag nennt als Beispiele Geheimhaltungspflichten aus der Sozialhilfe- oder Opferhilfegesetzgebung.⁵³ Art. 146 Abs. 2 PolG/BE statuiert eine allge-

⁴⁶ Komm. PolG/ZH-KELLER, § 52 Rz. 19 f.

⁴⁷ Komm. PolG/ZH-KELLER, § 52 Rz. 21.

⁴⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

⁴⁹ Vgl. BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 Rz. 12 ff.

⁵⁰ Gespräch vom 24. November mit der Stadtpolizei Winterthur, Thomas Egloff und Oliver Wälchli, Dienstchef Gewaltschutz, Notizen des Gesprächs beim Autor vorhanden (zit.: Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur); Gespräch vom 9. März 2023 mit der Kantonspolizei Zürich, Präventionsabteilung, Reinhard Brunner und Thomas Gerber, Notizen des Gesprächs beim Autor vorhanden (zit.: Gespräch mit der Kantonspolizei Zürich).

⁵¹ Vgl. auch die §§ 61a ff. Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1996 (PolG/BS; SG 510.100).

⁵² Polizeigesetz des Kantons Bern vom 10. Februar 2019 (PolG/BE; BSG 551.1).

⁵³ Antrag und Vortrag des Regierungsrates des Kantons Bern an den Grossen Rat zum Polizeigesetz (PolG) vom 5. Juli 2017, S. 67.

meine Meldepflicht sämtlicher Behörden an die Kantonspolizei „ohne Rücksicht auf Geheimhaltungspflichten“, wenn eine „ernsthafte Gefahr für hochwertige Rechtsgüter wie namentlich Leib und Leben“ besteht oder droht. Damit können sich amts- und berufsgeheimnispflichtige Personen wie etwa Ärztinnen und Pfarrer auf Art. 14 StGB (gesetzlich erlaubte Handlung) berufen und eine mögliche Straftat gegen die Amts- und Berufspflichten rechtfertigen.⁵⁴ Zentral ist aber auch im Kanton Bern die Kenntnis sämtlicher Behörden über diese Rechtsgrundlagen.⁵⁵

3. Massnahmen des KBM

Die kantonalen Rechtsgrundlagen stellen eine ganze Reihe von polizeilichen Zwangsmassnahmen zur Verfügung.⁵⁶ Tatsächlich ist für das KBM aber die sogenannte Gefährderansprache zentral.⁵⁷ Diese hat keine besondere gesetzliche Grundlage und ist entsprechend freiwillig.⁵⁸

Zunächst wird die Gesprächsbereitschaft der gefährdenden Person abgeklärt und diese im positiven Fall zu Hause, am Arbeitsplatz oder an einem öffentlichen Ort besucht. Die Gewaltschützer führen die Ansprachen in der Regel in Zivil und zu zweit durch. Dabei werden im Wesentlichen zwei Ziele verfolgt: Einerseits sollen Informationen für eine besser abgestützte Risikoeinschätzung gewonnen werden. Andererseits soll das Gespräch risikoreduzierend wirken, indem Unterstützungsmassnahmen angeboten sowie rechtliche und gesellschaftliche Verhaltensnormen verdeutlicht werden.⁵⁹ Die Teilnahme an einer Gefährderansprache ist zwar freiwillig, aber die kontaktierten Personen lassen sich in mehr als 80 % der Fälle auf ein oder mehrere Gespräche mit dem Gewaltschutz und der FFA ein. Teilweise wird der Kontakt mit den Behörden sogar explizit geschätzt, weil den Gefährdern ausführlich Gehör gewährt wird.⁶⁰

⁵⁴ Vortrag PolG/BE (Fn. 54), S. 67 f., m.w.H.

⁵⁵ Gespräch vom 24. November 2022 mit der Kantonspolizei Bern, Kriminalabteilung, Cédric Meyrat, Notizen des Gesprächs beim Autor vorhanden (zit.: Gespräch mit der Kantonspolizei Bern).

⁵⁶ Vgl. die einschlägigen Erlasse vorne II.1.

⁵⁷ GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 232.

⁵⁸ GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 232, mit dem Hinweis, dass bei einem laufenden Strafverfahren als Ersatzmassnahme eine Auflage zur Zusammenarbeit mit dem Gewaltschutz verfügt werden kann.

⁵⁹ Zum Ganzen GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 232 ff., m.w.H.

⁶⁰ GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 236, m.w.H.

In der Lehre wird das Fehlen einer expliziten Rechtsgrundlage kritisiert. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass im Strafprozess die Rechtsstellung der betroffenen Person und die ihr gegenüber bestehenden Informationspflichten stark ausgebaut sind, während entsprechende Regelungen im kantonalen Polizeirecht weitgehend fehlen.⁶¹ Dem wird entgegengehalten, dass die Gefährderansprache offen stattfindet. Die betroffene Person soll gerade wissen, dass ihr problematisches Verhalten erkannt worden ist und sie deswegen von den Behörden kontaktiert wird, worauf sie sich freiwillig entscheiden kann, mit diesen zusammenzuarbeiten.⁶²

Nach hier vertretener Auffassung tangiert das KBM die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und den Anspruch auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) einer betroffenen Person. Wird doch ein problematisches Verhalten mit ihr in Verbindung gebracht, welches so schwerwiegend ist, dass die Behörden weitere Abklärungen treffen möchten. Entsprechend sind die Voraussetzungen von Art. 36 BV für das staatliche Handeln einzuhalten, wozu eine hinreichende gesetzliche Grundlage gehört (Art. 36 Abs. 1 BV).⁶³ Insoweit auf die Offenheit und Freiwilligkeit des KBM verwiesen wird, wird implizit ein Verzicht der Ausübung der genannten Grundrechte im Einzelfall geltend gemacht.⁶⁴ Dieser Grundrechtsverzicht hängt nach überzeugender Ansicht in der Lehre von zwei Voraussetzungen ab: Erstens dürfen dem Verzicht keine zwingenden Bestimmungen entgegenstehen.⁶⁵ Zweitens muss der Verzicht freiverantwortlich und ausdrücklich erfolgen. Daraus folgt, dass der betroffene Grundrechtsträger über die Situation informiert sowie urteilsfähig sein muss und nicht unter Druck gesetzt werden darf.⁶⁶ Ein solcher Ausübungsverzicht scheint für das KBM möglich, wenn von Seiten der Behörden bei jeder Gefährderansprache vollumfänglich und offen informiert wird und für den Fall der Gesprächsverweigerung keinerlei negative Konsequenzen in Aussicht gestellt werden. Trotzdem ist es rechtsstaatlich wenigstens fraglich, dass auf einen regelmässigen Grundrechtsverzicht abge-

⁶¹ SIMMLER ET AL., 3 f., m.w.H.

⁶² GULDIMANN/BRUNNER/HABERMEYER, 236.

⁶³ Ausführlich KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 Rz. 3 ff.

⁶⁴ Zum Grundrechtsverzicht KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5 Rz. 26 ff.; BELSER/WALDMANN, Kap. 4 Rz. 9.

⁶⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5 Rz. 32 ff.

⁶⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5 Rz. 36; ähnlich BELSER/WALDMANN, Kap. 7 Rz. 28, die den Grundrechtsverzicht aber nur für leichte Grundrechtseingriffe zulassen wollen.

stellt werden muss, anstatt eine saubere gesetzliche Grundlage zu schaffen. Der Kanton Basel-Stadt hat denn auch entsprechende Normen eingeführt (§ 2 Abs. 1 Ziff. 2^{bis} und §§ 61a ff. PolG/BS).⁶⁷

4. Herausforderungen für das KBM

Neben dieser nicht restlos geklärten rechtlichen Herausforderung stellen sich auch praktische Probleme für das KBM: Erstens zeigt sich in der Praxis, dass gefährdende Personen regelmässig langfristig begleitet werden müssen, was entsprechende Ressourcen in Anspruch nimmt.⁶⁸ Zweitens zeigen nicht alle Betroffenen ein kooperatives Verhalten.⁶⁹ Dann stehen die Behörden vor der Frage, was getan werden kann, wenn das Risiko der Ausübung von Gewalttaten weiterhin als erheblich eingeschätzt wird.⁷⁰

Soweit es sich um terroristische Gefährder handelt, wurde auf Bundesebene mit dem PMT versucht, diese Lücke zu schliessen. Diese Fokussierung ist mit Blick auf den Extremismus-übergreifenden Ansatz des NAP nicht restlos überzeugend. Präventive Massnahmen sollten „allen Formen von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus“ und ihren Ursachen entgegenwirken.⁷¹ Damit ist nicht gesagt, dass all diesen Formen für die Behörden jederzeit gleich relevant sind.⁷²

III. Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten

1. Begriff und Umfang der neuen Massnahmen

Als terroristische Gefährderin gilt nach Art. 23e Abs. 1 BWIS eine Person, wenn „aufgrund konkreter und aktueller Anhaltspunkte davon ausgegangen werden muss, dass sie oder er eine terroristische Aktivität ausüben wird“. Als terro-

⁶⁷ Vgl. dazu Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission zum Ratschlag Kantonales Bedrohungsmanagement – Teilrevision des Polizeigesetzes (PolG) vom 21. April 2021, 18.1673.02.

⁶⁸ Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur; Gespräch mit der Kantonspolizei Bern.

⁶⁹ BRUNNER ET AL., 4.

⁷⁰ Kritisch hinsichtlich der weiteren Verschärfung präventiv-polizeilicher Mittel und dem „Verlangen nach einem starken Staat“ CONINX, 184; vgl. auch GIRAUDEL, Rz. 2 ff.

⁷¹ NAP 2023 – 2027, 6.

⁷² Zum Zeitpunkt der Gespräche steht etwa der Rechtsextremismus im Fokus; Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur.

ristische Aktivität gelten gemäss Legaldefinition „Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten oder mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen“ (Art. 23e Abs. 2 BWIS).

In der Lehre wurde vor der Abstimmung über das PMT-Paket darauf hingewiesen, dass der Wortlaut dieser Bestimmungen sehr unbestimmt ist und deshalb ein erhebliches Missbrauchspotenzial besteht.⁷³ Die Vorlage wurde in der Volksabstimmung allerdings angenommen.⁷⁴ Es ist daher nun an der Praxis und der Wissenschaft, diese Begriffe näher einzugrenzen. Da in der Botschaft geltend gemacht wurde, der Begriff der terroristischen Aktivität lehne sich an Art. 19 Abs. 2 NDG⁷⁵ an, ist dieser als historisches und systematisches Auslegungselement heranzuziehen.⁷⁶ Demnach muss eine konkrete Bedrohung für „ein bedeutendes Rechtsgut wie Leib und Leben oder die Freiheit von Personen“ vorliegen „oder der Bestand und das Funktionieren des Staates“ müssen betroffen sein.⁷⁷ Die zu verhindernde Gewalt ist demnach von einer ganz anderen Qualität, als diejenige, welche den Anwendungsbereich des KBM eröffnet.⁷⁸ Hinzu kommen muss zudem die Absicht, die staatliche Ordnung zu beeinflussen oder zu verändern. Ein solches enges Verständnis rechtfertigt sich auch deshalb, weil das revidierte BWIS schwerwiegende Grundrechtseingriffe möglich macht, welche die Behörden gestützt auf das Polizeirecht des Kantons Zürich bisher nicht anordnen konnten.⁷⁹ Die nachfolgende Gegenüberstellung zeigt dies anschaulich.⁸⁰

⁷³ CONINX, 194 ff.; MOHLER, Rz. 34 ff.; ZUMSTEG, Rz. 6 ff.

⁷⁴ Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021, BBl 2021 2135.

⁷⁵ Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (NDG; SR 121).

⁷⁶ Botschaft vom 22. Mai 2019 zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, BBl 2019 4751, S. 4783.

⁷⁷ MOHLER, Rz. 28 ff., meint wohl, dass der Gesetzgeber bewusst vom Wortlaut des NDG abgewichen ist, was ihn gerade zum Schluss führt, dass keine hinreichende Normbestimmtheit vorliegt.

⁷⁸ Vgl. oben [II.1](#).

⁷⁹ GLM. CONINX, 193 und 197.

⁸⁰ Wie eingangs erwähnt, werden die Massnahmen des Straf- und Strafprozessrechts hier nicht behandelt, vgl. oben [I](#). In der Tabelle jeweils in Klammern sind Normen, welche nicht im kantonalen Recht verankert sind, aber einen engen Bezug dazu aufweisen und ebenfalls präventive Wirkung entfalten sollen.

BWIS	PolG/ZH	GSG/ZH	Hooligan-Konkordat
Art. 23k Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht	(-)	(-)	≈ Art. 6 f. Meldeauflage ⁸¹
Art. 23l Kontaktverbot	(-)	≈ § 3 Abs. 2 lit. c Polizeiliche Anordnung ⁸²	(-)
Art. 23m Ein- und Ausgrenzung	≈ §§ 33 f. Wegweisung und Fernhaltung ⁸³	≈ 3 Abs. 2 lit. a und b Polizeiliche Anordnung ⁸⁴	≈ Art. 4 f. Rayonverbot ⁸⁵
Art. 23n Ausreiseverbot	(-)	(-)	(≈ 24c BWIS Ausreisebeschränkung ⁸⁶)

⁸¹ Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, dient diese Massnahme der Verhinderung von Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen und nicht der Durchsetzung einer Gesprächsteilnahmepflicht.

⁸² Schutzmassnahmen nach § 3 GSG/ZH gelten während 14 Tagen ab Mitteilung an die gefährdende Person (§ 3 Abs. 3 GSG/ZH), während das Kontaktverbot nach Art. 23l BWIS bis zu sechs Monate verfügt und einmalig um weitere sechs Monate verlängert werden kann (Art. 23g Abs. 1 BWIS).

⁸³ In der Regel für 24 Stunden (§ 33 PolG/ZH), ausnahmsweise für höchstens 14 Tage (§ 34 Abs. 2 PolG/ZH), während die Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS bis zu sechs Monate verfügt und einmalig um weitere sechs Monate verlängert werden kann (Art. 23g Abs. 1 BWIS).

⁸⁴ Schutzmassnahmen nach § 3 GSG/ZH gelten während 14 Tagen ab Mitteilung an die gefährdende Person (§ 3 Abs. 3 GSG/ZH), während die Ein- und Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS bis zu sechs Monate verfügt und einmalig um weitere sechs Monate verlängert werden kann (Art. 23g Abs. 1 BWIS). Zudem bestehen unter dem GSG/ZH strengere Anwendungsvoraussetzungen, vgl. CONINX, 198.

⁸⁵ Das Rayonverbot nach dem Hooligan-Konkordat kann zwar bis zu drei Jahre angeordnet werden, gilt aber nur während bestimmter Zeiten (an welchen Sportveranstaltungen stattfinden). Zudem bestehen unter dem Hooligan-Konkordat strengere Anwendungsvoraussetzungen, vgl. CONINX, 197 f.

⁸⁶ Die Kantone können solche Ausreisebeschränkungen zur Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen beantragen, welche dann durch fedpol verfügt werden (Art. 24c Abs. 5 BWIS).

BWIS	PolG/ZH	GSG/ZH	Hooligan-Konkordat
Art. 23o f. Eingrenzung auf eine Liegenschaft	(-) ⁸⁷	(-)	(-) ⁸⁸
Art. 23q Elektronische Überwachung und Mobilfunklokalisierung	(-)	(≈ 28c ZGB Elektronische Überwachung ⁸⁹)	(-)

2. Vollzug der Massnahmen durch den Kanton Zürich

Diese neuen Massnahmen sind zwar im Bundesrecht verankert, den Kantonen kommt dabei aber eine dreifache Rolle zu: Erstens sind die Massnahmen nach BWIS subsidiär zu Massnahmen der Gefahrenabwehr durch die Kantone (Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS). Zweitens sind es die kantonalen oder kommunalen Behörden, welche beim Bundesamt für Polizei (fedpol) einen Antrag um Erlass einer Massnahme einreichen (Art. 23i Abs. 1 BWIS). Stellt der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) dem fedpol einen entsprechenden Antrag, sind die Kantone vorgängig anzuhören (Art. 23j BWIS). Soll die Massnahme sistiert werden, so muss sich fedpol ebenfalls mit dem betroffenen Kanton oder Gemeinde ins Einvernehmen setzen (Art. 23j Abs. 3 BWIS). Drittens ist der Vollzug der Massnahmen Sache der Kantone (Art. 23r Abs. 1 BWIS).⁹⁰

Dieser ganz wesentliche Einfluss der Kantone auf das Verfahren ist folgerichtig, da ihnen die Polizeihochheit zukommt.⁹¹ Überdies sind es die kommunalen und kantonalen Behörden, bei welchen eine Person üblicherweise zuerst „auf dem Radar erscheint“.⁹²

⁸⁷ Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft unterscheidet sich klar vom Polizeigewahrsam i.S.v. §§ 25 ff. PolG/ZH, vgl. CONINX, S. 202. Der Kanton Bern hat hingegen einen Sicherheitsgewahrsam von bis zu 14 Tagen eingeführt, vgl. Art. 94 PolG/BE.

⁸⁸ Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft unterscheidet sich klar vom Polizeigewahrsam i.S.v. Art. 8 f. Hooligan-Konkordat, vgl. CONINX, 205.

⁸⁹ Diese Gewaltschutzmassnahme ist im ZGB verankert und wird durch ein Zivilgericht angeordnet, ohne dass die Polizei auf die Anordnung einen Einfluss haben muss. Die Massnahme wird aber durch die Kantone vollzogen (Art. 28c Abs. 3 ZGB).

⁹⁰ Vgl. EJPD, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Verordnung über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (VPMT), Juni 2021, 28, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/67228.pdf>>.

⁹¹ Vgl. oben I.

⁹² Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur; Gespräch mit der Kantonspolizei Bern.

Im Kanton Zürich besteht ein Single Point of Contact (SPOC PMT), welcher bei der Kantonspolizei Zürich angesiedelt ist, der den Antrag um Erlass einer Massnahme i.S.v. Art. 23i Abs. 1 BWIS stellt.⁹³ Im Antrag „ist darzulegen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind“ und welche konkreten Massnahmen beantragt werden (Art. 23i Abs. 2 BWIS). Grundlage für den Austausch auch von besonders schützenswerten Personendaten zwischen Bund und Kantonen ist Art. 23h BWIS sowie die gestützt darauf angepassten Verordnungen.⁹⁴

Das Gesetz verlangt einerseits, dass es sich bei der betroffenen Person um eine terroristische Gefährderin im erläuterten Sinn handelt.⁹⁵ Andererseits muss die Massnahme subsidiär zu sozialen, integrativen und therapeutischen Massnahmen sowie Massnahmen des Kinder- und Erwachsenenschutzes sein (Art. 23f Abs. 1 lit. a BWIS). Überhaupt darf keine kantonale Massnahme der allgemeinen Gefahrenabwehr für die konkrete Situation mehr hinreichend sein (Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS). Schliesslich darf auch keine Massnahme nach der StPO angeordnet worden sein, welche dieselbe Wirkung hat, wie die Massnahme gestützt auf das revidierte BWIS (Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS).⁹⁶ Weder das Gesetz noch die im Zuge der Umsetzung des PMT-Paktes angepassten Verordnungen legen allerdings genauer dar, wie diese Antragsbegründung erfolgen muss.⁹⁷ Immerhin besteht inzwischen ein schweizweit standardisiertes Formular das in Zusammenarbeit mit dem Kanton Zürich entwickelt wurde.⁹⁸

Hinsichtlich der Begründungsdichte lassen sich Erkenntnisse des Verwaltungsgerichts des Kantons Berns auf die vorliegend interessierende Konstellation übertragen: Das Verwaltungsgericht hatte sich in zwei Urteilen mit Begründungen von Wegweisungsverfügungen zu befassen.⁹⁹ Diese konnten nach aArt. 29 Abs. 1 lit. b PolG/BE u.a. dann ausgesprochen werden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass die betreffende Person oder „andere, die der gleichen Ansammlung zuzurechnen sind, die öffentliche Sicherheit und Ord-

⁹³ Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur.

⁹⁴ AS 2022 301; die zentrale Bedeutung des Datenaustauschs wurde auch auf Bundesebene erkannt, vgl. EJPd, Erläuternder Bericht VPMT 2021, 15 f. und 28 f.

⁹⁵ Vgl. oben [III.1](#).

⁹⁶ Zur verfahrensrechtlichen Stellung eines terroristischen Gefährders ZUMSTEG, Rz. 29 ff.

⁹⁷ Vgl. AS 2022 301 und dazu EJPd, Erläuternder Bericht VPMT 2021, 1.

⁹⁸ Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur.

⁹⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. März 2009, BVR 2009 385; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 15. Oktober 2013, BVR 2014 5.

nung gefährden“.¹⁰⁰ Dazu hielt das Gericht fest, dass sich die Beweisführung über eine Störungs- und insbesondere über eine Gefährdungssituation naturgemäss schwierig gestalten. Insoweit liege eine Beweiserleichterung nahe. Diese dürfte umso näher liegen, „je grösser der mögliche Schaden ist und je hochwertiger die gefährdeten Rechtsgüter sind“.¹⁰¹ Gleichzeitig seien die Anforderungen an die Begründung umso höher, je intensiver die Wirkungen des polizeilichen Eingriffs für die betroffene Person ausfallen.¹⁰² Auf jeden Fall muss die Dokumentation der Polizei individuell-konkrete Ausführungen zum massgeblichen Sachverhalt enthalten. Es genügt insbesondere nicht, blosser Textbausteine zu verwenden.¹⁰³

Die Berücksichtigung der Schwere der Gefahr und der Schwere des Grundrechtseingriffs bei den gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte ist überzeugend.¹⁰⁴ Nicht einzubeziehen ist ein unter dem kantonalen Polizeirecht allenfalls bestehendes Bedürfnis nach einer möglichst raschen Gefahrenabwehr, das in einem gewissen Spannungsverhältnis zur rechtsstaatlich hinreichenden Beweissicherung steht.¹⁰⁵ Die Massnahmen nach BWIS sind subsidiär und die verfügende Behörde einerseits sowie die antragstellende und vollziehende Behörde andererseits fallen auseinander. Es sollte deshalb regelmässig genügend Zeit bestehen, eine rechtsgenügende Begründung zu erstellen.

Die Massnahmen des BWIS sind auf zwölf (Art. 23g BWIS) respektive die Eingrenzung auf neun Monate (Art. 23o) beschränkt. Damit kann der Herausforderung, dass Personen längerfristig begleitet werden, nicht hinreichend begegnet werden.¹⁰⁶ Zudem wird die Reintegration, die Wiederherstellung von sozialer, familiärer und gemeinschaftlicher Bindung sowie die positive Teilnahme an der Gesellschaft, von den einschlägigen Normen überhaupt nicht adressiert.¹⁰⁷ Entsprechend schwer tut sich die Praxis damit, zu beurteilen, wann ein Fall abgeschlossen ist.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Vgl. für den Wortlaut der Norm die Besprechung zu VGer BE, BVR 2009 385, von JENNI, 47.

¹⁰¹ VGer BE, BVR 2009 385, E. 4.3.2.

¹⁰² VGer BE, BVR 2009 385, E. 4.4.1.

¹⁰³ VGer BE, BVR 2014 5, E. 2.2 und 2.3; VGer BE, BVR 2009 385, E. 4.4.1 und 4.4.2.

¹⁰⁴ JENNI, 49.

¹⁰⁵ JENNI, 49.

¹⁰⁶ Vgl. oben [II.4.](#)

¹⁰⁷ Begriff gemäss NAP 2023 – 2027, 13.

¹⁰⁸ Gespräch mit der Stadtpolizei Winterthur.

IV. Potenzial im Bedrohungsmanagement

Aus der vorstehenden Analyse ergibt sich, dass der Kanton Zürich schon vor Inkrafttreten des PMT systematisch präventiv tätig geworden ist, nämlich im Rahmen des KBM. Dieses geht von einem weiten Begriff der Gewalt aus, die verhindert werden soll, bevor sie sich realisiert.¹⁰⁹ Für das KBM und die Massnahme der Gefährderansprache bestehen keine spezifischen gesetzlichen Grundlagen im Zürcher Recht, was mit der Freiwilligkeit der Ansprache gerechtfertigt wird.¹¹⁰ Da Grundrechte der betroffenen Person durch das KBM und die Gefährderansprache tangiert werden, sollte trotz der Freiwilligkeit der Massnahme eine formell-gesetzliche Grundlage im Zürcher Recht geschaffen werden.¹¹¹ Dies würde es ermöglichen, auch die Informationspflicht gegenüber der gefährdenden Person zu verankern und zu klären, auf welchem Weg Rechtsschutz erlangt werden kann.¹¹²

Hingegen bestehen im Kanton Zürich zahlreiche Normen, welche den für das KBM zentralen Datenaustausch ermöglichen. Die gesetzliche Situation ist allerdings derart unübersichtlich, dass sie dem Austausch von Informationen abträglich ist.¹¹³ Hier besteht das Potenzial für eine Vereinfachung und Verschlankung der kantonalen Rechtsgrundlagen.

Wiederum nicht adressiert wird auf kantonaler Ebene, ob und welche Massnahmen gegenüber gefährdenden Personen ergriffen werden können, die langfristig begleitet werden sollen und/oder kein kooperatives Verhalten zeigen.¹¹⁴ Da sich diese Herausforderung nicht nur im Kanton Zürich stellt und die betroffenen Personen ihren Wohnsitz auch wechseln können, empfiehlt sich ein interkantonal abgestimmtes Vorgehen. Neue Regelungen können in der Form des Konkordats geschlossen werden, wie dies beim Hooligan-Konkordat gelungen ist. Der Bund ist für präventiv-polizeiliche Massnahmen nämlich grundsätzlich nicht zuständig.¹¹⁵

Für den Umgang mit terroristischen Gefährdern wurde auf Bundesebene das PMT-Paket erlassen. Angesichts der schwerwiegenden Grundrechtseinschränkungen, welche dadurch neu im präventiven Bereich ermöglicht wer-

¹⁰⁹ Vgl. oben [II.1.](#)

¹¹⁰ Vgl. oben [II.3.](#)

¹¹¹ Vgl. oben [II.3.](#)

¹¹² Vgl. § 61d Abs. 3 PolG/BS und § 61d Abs. 2 und § 61h PolG/BS.

¹¹³ Vgl. oben [II.2.](#)

¹¹⁴ Vgl. oben [II.4.](#)

¹¹⁵ Vgl. oben [I.](#)

den, ist es zu begrüssen, dass dies durchwegs auf formell-gesetzlicher Stufe geschieht.¹¹⁶ Allerdings haben diese Massnahmen einen weit engeren sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich als das KBM. Das ist zwar angesichts der erwähnten Grundrechtseinschränkungen folgerichtig, steht aber in einem Spannungsfeld zum Extremismus-übergreifenden Ansatz des NAP.¹¹⁷ Schliesslich fehlt in der gesamten PMT-Vorlage (ebenso wie im KBM) eine Regelung hinsichtlich eines geordneten Endes des Bedrohungsmanagements – möglichst durch eine Reintegration der betroffenen Person.¹¹⁸ Wenn diesbezüglich neue Regeln geschaffen werden, sollte dies aufgrund der Zuständigkeitsordnung im Bundesstaat ebenfalls im Rahmen einer interkantonalen Vereinbarung geschehen.¹¹⁹

Bei der Umsetzung der nach revidiertem BWIS möglichen Massnahmen haben die Kantone eine starke Stellung, insbesondere stellen sie in der Regel dem fedpol einen Antrag auf Verfügung dieser Massnahmen. Den anwendbaren Rechtsgrundlagen lässt sich aber nicht genauer entnehmen, wie ein solcher Antrag begründet werden muss.¹²⁰ Diesbezüglich kann auf die kantonale Rechtsprechung abgestellt werden, der sich zwei Faustregeln entnehmen lassen: Je grösser die Gefahr und je hochwertiger die gefährdeten Rechtsgüter sind, desto eher darf eine Beweiserleichterung gewährt werden. Hingegen sind die Anforderungen an die Begründung umso höher, je intensiver in die Grundrechte der betroffenen Person eingegriffen werden soll.¹²¹ Weitere Grundsätze werden sich voraussichtlich im Lauf der Zeit aus der Praxis zu den neuen Massnahmen ergeben.

V. Zukunft des Bedrohungsmanagements

Zusammenfassend ist das Bedrohungsmanagement in der Schweiz noch sehr fragmentarisch geregelt. Im Kanton Zürich sollten zu folgenden Punkten Norm geschaffen werden:

- Verankerung des KBM und insbesondere der Gefährderansprache als polizeiliche Massnahme;

¹¹⁶ Vgl. oben [III.1.](#)

¹¹⁷ Vgl. oben [II.4.](#)

¹¹⁸ Vgl. oben [III.2.](#)

¹¹⁹ So schon ZUMSTEG, Rz. 46.

¹²⁰ Vgl. oben [III.2.](#)

¹²¹ Vgl. oben [III.2.](#)

- Informationspflicht gegenüber einer gefährdenden Person und Rechtsschutz;
- Vereinfachung der anwendbaren Rechtsgrundlagen für den Datenaustausch.

Sinnvollerweise auf interkantonaler Ebene sind folgende Punkte anzugehen:

- Extremismus-übergreifende Massnahmen;
- Umgang mit Personen, welche langfristig begleitet werden sollen und/oder kein kooperatives Verhalten zeigen;
- Reintegration von gefährdenden Personen.

Wenn die Gesetzgeber auf den verschiedenen Ebenen des Bundesstaats sowie die Praxis diese Lücken schliessen, sollten sie sich bewusst sein: Die Prävention ist zwar eine Hauptaufgabe der Sicherheitsbehörden, allerdings kann es über die Zukunft naturgemäss keine Gewissheit geben. „Wie soll man beurteilen, ob eine früher schon einmal gewalttätige Person dies auch an einem bestimmten Tag in der Zukunft sein wird? Wie kann der Fussballfan beweisen, dass er sich beim nächsten Spiel gar nicht an Ausschreitungen beteiligen will?“¹²² Gleichzeitig hängen von den Prognosen der Behörden mitunter schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte der Einzelnen ab – und damit in einen zentralen Wert unseres Rechtsstaats.

Literaturverzeichnis

ALBERTINI GIANFRANCO (Hrsg.), Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2022, Art. 2 N 2 (zit.: Komm. PolG/GR-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2021.

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017.

BRUNNER REINHARD, Bedrohungsmanagement im Kanton Zürich – Praxisbericht zum Stand der Projekte und Entwicklungen, in: Schwarzenegger Christian/Brunner Reinhard (Hrsg.), Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention, Zürich/Basel/Genf 2017, 15 ff.

¹²² Zitat und Gedankengang aus DERIN/SINGELNSTEIN, 22 f.

- BRUNNER REINHARD ET AL., Grundlagenpapier zur Definition von Qualitätsstandards für ein Kantonales Bedrohungsmanagement, 2022, abrufbar unter <<https://www.skppsc.ch/de/wp-content/uploads/sites/2/2022/11/220929-16-1-grundlagenpapier-qualitaetsstandards-bedrohungsmanagement-d.pdf>>.
- CONINX ANNA, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 2021, 183 ff.
- DERIN BENJAMIN/SINGELNSTEIN TOBIAS, Die Polizei, Helfer, Gegner, Staatsgewalt, Berlin 2022.
- DONATSCH ANDREAS/JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN (Hrsg.), PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit.: Komm. PolG/ZH-BEARBEITER/IN, § XX Rz. YY).
- FLEISCHMANN FLORIAN SAMUEL, Polizeirechtliche Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, Eine systematische Darstellung der Rechtslage im Kanton Zürich, Zürich/Basel/Genf 2019.
- GIRAUDEL ALICIA, Im Namen der Sicherheit, Jusletter, 17. April 2023.
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. A., Basel und München und Wien 2021.
- GULDIMANN ANGELA/BRUNNER REINHARD/HABERMAYER ELMAR, Bedrohungsmanagement: deeskalieren, bevor etwas passiert, Forens Psychiatr Psychol Kiminol 2021, 229 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1007/s11757-021-00673-w>>.
- JENNI CHRISTOPH, Beweisrechtliche Anforderungen an Fernhalteverfügungen – Welches Beweismass und welche Begründungsdichte sind bei polizeilichen Fernhaltmassnahmen nach berrischem Recht im Rahmen von Sportveranstaltungen erforderlich?, Sicherheit & Recht 2010, 47 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018.
- LUBISHTANI KASTRIOT/MONOD HADRIEN, Mesures policières de lutte contre le terrorisme, Analyse critique du projet de loi fédérale, Sicherheit & Recht 2020, 19 ff.
- MOECKLI DANIEL, Sicherheitsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 3, Zürich/Basel/Genf 2020, 2259 ff.
- MOHLER MARKUS H. F., PMT-Gesetz: Wichtige Bestimmungen sind weder verfassungs- noch EMRK-konform, sui generis 2021, 135 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit.: BSK StGB-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Bern/Stuttgart/Wien 1993.
- SARMA KIRAN M./CARTHY SARAH L./COX KATIE M., Mental disorder, psychological problems and terrorist behaviour: A systematic review and meta-analysis, Campbell Systematic Reviews 2022, abrufbar unter <<https://doi.org/10.1002/cl2.1268>>.
- SIMMLER MONIKA/MARKWALDER NORA, Lasst uns über Gefährder sprechen, NZZ vom 12. Oktober 2021, 18.

SIMMLER MONIKA ET AL., Der Umgang mit gefährdenden Personen im Kantonalen Bedrohungsmanagement, Studienbericht, St. Gallen 2023, abrufbar unter <<https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/088a8fc4-d2f9-422d-a5b5-06ec7eb3881a/content>>.

TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015 (zit.: BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).

ZIMMERLIN SVEN, Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, Sicherheit & Recht 2020, 184 ff.

ZUMSTEG PATRICE MARTIN, Das geplante Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen (PMT) – Verfassungsgrundlage und Verfahrensrecht, sui generis 2021, 125 ff.

Übernahme von Risikobeurteilungen im Rahmen von transnationalen Verwaltungsakten

Veranschaulicht anhand der Streichung von Wirkstoffen nach der Verordnung vom 12. Mai 2010 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln

Marco Zollinger*

Die Thematik der transnationalen Verwaltungsakte, in deren Rahmen ein Staat die Rechtswirkungen eines ausländischen Verwaltungsakts anerkennt, findet in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung nur gelegentlich Beachtung. Der Beitrag veranschaulicht den Anerkennungsmechanismus anhand der Anerkennungsnorm in der Pflanzenschutzmittelverordnung zur Streichung von Wirkstoffen, die in Pflanzenschutzmitteln enthalten sind. Er beleuchtet die Anerkennungsnorm im Lichte des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit und beurteilt den Anerkennungsmechanismus unter dem Blickwinkel des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Dabei zeigt sich, dass die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte mit Abstrichen beim inländischen Rechtsschutz einhergeht.

Inhalt

I.	Einleitung	87
II.	Transnationale Verwaltungsakte	89
III.	Art. 10 Abs. 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung	91
1.	Ausgestaltung des Anerkennungsmechanismus	92
a)	Verwaltungsakte der Europäischen Kommission und deren Anerkennung	92

* Dr. iur. MARCO ZOLLINGER, Rechtsanwalt, hat an der Universität St. Gallen (HSG) Law & Economics studiert, an der Universität Bern promoviert und ist zurzeit als Gerichtsschreiber an der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne tätig. Er publiziert regelmässig Beiträge im Bereich des Verwaltungs- und Staatsrechts sowie des öffentlichen Verfahrensrechts.

b)	Natur des Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV	94
c)	Umfang des Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV	95
d)	Massgebendes inländisches Verwaltungsrechtsverhältnis	96
2.	Anerkennungsnorm und der Grundsatz der Gesetzmässigkeit	98
a)	Pflanzenschutzmittelverordnung als Rechtsverordnung mit gesetzesvertretenden Normen	98
b)	Delegationsnorm zur Einführung des Anerkennungsmechanismus	99
c)	Subdelegation im Anerkennungsmechanismus	101
d)	Zwischenergebnis	102
3.	Anerkennungsmechanismus und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit	102
a)	Interessenabwägung in der gesetzlichen Grundlage und verhältnismässiges Übergangsrecht	103
b)	Festlegung der verhältnismässigen Ausverkaufs- und Verwendungsfristen	104
c)	Ermessensausübung im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 PSMV	106
d)	Zwischenergebnis	107
IV.	Würdigung	108
	Literaturverzeichnis	109

I. Einleitung

Das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln unterliegt in der Schweiz einer Zulassungspflicht.¹ Die Zulassungsstelle bewilligt ein Pflanzenschutzmittel

¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung vom 12. Mai 2010 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (Pflanzenschutzmittelverordnung, PSMV, SR 916.161); vgl. auch Art. 160 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1) i.V.m. Art. 158 Abs. 1 LwG. Bei *Pflanzenschutzmitteln* handelt es sich gemäss der Definition in Art. 2 Abs. 1 PSMV um Produkte, die aus Wirkstoffen, Safenern oder Synergisten bestehen oder diese enthalten und für einen in Art. 2 Abs. 1 lit. a–e PSMV aufgeführten Verwendungszweck bestimmt sind. Zum Begriff des *Wirkstoffs* siehe Fn. 2. *Safener* sind chemische Elemente und deren Verbindungen (Stoffe) oder Zubereitungen von Stoffen, die einem Pflanzenschutzmittel beigefügt werden, um die phytotoxische Wirkung des Pflanzenschutzmittels auf bestimmte Pflanzen zu unterdrücken oder zu verringern (vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. a PSMV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b PSMV). *Synergisten* sind chemische Elemente und deren Verbindungen (Stoffe) oder Zubereitungen von Stoffen, die keine oder nur eine schwache Wirkung aufweisen, aber die Wirkung des Wirkstoffs oder der Wirkstoffe in einem Pflanzenschutzmittel verstärken (vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. b PSMV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b PSMV).

im Rahmen des Zulassungsverfahrens nur, wenn seine Wirkstoffe² genehmigt sind.³ Damit wird sichergestellt, dass die Pflanzenschutzmittel bei vorschriftsgemäsem Umgang keine unannehmbaren Nebenwirkungen auf Mensch, Tier und Umwelt haben und ein hohes Schutzniveau für die menschliche und tierische Gesundheit sowie für die Umwelt besteht.⁴ Die Zulassungsstelle kann einen genehmigten Wirkstoff daher auch jederzeit überprüfen.⁵ Sowohl das Genehmigungs- als auch die Überprüfungsverfahren bedürfen einer Risikobeurteilung, mit der die Auswirkungen auf die Gesundheit von Mensch und Tier sowie auf die Umwelt erstellt und bewertet werden. Die hierfür erforderliche Ermittlung der Auswirkungen und deren Risikobeurteilung sind in der Regel aufwendig und kostenintensiv. Deshalb kann es aus Effizienzgründen sinnvoll sein, wenn die Verfahren nicht mehrfach – d.h. nicht in jedem Zulassungsland separat – durchgeführt werden. Bei der Überprüfung und allfälligen Streichung von in Pflanzenschutzmitteln enthaltenen Wirkstoffen übernimmt die Schweiz seit dem 1. Januar 2021 die Risikobeurteilung, welche die Europäische Kommission für die Europäische Union (EU) vorgenommen hat.⁶ Diese „Vereinfachung des Streichungsverfahrens“ mittels „autonome[n]“ Nachvollzugs ist in der Verordnung vom 12. Mai 2010 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (Pflanzenschutzmittelverordnung, PSMV, SR 916.161) verankert.⁷ Dieser „besondere Mechanismus“ war unlängst Gegenstand gerichtlicher Verfahren.⁸ Dies gibt Anlass dazu, den Mechanismus zunächst aus einer theoretischen Perspektive (II.) und alsdann in seiner konkreten Ausgestaltung und Anwendung zu diskutieren (III.), um ihn abschliessend zu würdigen (IV.).

² Als Wirkstoffe gelten chemische Elemente und deren Verbindungen (Stoffe) mit allgemeiner oder spezifischer Wirkung gegen Schadorganismen an Pflanzen, Pflanzenteilen oder Pflanzenerzeugnissen (vgl. Art. 2 Abs. 2 PSMV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b PSMV).

³ Vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. a PSMV. Die Genehmigung erfordert namentlich, dass die Rückstände von Pflanzenschutzmitteln weder schädliche Auswirkungen auf die Gesundheit von Menschen oder von Tieren noch auf das Grundwasser sowie keine unannehmbaren Auswirkungen auf die Umwelt haben (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 PSMV [Wirkstoffe]; vgl. auch Art. 11 Abs. 1 PSMV i.V.m. Art. 4 PSMV [Safener und Synergisten]).

⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 PSMV.

⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 1 PSMV (Wirkstoffe); vgl. auch Art. 11 Abs. 2 PSMV i.V.m. Art. 8 PSMV (Safener und Synergisten).

⁶ Vgl. AS 2020 5563 ff., 5564 und 5567.

⁷ BLW, 89; vgl. Art. 10 Abs. 1 PSMV.

⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3969/2021 vom 28. März 2022; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3860/2022 und B-3862/2022 vom 7. November 2022; Urteile des Bundesgerichts 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 vom 23. Mai 2023.

II. Transnationale Verwaltungsakte

Grundsätzlich ist ein Verwaltungsakt in seiner Rechtswirkung auf den Staat begrenzt, der ihn erlassen hat (nationale Rechtswirkung).⁹ Dieser Grundsatz ist Ausfluss des Territorialitätsprinzips,¹⁰ dem zufolge das (nationale) Recht nur auf dem Staatsgebiet des erlassenden Staats gültig und lediglich auf Sachverhalte anwendbar ist, welche sich im Inland zugetragen haben.¹¹ Im Zuge eines transnationalen Verwaltungsakts anerkennt ein Staat dagegen die Rechtswirkung eines ausländischen Verwaltungsakts, womit die Geltung des Akts erstreckt und der Akt auch im Inland (des anerkennenden Staates) Bindungswirkung entfaltet (transnationale Rechtswirkung).¹² Vor dem Hintergrund der Souveränität der Staaten besteht zwar keine allgemeine völkerrechtliche Anerkennungspflicht für Verwaltungsakte anderer Staaten.¹³ Allerdings wird aufgrund der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verflechtung sowie der damit einhergehenden Internationalisierung der Sachverhalte bisweilen auf staatliche Souveränität verzichtet,¹⁴ wenn die verwaltungsrechtlichen Entscheidungen anderer Staaten als gleichwertig betrachtet werden.¹⁵ Der transnationale Verwaltungsakt ist in diesem Spannungsfeld zwischen der Souveränität der Staaten und dem „Gedanken der Gleichwertigkeit verwaltungsrechtlicher Entscheidungen“ zu verorten.¹⁶ Der Mechanismus des transnationalen Verwaltungsakts – mithin die Anerkennung eines ausländischen Verwaltungsakts – kommt namentlich dann zum Tragen, wenn unnötige Doppelspurigkeiten verhindert werden sollen oder parallele Verfahren zu unerwünscht widersprüchlichen Entscheidungen führen können.¹⁷ Voraussetzung für einen transnationalen Verwaltungsakt ist eine gesetzliche Grundlage in Gestalt einer Anerkennungsnorm.¹⁸

⁹ Vgl. OHLER, Rz. 27. Zum Begriff des Verwaltungsakts siehe TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 631 ff.

¹⁰ Vgl. BREINING-KAUFMANN, 15 f. Zur Unterscheidung zwischen der Normgeltung und der Normwirkung respektive zwischen dem Geltungsbereich und dem Anwendungsbereich einer Norm siehe BREINING-KAUFMANN, 12 f. und 16 f.

¹¹ Vgl. BGE 143 IV 63 E. 3.1; 138 II 346 E. 3.2 i.f.; BREINING-KAUFMANN, 15 f.

¹² Vgl. SIEGEL, Rz. 213; OHLER, Rz. 28 ff.

¹³ Vgl. OHLER, Rz. 27.

¹⁴ Vgl. BREINING-KAUFMANN, 17.

¹⁵ Vgl. OHLER, Rz. 27.

¹⁶ OHLER, Rz. 27.

¹⁷ Vgl. BREINING-KAUFMANN, 28 f.

¹⁸ Vgl. BREINING-KAUFMANN, 29; OHLER, Rz. 28; SIEGEL, Rz. 163.

Grundsätzlich sind zwei Formen transnationaler Verwaltungsakte denkbar. Die erste Form findet insbesondere in der EU Anwendung: Bei den transnationalen Verwaltungsakten im Zusammenhang mit dem (sekundären) Unionsrecht besteht das Merkmal regelmässig darin, dass sie „unionsweit verbindlich sind, ohne dass es in den anderen Mitgliedstaaten einer konstitutiven Anerkennungsentscheidung“ bedürfte.¹⁹ Bei diesen sogenannten *echten transnationalen Verwaltungsakten* kann der anerkennende Staat keine inhaltliche Überprüfung des Akts vornehmen und der Rechtsschutz richtet sich nach dem Recht des Staates, der den Verwaltungsakt erlassen hat.²⁰ Die transnationale Geltungserstreckung des (ausländischen) Verwaltungsakts ergibt sich mit anderen Worten automatisch aus der gesetzlichen Grundlage des anerkennenden Staates, mit der die Anerkennung angeordnet wird.²¹

Demgegenüber ist es auch möglich, eine nationale Umsetzung vorzusehen, sodass der ausländische Verwaltungsakt keine unmittelbare grenzüberschreitende Wirkung entfaltet.²² Auch diese Form des transnationalen Verwaltungsakts sieht das sekundäre Unionsrecht in Einzelfällen vor, indem es die Geltung eines ausländischen Verwaltungsakts unter den Vorbehalt einer Anerkennungsentscheidung des anerkennenden Staates stellt.²³ Dieser sogenannte *unechte transnationale Verwaltungsakt* wird in der Lehre teilweise nicht mehr als transnational im eigentlichen Sinne verstanden, sondern als eigenes „Referenzentscheidungsmodell“ erfasst.²⁴ Die ausländische Referenzentscheidung dient als Grundlage für die inländische Entscheidung. Je nach Ausgestaltung kann die Prüfungscompetenz des anerkennenden Staates auf bestimmte Ausnahme- oder Verweigerungsgründe beschränkt werden. Der Umfang des inländischen Rechtsschutzes folgt grundsätzlich dem Umfang der Prüfungscompetenz des anerkennenden Staates. Darüber hinaus ist in der Regel gegen die (ausländische) Referenzentscheidung vorzugehen.²⁵ Infolgedessen wird sowohl beim echten als auch beim unechten transnationalen Verwaltungsakt häufig vom „Herkunftslandprinzip“ gesprochen.²⁶

¹⁹ OHLER, Rz. 28.

²⁰ Vgl. OHLER, Rz. 31; SIEGEL, Rz. 164 f.

²¹ Vgl. auch SIEGEL, Rz. 163; OHLER, Rz. 28 ff.

²² Vgl. SIEGEL, Rz. 162.

²³ Vgl. OHLER, Rz. 30.

²⁴ SIEGEL, Rz. 214; vgl. OHLER, Rz. 30.

²⁵ Vgl. OHLER, Rz. 30 ff.

²⁶ SIEGEL, Rz. 164 f.; vgl. BREINING-KAUFMANN, 29. Ein Anwendungsbeispiel des „Herkunftslandprinzips“ stellt das „Cassis de Dijon-Prinzip“ dar (vgl. auch BREINING-KAUFMANN, 33 ff.).

Aus dem Dargelegten zeigt sich, dass ein Staat, der für eine bestimmte Rechtsmaterie das Transnationalitätsmodell einführt,²⁷ den „Import“ von Rechtswirkungen aus dem Ausland“ anstrebt. Die transnationale Geltungserstreckung eines ausländischen Verwaltungsakts ist insofern das Gegenstück zur extraterritorialen Wirkung eines inländischen Verwaltungsakts – d.h. dem „Export“ der Rechtswirkung eigener Verwaltungsakte“.²⁸

III. Art. 10 Abs. 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung

Mit Änderung vom 11. November 2020 beschloss der Bundesrat den Erlass eines neuen Art. 10 Abs. 1 PSMV.²⁹ Die geänderte Verordnungsbestimmung trat am 1. Januar 2021 in Kraft.³⁰ Die Norm bestimmt in der Fassung vom 1. Juli 2023, dass das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) einen Wirkstoff aus Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung streicht, wenn der Wirkstoff in der EU aus der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 gestrichen wird. Es legt für das Inverkehrbringen bestehender Lagerbestände von Pflanzenschutzmitteln, die diesen Wirkstoff enthalten, und für deren Verwendung die gleichen Fristen fest, wie sie in der EU gelten.³¹ Zuvor hatte die Pflanzenschutzmittelverordnung bei der Streichung von Wirkstoffen lediglich vorgesehen, dass die Ergebnisse der Überprüfung des Wirkstoffs in der EU zu berücksichtigen seien.³² Die Regelung in Art. 10 Abs. 1 PSMV wird nachfolgend zur Veranschaulichung transnationaler Verwaltungsakte in der Schweiz im Detail betrachtet (1.), bevor die Verordnungsbestimmung im Lichte des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit beleuchtet (2.) und ihre Anwendung unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit beurteilt (3.) werden.

²⁷ Vgl. SIEGEL, Rz. 213.

²⁸ BREINING-KAUFMANN, 29.

²⁹ Vgl. AS 2020 5563 ff., 5564.

³⁰ Vgl. AS 2020 5563 ff., 5567.

³¹ In der ersten Fassung vom 11. November 2020 war noch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) die zuständige Behörde (vgl. AS 2020 5563 ff., 5564). Die Zuständigkeit vom WBF zum EDI wurde mit der Änderung vom 17. November 2021 angepasst (vgl. AS 2021 760, 1) und trat am 1. Januar 2022 in Kraft (vgl. AS 2021 760, 5).

³² Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. c PSMV (zur Fassung vom 12. Mai 2010 siehe AS 2010 2331 ff., 2342).

1. Ausgestaltung des Anerkennungsmechanismus

Art. 10 Abs. 1 PSMV hat zwei Regelungsgehalte: Die Verordnungsbestimmung regelt *erstens* die Streichung von Wirkstoffen im Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung. *Zweitens* bestimmt die Norm die Festlegung der Fristen für das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, die diesen Wirkstoff enthalten (Ausverkaufsfrist), und deren Verwendung (Verwendungsfrist). Das EDI streicht die Wirkstoffe aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung (Verordnungsänderung),³³ während es die Fristen mittels Erlass von Übergangsbestimmungen festlegt.³⁴ Beide Regelungen knüpfen an einen Verwaltungsakt der Europäischen Kommission (nachfolgend auch: Kommission) an. Auf diesen Akt ist im Folgenden einzugehen, um danach die Natur und den Umfang des Mechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV sowie das massgebende inländische Verwaltungsrechtsverhältnis zu bestimmen.

a) Verwaltungsakte der Europäischen Kommission und deren Anerkennung

Die Regelung in Art. 10 Abs. 1 PSMV nimmt auf die *Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 der Kommission vom 25. Mai 2011* hinsichtlich der Liste zugelassener Wirkstoffe Bezug.³⁵ Diese Durchführungsverordnung dient der Durchführung der *Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009* über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Aufhebung der Richtlinien 79/117/EWG und 91/414/EWG des Rates.³⁶ Gemäss Art. 13 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 in Verbindung mit Art. 78 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 wird eine Verordnung erlassen, die eine Liste mit den genehmigten Wirkstoffen enthält. Dabei handelt es sich um die besagte Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011. Die im Anhang der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 in Form einer von der Kommission geführten Liste aufgeführten Stoffe gelten in der EU als genehmigt.³⁷

³³ Vgl. z.B. AS 2022 338 ff., 1 f.

³⁴ Vgl. Art. 86e–86h PSMV.

³⁵ Vgl. ABl L 153 vom 11. Juni 2011, 1 ff.

³⁶ Vgl. ABl L 309 vom 24. November 2009, 1 ff.

³⁷ Vgl. Art. 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 i.V.m. Art. 13 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 und Art. 78 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009.

Streich die Kommission einen für die Verwendung in Pflanzenschutzmitteln zugelassenen Wirkstoff aus der Liste im Anhang der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011, so hat das EDI seinerseits im Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung denselben Wirkstoff zu streichen. Eine solche Streichung eines Wirkstoffs ordnete die Kommission beispielsweise mit der *Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087 der Kommission vom 14. Dezember 2020*³⁸ oder mit der *Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081 der Kommission vom 26. November 2021*³⁹ an. Während die Kommission in der erstgenannten Durchführungsverordnung die Nichterneuerung der Genehmigung für den Wirkstoff Mancozeb anordnete,⁴⁰ erneuerte sie in letzterem Fall die Genehmigung für den Wirkstoff Indoxacarb nicht mehr.⁴¹ In beiden Fällen strich sie die Wirkstoffe (Mancozeb und Indoxacarb) aus dem Anhang der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011.⁴² Im Weiteren bestimmte die Kommission, dass die Mitgliedstaaten spätestens am 4. Juli 2021 respektive am 19. März 2022 die Zulassungen für Pflanzenschutzmittel widerrufen, die Mancozeb bzw. Indoxacarb als Wirkstoff enthalten.⁴³ Sie legte fest, dass etwaige Aufbrauchfristen spätestens am 4. Januar 2022 respektive am 19. September 2022 enden.⁴⁴

In der Folge strich das EDI mit Änderung vom 17. Mai 2021 gestützt auf Art. 10 Abs. 1 PSMV den Wirkstoff Mancozeb aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung, fügte der Verordnung einen neuen Art. 86f hinzu und setzte diese Norm auf den 1. Juli 2021 in Kraft. Art. 86f PSMV legt unter anderem

³⁸ Vgl. ABl L 423 vom 15. Dezember 2020, 50 ff. (Durchführungsverordnung [EU] 2020/2087 der Kommission vom 14. Dezember 2020 zur Nichterneuerung der Genehmigung für den Wirkstoff Mancozeb gemäss der Verordnung [EG] Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Änderung des Anhangs der Durchführungsverordnung [EU] Nr. 540/2011 der Kommission).

³⁹ Vgl. ABl L 426 vom 29. November 2021, 28 ff. (Durchführungsverordnung [EU] 2021/2081 der Kommission vom 26. November 2021 zur Nichterneuerung der Genehmigung für den Wirkstoff Indoxacarb gemäss der Verordnung [EG] Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Änderung der Durchführungsverordnung [EU] Nr. 540/2011 der Kommission).

⁴⁰ Vgl. Art. 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087.

⁴¹ Vgl. Art. 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁴² Vgl. Art. 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁴³ Vgl. Art. 3 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 3 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁴⁴ Vgl. Art. 4 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 4 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

fest, dass die Frist für das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, die den Wirkstoff Mancozeb enthalten, bis am 30. September 2021 (Ausverkaufsfrist), und die Frist für die Verwendung dieser Pflanzenschutzmittel bis am 4. Januar 2022 (Verwendungsfrist) läuft.⁴⁵ Mit Blick auf den Wirkstoff Indoxacarb strich das EDI alsdann mit Änderung vom 31. Mai 2022 gestützt auf Art. 10 Abs. 1 PSMV diesen Wirkstoff aus dem Anhang 1 und erliess eine weitere neue Bestimmung in der Pflanzenschutzmittelverordnung. Art. 86h PSMV, der am 1. Juli 2022 in Kraft trat, bestimmt, dass die Pflanzenschutzmittel, die den Wirkstoff Indoxacarb enthalten, bis zum 1. Oktober 2022 in Verkehr gebracht (lit. a; Ausverkaufsfrist) und bis zum 1. April 2023 verwendet werden (lit. b; Verwendungsfrist) dürfen.⁴⁶

b) Natur des Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV

Angesichts des soeben Dargelegten verankert Art. 10 Abs. 1 PSMV einen Anerkennungsmechanismus, der als unechter transnationaler Verwaltungsakt einzuordnen ist.⁴⁷ Der jeweilige Verwaltungsakt der Kommission – d.h. ihre Durchführungsverordnung – erlangt in der Schweiz gestützt auf die Anerkennungsnorm keine unmittelbare Geltungswirkung: Zwar verpflichtet Art. 10 Abs. 1 PSMV das EDI, die analogen Massnahmen auch im Inland zu ergreifen (Streichung des Wirkstoffs und Festlegung der gleichen Fristen). Jedoch bedarf es hierfür einer eigenständigen nationalen Umsetzung. Im Zuge dieses innerstaatlichen (Umsetzungs-)Verfahrens dient der Verwaltungsakt der Kommission als Referenzentscheidung. Eine Ausnahme von der Umsetzungspflicht sieht lediglich Art. 10 Abs. 2 PSMV vor. Gemäss dieser Bestimmung kann das EDI auf Antrag des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) auf die Streichung eines Wirkstoffs aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung verzichten, wenn keine Alternative für die Bekämpfung eines Schadorganismus besteht und der Wirkstoff bei vorschriftsgemässer Verwendung keine schädliche Auswirkung auf die menschliche Gesundheit hat.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. AS 2021 321 ff., 1 f.

⁴⁶ Vgl. AS 2022 338 ff., 1 f.

⁴⁷ Zur Definition des unechten transnationalen Verwaltungsakts siehe oben, [II](#).

⁴⁸ In diesem Fall wird der Einsatz dieses Wirkstoffs auf diese Verwendung beschränkt (vgl. Art. 10 Abs. 2 PSMV). Zum Gehalt von Art. 10 Abs. 2 PSMV siehe unten, [III.3.c](#).

c) Umfang des Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV

Nach der hier vertretenen Auffassung räumt Art. 10 Abs. 1 PSMV dem EDI bei der Anerkennung und Umsetzung des Verwaltungsakts der Kommission mit Bezug auf die Streichung des Wirkstoffs im Grundsatz kein Ermessen ein, da andernfalls die Ausnahmeregelung in Art. 10 Abs. 2 PSMV nicht erforderlich wäre. Es besteht diesbezüglich somit ein zwingender transnationaler Umsetzungsauftrag. Die Referenzentscheidung der Kommission dient dem EDI dabei als Grundlage für seine Entscheidung. Da das EDI den Verwaltungsakt der Kommission in der Schweiz umzusetzen hat, bleibt zu klären, in welchem Umfang es an den Verwaltungsakt gebunden ist.

Die Kommission streicht einen Wirkstoff aus dem Anhang der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011, wenn dieser die Genehmigungskriterien gemäss Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 nicht mehr erfüllt.⁴⁹ Für eine Erneuerung der Genehmigung ist namentlich erforderlich, dass der Wirkstoff in Anwendung entsprechend der guten Pflanzenschutzpraxis und unter der Voraussetzung realistischer Verwendungsbedingungen wirksam ist und die Rückstände keine schädlichen Auswirkungen auf die Gesundheit von Menschen oder Tieren haben.⁵⁰ Die Feststellung der Wirksamkeit des Wirkstoffs sowie der (schädlichen) Auswirkungen der Rückstände stellen eine Frage der *Sachverhaltsermittlung* dar. Die Würdigung, ob die festgestellte Wirksamkeit und die ermittelten Auswirkungen hinreichend oder unzureichend im Sinne der gesetzlichen Anforderungen sind, betrifft die *rechtliche Beurteilung*. Als *Rechtsfolge* einer negativen Beurteilung werden die Genehmigung eines Wirkstoffs nicht erneuert,⁵¹ der Wirkstoff aus dem Anhang der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 gestrichen,⁵² die Zulassungen oder Bewilligungen

⁴⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009; vgl. auch Erw. 15 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁵⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 PSMV i.V.m. Ziff. 3 Anhang 2 der Pflanzenschutzmittelverordnung.

⁵¹ Vgl. Art. 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁵² Vgl. Art. 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

gen für Pflanzenschutzmittel, die diesen Wirkstoff enthalten, widerrufen⁵³ und entsprechende Ausverkaufs- und Verwendungsfristen festgelegt.⁵⁴

Art. 10 Abs. 1 PSMV verpflichtet das EDI, einen Wirkstoff aus Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung zu streichen, wenn der Wirkstoff in der EU aus der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 540/2011 gestrichen wird, und für das Inverkehrbringen bestehender Lagerbestände von Pflanzenschutzmitteln, die diesen Wirkstoff enthalten, und für deren Verwendung die gleichen Fristen festzulegen, wie sie in der EU gelten. Eine innerstaatliche Überprüfung des von der Kommission ermittelten Sachverhalts, der von der Kommission vorgenommenen rechtlichen Würdigung und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen ist nicht vorgesehen. Im Zuge des unechten transnationalen Verwaltungsakts von Art. 10 Abs. 1 PSMV hat das EDI nach der hier vertretenen Auffassung somit den im Ausland ermittelten Sachverhalt sowie die rechtliche Würdigung und die Rechtsfolgen des ausländischen Verwaltungsakts im Grundsatz zu übernehmen.⁵⁵

d) Massgebendes inländisches Verwaltungsrechtsverhältnis

Wie bereits einleitend dargelegt, unterliegt das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln in der Schweiz einer Zulassungspflicht.⁵⁶ Die Zulassungsstelle bewilligt ein Pflanzenschutzmittel im Rahmen des Zulassungsverfahrens unter anderem nur, wenn seine Wirkstoffe genehmigt sind.⁵⁷ Wird ein Wirkstoff infolge eines entsprechenden Verwaltungsakts der Kommission (auch) aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung gestrichen, so gilt dieser nicht mehr als genehmigter Wirkstoff für die Verwendung in Pflanzenschutzmitteln.⁵⁸ Damit entfällt die Bewilligungsvoraussetzung des genehmigten Wirkstoffs,⁵⁹ weshalb die Streichung eines Wirkstoffs der Zulassung des Pflanzenschutzmittels in der Regel entgegensteht und zum Widerruf der Bewilligung für das Inverkehrbringen führt.⁶⁰ Der Widerruf einer verfügten Be-

⁵³ Vgl. Art. 3 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 3 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁵⁴ Vgl. Art. 4 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/2087; Art. 4 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081.

⁵⁵ Vgl. aber Art. 10 Abs. 2 PSMV.

⁵⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 1 PSMV; vgl. auch Art. 160 Abs. 2 lit. a LwG i.V.m. Art. 158 Abs. 1 LwG.

⁵⁷ Vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. a PSMV.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 PSMV i.V.m. Art. 4 PSMV.

⁵⁹ Vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. a PSMV.

⁶⁰ Vgl. Art. 29 Abs. 3 lit. a PSMV; vgl. auch BVerfGE B-3969/2021 E. 10.1.

willigung stellt seinerseits wieder eine Verfügung dar.⁶¹ Es stellt sich daher die – besonders im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz bedeutende – Frage, worin das massgebende Verwaltungsrechtsverhältnis besteht,⁶² wenn die Zulassungsstelle die Bewilligung für das Inverkehrbringen eines Pflanzenschutzmittels widerruft.

Infrage kommt *erstens* die Durchführungsverordnung der Kommission als ausländischer Verwaltungsakt, der das EDI als Referenzentscheidung bei der Umsetzung bindet. Da der Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV die Geltung des Verwaltungsakts der Kommission indes nicht auf die Schweiz erstreckt, sondern eine nationale Umsetzung vorsieht, fehlt es an einer grenzüberschreitenden Geltungswirkung. Die Bewilligungsinhaberin kann das Pflanzenschutzmittel in der Schweiz nach wie vor in Verkehr bringen, solange die inländische Umsetzung aussteht. Aus ihrer Sicht begründet der Verwaltungsakt der Kommission für die schweizerische Zulassung deshalb kein Verwaltungsrechtsverhältnis.

Zweitens fallen die vom EDI jeweils erlassene Umsetzungsentscheidung in Form der Ordnungsänderungen (Streichung und Übergangsbestimmung) sowie *drittens* die Verfügung in Betracht, mit der die Zulassungsstelle die Bewilligung für das Inverkehrbringen eines Pflanzenschutzmittels widerruft. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Ersteres massgebend: Sowohl mit Blick auf den Widerruf der Bewilligung für das Inverkehrbringen eines Pflanzenschutzmittels als auch mit Bezug auf die Fristen begründet unmittelbar die Pflanzenschutzmittelverordnung das massgebende Verwaltungsrechtsverhältnis.⁶³ Das liegt am Umstand, dass das EDI im Zuge der Ordnungsänderung jeweils festlegt, bis zu welchem Zeitpunkt die Pflanzenschutzmittel mit einem nicht mehr genehmigten Wirkstoff noch in Verkehr gebracht sowie verwendet werden dürfen.⁶⁴ Verfügt die Zulassungsstelle den Widerruf einer Bewilligung für das Inverkehrbringen eines Pflanzenschutzmittels, teilt sie der Bewilligungsinhaberin lediglich mit, was kraft Verordnung ab

⁶¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_418/2019 vom 12. September 2019 E. 5.1.2; vgl. auch SALADIN, 128.

⁶² Zum massgebenden Verwaltungsrechtsverhältnis im Allgemeinen siehe BGE 144 II 194 E. 4.4.2 und TSCHANNEN, Rz. 101.

⁶³ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 4.3.

⁶⁴ Vgl. z.B. Art. 86f PSMV; Art. 86h PSMV.

dem Zeitpunkt der Ausverkaufsfrist ohnehin gilt.⁶⁵ Gleiches gilt für den Fall, dass die Zulassungsstelle in der Widerrufsverfügung auf die Verwendungsfrist hinweist, die bereits in der Pflanzenschutzmittelverordnung festgelegt worden ist.⁶⁶ Des massgebenden Verwaltungsrechtsverhältnisses unbesehen stellt die Widerrufsverfügung das (rechtsmittelfristauslösende) Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens dar, zumal gegen die bundesrätlichen Verordnungen die abstrakte Normenkontrolle nicht offensteht.⁶⁷

2. **Anerkennungsnorm und der Grundsatz der Gesetzmässigkeit**

Nachdem die Natur und der Umfang des Anerkennungsmechanismus geklärt sind, stellt sich die Frage nach der Gesetzmässigkeit des Mechanismus, da er nicht in einem formellen Gesetz, sondern auf Verordnungsstufe verankert ist. Der Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV muss mit dem übergeordneten Recht vereinbar sein, damit er Bestand hat.⁶⁸

a) **Pflanzenschutzmittelverordnung als Rechtsverordnung mit gesetzesvertretenden Normen**

Die Pflanzenschutzmittelverordnung regelt im Wesentlichen die Zulassung, die Einfuhr, das Inverkehrbringen und die Verwendung sowie die Kontrolle für Pflanzenschutzmittel.⁶⁹ Sie gestaltet somit das Verhältnis zwischen den zuständigen Behörden und den Privaten mit Blick auf den Umgang mit Pflanzenschutzmitteln,⁷⁰ weshalb es sich um eine (unselbständige) Rechtsverordnung handelt.⁷¹ Bei Art. 10 Abs. 1 PSMV liegt im Weiteren eine gesetzesvertretende

⁶⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung wäre der Widerruf der Bewilligung für das Inverkehrbringen nicht erforderlich. Die Bewilligungsinhaberin dürfte nach Ablauf der in der Verordnung verankerten Ausverkaufsfrist bzw. Frist für das Inverkehrbringen das entsprechende Pflanzenschutzmittel bereits kraft Verordnung nicht mehr in Verkehr bringen. Allerdings sieht Art. 29 Abs. 3 PSMV vor, dass die Zulassungsstelle die Bewilligung formell zu widerrufen hat.

⁶⁶ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 4.3.

⁶⁷ Vgl. Art. 189 Abs. 4 BV.

⁶⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV. Zur inzidenten (Geltungs-)Kontrolle siehe BRUNNER/ZOLLINGER, Rz. 12 und Rz. 17 ff.

⁶⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 PSMV.

⁷⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 PSMV.

⁷¹ Während sich Verwaltungsverordnungen „im Sinne einer generellen Dienstanweisung“ an die unter- oder übergeordnete Behörde nach Innen richtet, gestalten die Rechtsverord-

Verordnungsbestimmung vor, da der Verordnungsgeber – der Bundesrat – mit ihr die gesetzliche Regelung ergänzt.⁷² Die Ergänzung der gesetzlichen Regelung auf Verordnungsstufe, namentlich die Einführung eines Anerkennungsmechanismus wie ihn Art. 10 Abs. 1 PSMV vorsieht, ist zulässig, sofern das Gesetz den Verordnungsgeber hierzu ermächtigt.⁷³ Es ist demnach zu klären, ob der Gesetzgeber den Bundesrat sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht zur Einführung des Anerkennungsmechanismus hinreichend ermächtigt hat.⁷⁴

b) Delegationsnorm zur Einführung des Anerkennungsmechanismus

Wie aus dem Ingress der Pflanzenschutzmittelverordnung ersichtlich ist, stützt sich der Bundesrat für deren Erlass namentlich auf das Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz, ChemG, SR 813.1), das Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1) sowie das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01). Das Bundesgericht erachtet allerdings im Wesentlichen das Landwirtschaftsgesetz als die massgebende Grundlage für den Anerkennungsmechanismus, da dieses, wie sich sogleich ergibt, die einschlägigen Bestimmungen über das Zulassungs- und Widerrufsverfahren für Pflanzenschutzmittel enthält.⁷⁵

nungen das (Aussen-)Verhältnis zwischen den Behörden und den Privaten (vgl. BRUNNER/ZOLLINGER, Rz. 3; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1114 ff.; TSCHANNEN, Rz. 116 ff.). Die Pflanzenschutzmittelverordnung stützt sich im Wesentlichen auf das Chemikaliengesetz (SR 813.1), das Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1) und das Umweltschutzgesetz (SR 814.01), weswegen eine unselbständige Rechtsverordnung vorliegt (vgl. BRUNNER/ZOLLINGER, Rz. 4).

⁷² Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 4.4; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 2C_854/2021 und 2C_855/2021 vom 29. November 2022 E. 5.2.1. Zu den Vollziehungsverordnungen, die die gesetzlichen Bestimmungen ausführen, aber nicht erweitern, abändern oder ergänzen können, siehe BGE 142 II 451 E. 5.2.7.1, BGE 139 II 460 E. 2.2 oder BGE 136 I 29 E. 3.3. Zu den vollziehenden und gesetzvertretenden Verordnungen im Allgemeinen siehe TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 311 ff.

⁷³ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 164 Abs. 2 BV; BGer 2C_854/2021 und 2C_855/2021 E. 5.2.1.

⁷⁴ Vgl. auch BRUNNER/ZOLLINGER, Rz. 15.

⁷⁵ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 5.2.

Die Pflanzenschutzmittel gelten laut Art. 158 Abs. 1 LwG als Produktionsmittel, da sie der landwirtschaftlichen Produktion dienen.⁷⁶ Sämtliche Produktionsmittel müssen die materiellen Grundsatzanforderungen von Art. 159 Abs. 1 LwG erfüllen, damit sie eingeführt oder in Verkehr gebracht werden dürfen. Für die Überprüfung der materiellen Anforderungen kann der Bundesrat die Einfuhr und das Inverkehrbringen von Produktionsmitteln gemäss Art. 160 Abs. 2 lit. a LwG einer Zulassungspflicht unterstellen, was er mit Bezug auf die Pflanzenschutzmittel gemacht hat.⁷⁷ Das Landwirtschaftsgesetz ermächtigt den Bundesrat im Weiteren, das Zulassungsverfahren zu regeln.⁷⁸ Besondere Vorgaben an das Zulassungsverfahren machen Art. 160 Abs. 6 LwG sowie Art. 160a LwG. Ausländische Zulassungen oder deren Widerruf sowie ausländische Prüfberichte und Konformitätsbescheinigungen, die auf gleichwertigen Anforderungen beruhen, werden laut Art. 160 Abs. 6 LwG anerkannt, soweit die agronomischen und umweltrelevanten Bedingungen für den Einsatz der Produktionsmittel vergleichbar sind.⁷⁹ Überdies bestimmt Art. 160a LwG, dass die Pflanzenschutzmittel, die in der EU rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind,⁸⁰ in der Schweiz in Verkehr gebracht werden dürfen. Bei Gefährdung öffentlicher Interessen kann der Bundesrat Einfuhr und Inverkehrbringen beschränken oder untersagen.

Im Lichte der genannten Regelungen des Landwirtschaftsgesetzes wird ohne Weiteres ersichtlich, dass der Bundesrat zum Erlass von Art. 10 Abs. 1 PSMV formell zuständig ist und mit der Einführung des Anerkennungsmechanismus in materieller Hinsicht „seine Bindung an die Delegationsnorm mit Rücksicht auf ihren Wortlaut, ihre Tragweite sowie den Sinn und Zweck“ gewahrt hat.⁸¹ Soweit Art. 160a LwG die Anerkennung von Verwaltungsakten der EU nicht geradezu vorschreibt, so ist der Bundesrat laut Art. 160 Abs. 6 LwG zumindest gehalten, die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln oder Wirkstoffen sowie deren Widerruf anzuerkennen, soweit in der EU gleichwertige Anforderungen

⁷⁶ Vgl. auch BGE 144 II 218 E. 3.3 mit Hinweis auf Art. 4 lit. e ChemG.

⁷⁷ Vgl. Art. 14 PSMV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. i PSMV, wonach die „Einfuhr [...] ein Inverkehrbringen im Sinne dieser Verordnung“ ist.

⁷⁸ Vgl. Art. 160 Abs. 1 LwG.

⁷⁹ Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen (vgl. Art. 160 Abs. 6 Satz 2 LwG).

⁸⁰ Art. 160a LwG bezieht sich auf den räumlichen Geltungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (SR 0.916.026.81). Zum räumlichen Geltungsbereich siehe Art. 16 des Abkommens.

⁸¹ BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 5.5.

bestehen.⁸² Dies entspricht dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers.⁸³

c) Subdelegation im Anerkennungsmechanismus

Der Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV enthält im Weiteren eine Subdelegation, denn der Bundesrat streicht einen Wirkstoff nicht selbst aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung, sondern ermächtigt hierzu das EDI. Im Gegensatz zur in Art. 164 Abs. 2 BV vorgesehenen Möglichkeit, wonach der Gesetzgeber seine Rechtssetzungsbefugnisse an den Bundesrat delegieren kann, ist die Subdelegation, mit welcher der Bundesrat eine an ihn übertragene Befugnis weiterdelegiert, in der Bundesverfassung nicht geregelt.⁸⁴ Allerdings räumt der Gesetzgeber in Art. 48 Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) dem Bundesrat die ausdrückliche Kompetenz ein, die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen auf die Departemente zu übertragen. Dabei hat der Bundesrat die Tragweite der Rechtssätze zu berücksichtigen.⁸⁵ Dementsprechend ist die Subdelegation, mit der der Bundesrat das EDI zur Streichung von Wirkstoffen aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung und zur Festlegung der Fristen – und damit zur Verordnungsänderung – ermächtigt, mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit vereinbar. Die bereits erwähnten Änderungen der Pflanzenschutzmittelverordnung vom 17. Mai 2021⁸⁶ zwecks Einführung von Art. 86f PSMV (Wirkstoff Mancozeb) sowie vom 31. Mai 2022⁸⁷ zwecks Einführung von Art. 86h PSMV (Wirkstoff Indoxacarb) fallen daher in die Zuständigkeit des EDI.

⁸² Die Voraussetzungen für die Genehmigung eines Wirkstoffs respektive die Anforderungen an die genehmigten Wirkstoffe sind in der EU und in der Schweiz im Wesentlichen deckungsgleich (vgl. Art. 4 PSMV; Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009). Daher ist von „gleichwertigen Anforderungen“ im Sinne von Art. 160 Abs. 6 LwG auszugehen.

⁸³ Vgl. Botschaft vom 29. Mai 2002 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007), Teil I: Teilrevision des Landwirtschaftsgesetzes (LwG), BBl 2002 4727 ff., 4843; vgl. auch Botschaft vom 17. Mai 2006 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2011), BBl 2006 6337 ff., 6379 f.

⁸⁴ Vgl. BGE 141 II 169 E. 3.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_733/2020 vom 15. März 2021 E. 4.3.2.

⁸⁵ Demgegenüber ist eine Übertragung der Rechtsetzung auf Gruppen und Ämter nur zulässig, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss dazu ermächtigt (vgl. Art. 48 Abs. 2 RVOG).

⁸⁶ Vgl. AS 2021 321 ff., 1 f.

⁸⁷ Vgl. AS 2022 338 ff., 1.

d) Zwischenergebnis

Dass sich der auf Verordnungsstufe eingeführte Anerkennungsmechanismus mit dem übergeordneten Recht als vereinbar erweist, ist vor allem der klar formulierten formell-gesetzlichen Delegationsnormen geschuldet.⁸⁸ In der Praxis ist die Gesetzmässigkeit einer Verordnungsbestimmung regelmässig nicht derart offenkundig, sodass mittels Auslegung die Vereinbarkeit des Verordnungsrechts mit der Delegationsnorm als übergeordnetes Recht zu ermitteln ist.⁸⁹ Vorliegend ergibt sich die Gesetzmässigkeit des Anerkennungsmechanismus (ausnahmsweise) bereits aus dem klaren Wortlaut von Art. 160 Abs. 6 LwG und Art. 160a LwG.⁹⁰ Angesichts des Umfangs des Anerkennungsmechanismus, aus dem – wie gerade noch zu zeigen sein wird – ein beschränkter Rechtsschutz resultiert, ist es zu begrüssen, dass die getroffene Regelung dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit klar standhält.

3. Anerkennungsmechanismus und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Während die Prüfung des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes in eine allgemeine, vom spezifischen Einzelfall losgelöste Geltungskontrolle der Anerkennungsnorm mündet, bezieht sich der im Folgenden zu betrachtende Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf die konkrete Anwendung des Anerkennungsmechanismus.⁹¹ Wie zu zeigen sein wird, kommt der Prüfung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes aufgrund des Umfangs des Anerkennungsmechanismus allerdings nur noch eine beschränkte Tragweite zu.⁹²

⁸⁸ Vgl. Art. 160 f. LwG.

⁸⁹ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 2C_254/2021 vom 27. September 2021 E. 6.3; BGer 2C_733/2020 E. 4.3.3–4.3.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_765/2020 vom 14. Januar 2021 E. 5.4.1–5.4.5; vgl. auch KOCHER, Rz. 489, der in diesem Zusammenhang zu Recht von einer „Doppelauslegung“ spricht.

⁹⁰ Zur häufigen „Unzulänglichkeit des grammatikalischen Auslegungselements“ siehe BRUNNER/ZOLLINGER, Rz. 19 ff. Zum pragmatischen Methodenpluralismus siehe den Unterschied zwischen BGE 145 II 270 E. 4.1 und BGE 144 III 100 E. 5.2. Zur Kritik an der „Methodenbeliebigkeit“, den das Bundesgericht zu pflegen schient, siehe STADELMANN, 690 ff.

⁹¹ Vgl. auch BRUNNER/ZOLLINGER, Rz. 12 und Rz. 18 i.F.

⁹² Zur Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit siehe BGE 148 II 475 E. 5 und BGE 148 II 392 E. 8.2 oder MÜLLER, 27 ff.

a) Interessenabwägung in der gesetzlichen Grundlage und verhältnismässiges Übergangsrecht

Nach Art. 5 Abs. 2 BV gilt, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss. Ausgangspunkt der vorliegenden Verhältnismässigkeitsprüfung bildet allerdings zunächst die Erkenntnis, dass der Anerkennungsmechanismus nach der hier vertretenen Ansicht das EDI dazu anhält, den im Ausland ermittelten Sachverhalt sowie die rechtliche Würdigung und die Rechtsfolgen des ausländischen Verwaltungsakts zu übernehmen.⁹³ Vor diesem Hintergrund erscheint der Spielraum zur verhältnismässigen Anwendung von Art. 10 Abs. 1 PSMV beschränkt. Dieser Umstand dürfte in erster Linie darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber in Art. 160 Abs. 6 LwG und Art. 160a LwG sowie der Bundesrat in Art. 10 Abs. 1 PSMV die massgebende Interessenabwägung weitgehend vorwegnimmt. Mit der Anerkennung des ausländischen Verwaltungsakts und den (möglichst) gleichlaufenden Fristen soll nämlich verhindert werden, dass die Schweiz zum „Entsorgungshof“ für die in der EU nicht mehr zugelassenen Pflanzenschutzmittel wird.⁹⁴ Entsprechend wird mittels „autonome[r] Anpassung“ eine Harmonisierung „der schweizerischen Gesetzgebung mit dem europäischen Recht“ angestrebt.⁹⁵ Dieses öffentliche Interesse gewichtet der Gesetzgeber und in der Folge der Bundesrat von vornherein höher als das private Interesse der Bewilligungsinhaberinnen an der Weitergeltung der Zulassungen zwecks Abbaus der Lagerbestände der Pflanzenschutzmittel. Diese Wertung in der Gesetz- und Verordnungsgebung nimmt die Antwort auf die Frage nach der Verhältnismässigkeit des konkreten Anwendungsfalls im Regelfall vorweg.

Die – im Ausnahmefall – erfolgreiche Berufung auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz in der Rechtsanwendung bedingt daher, dass im Einzelfall die Interessenabwägung entgegen der Annahme in der gesetzlichen Grundlage offenkundig zugunsten des privaten Interesses ausfällt. Dies trifft namentlich in Konstellationen zu, in denen die staatlichen Massnahmen in keiner Weise dringlich erscheinen.⁹⁶ Allerdings verhindert der Verhältnismässigkeitsgrundsatz diesfalls nicht die Streichung des Wirkstoffs, da Art. 10 Abs. 1 PSMV diese Massnahme von Gesetzes wegen „automatisch“ verlangt.⁹⁷ Vielmehr ist die zu-

⁹³ Zum Umfang des Anerkennungsmechanismus siehe oben, [III.1.c](#).

⁹⁴ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 6.3.3; BVer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4.4.3.

⁹⁵ BLW, 89.

⁹⁶ Vgl. BVer B-3969/2021 E. 13.9.6.

⁹⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 1 PSMV i.V.m. Art. 160 Abs. 6 LwG und Art. 160a LwG.

ständige Behörde gehalten, die Ausverkaufs- und Verwendungsfristen unter Berücksichtigung der (fehlenden) Dringlichkeit in verhältnismässiger Weise festzusetzen. Zwar sieht der Bundesrat in Art. 10 Abs. 1 PSMV ebenso vor, dass das EDI „die gleichen Fristen“ festzulegen hat, wie sie in der EU gelten. Jedoch legt das Departement die Fristen mittels Übergangsbestimmungen fest. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollen Übergangsbestimmungen sicherstellen, dass das alte Recht noch während einer gewissen Zeit gilt, damit die getätigten Investitionen nicht umgehend nutzlos werden und sich die betroffenen Personen an die neue Regelung anpassen können.⁹⁸ Auch wenn die Übergangsfristen nicht dazu dienen, möglichst lange von der bisherigen Regelung zu profitieren, hat das EDI bei der Festlegung der Übergangsfristen diesen Überlegungen, die auch Ausfluss aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sind, Rechnung zu tragen.⁹⁹ In diesem Sinne ist das EDI verpflichtet, verhältnismässige Fristen festzulegen. Es steht ihm daher durchaus zu, ausnahmsweise länger als in der EU laufende Ausverkaufs- und Verwendungsfristen als mildere Massnahmen in den Ordnungsänderungen vorzusehen, wenn dies der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet.¹⁰⁰

b) Festlegung der verhältnismässigen Ausverkaufs- und Verwendungsfristen

Dem EDI kommt somit ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Festlegung der (verhältnismässigen) Ausverkaufs- und Verwendungsfristen zu. Dies ändert indes nichts am Umstand, dass das EDI im Grundsatz die Beurteilung der Verhältnismässigkeit – namentlich die Interessenabwägung – im Wesentlichen gestützt auf den im Ausland ermittelten Sachverhalt vornimmt.¹⁰¹

Im Fall des Wirkstoffs Indoxacarb legte das EDI die Ausverkauf- und Verwendungsfristen derart fest, dass für den Einsatz der Pflanzenschutzmittel mit diesem Wirkstoff keine Vegetationsperiode für den Abbau der Lagerbestände mehr zur Verfügung stand.¹⁰² Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht erachteten diese Fristen in Anbetracht der Dringlichkeit des Verbots des Inverkehrbringens und des Verwendens als verhältnismäs-

⁹⁸ Vgl. BGE 145 II 140 E. 4; 134 I 23 E. 7.6.1.

⁹⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 3 BV; BGE 134 I 23 E. 7.6.1; 130 I 26 E. 8.1.

¹⁰⁰ Zur detaillierten Auslegung von Art. 10 Abs. 1 PSMV mit Blick auf „die gleichen Fristen“ siehe BVGer B-3969/2021 E. 13.6.

¹⁰¹ Vgl. BVGer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4.3.2.

¹⁰² Vgl. Art. 86h PSMV; BGE 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 6.3.3.

sig.¹⁰³ Die (rechtliche) Beurteilung der Verhältnismässigkeit erfolgte im Wesentlichen gestützt auf die Beweggründe der Kommission in der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2021/2081 vom 26. November 2021, woraus sich die massgebenden Sachverhaltselemente – d.h. die ermittelten schädlichen Auswirkungen – ergaben.¹⁰⁴ Immerhin nahmen die Behörden eine Plausibilisierung des im Ausland ermittelten Sachverhalts vor, indem sie auf gewisse inländische Feststellungen und Erhebungen verwiesen.¹⁰⁵ Neben der Geeignetheit und der Notwendigkeit der entsprechenden Fristen berücksichtigten die Gerichte mit Blick auf die Zumutbarkeit den Umstand, dass die Bewilligungsinhaberin die Pflanzenschutzmittel auch in der EU vertrieb. Infolgedessen wurde von der Bewilligungsinhaberin verlangt, dass sie den (inländischen) Widerruf der Bewilligung für das Inverkehrbringen der Pflanzenschutzmittel in Kenntnis des Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV antizipierte und infolgedessen die Produktion reduzierte oder einstellte, um die Lagerbestände vorab abzubauen.¹⁰⁶

Eine andere Ausgangslage bestand demgegenüber bei der Streichung des Wirkstoffs Epoxiconazol.¹⁰⁷ Dort hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, es sei „nicht erkennbar, dass eine unannehmbare Gefährdung für Mensch, Tier oder Umwelt vorliegt, welche ein möglichst rasches Verwendungsverbot von Pflanzenschutzmitteln mit diesem Wirkstoff gemäss Art. 67 PSMV gebieten würde“.¹⁰⁸ Wenn sich aus dem ausländischen Verwaltungsakt keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte ergeben, dass ein Verbot dringlich erscheint, ist es folgerichtig, dies der zuständigen Behörde anzulasten, da der Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV nichts an der subjektiven und objektiven Beweislast verändert.¹⁰⁹ Das EDI ist für den Nachweis, dass die

¹⁰³ Vgl. BVGer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4; BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 6.

¹⁰⁴ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 6.2.2; BVGer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4.3.2.

¹⁰⁵ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 6.2.3 mit Hinweis auf den Bericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 19. August 2019, Das Insektensterben stoppen – eine Auslegeordnung zuhanden der UREK-N, Ursachen, Handlungsbedarf, Massnahmen; vgl. auch BVGer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4.3.2 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁶ Vgl. BGer 2C_1034/2022 und 2C_1035/2022 E. 6.3.2; BVGer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4.4.3.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 86f PSMV.

¹⁰⁸ BVGer B-3969/2021 E. 13.9.6.

¹⁰⁹ Zum Verhältnis zwischen dem Untersuchungsgrundsatz und der subjektiven sowie objektiven Beweislast siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_387/2021 vom 4. November 2021 E. 7.3.1.

von ihm verordneten Fristen verhältnismässig sind, subjektiv beweibelastet. Es hätte mangels hinreichender ausländischer Tatsachenfeststellungen selbst Ermittlungen tätigen müssen, um allfällige schädliche Auswirkungen nachzuweisen, die ein dringliches Verbot notwendig erscheinen liessen.¹¹⁰ Da dem nicht so war, gewichtete das Gericht das private Interesse der Bewilligungsinhaberin am Abbau der Lagerbestände von Pflanzenschutzmitteln mit dem Wirkstoff Epoxiconazol höher als das öffentliche Interesse am möglichst zeitnahen Verbot des Inverkehrbringens und des Verwendens dieser Pflanzenschutzmittel.¹¹¹

c) Ermessensausübung im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 PSMV

Während die Festlegung der Ausverkaufs- und Verwendungsfristen im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu prüfen sind, betrifft die in Art. 10 Abs. 2 PSMV verankerte Möglichkeit, dass das EDI auf die Streichung des Wirkstoffs aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung verzichtet, obwohl ein entsprechender ausländischer Verwaltungsakt vorliegt, die Ausübung von Verwaltungsermessen. Art. 10 Abs. 2 PSMV sieht vor, dass das EDI einen Wirkstoff im Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung belassen kann, wenn für eine Verwendung keine Alternative für die Bekämpfung eines Schadorganismus besteht und der Wirkstoff bei vorschriftsgemässer Verwendung keine schädliche Auswirkung auf die menschliche Gesundheit hat. Zwar impliziert die Kann-Bestimmung nicht in jedem Fall einen Ermessenspielraum.¹¹² Indessen räumt Art. 10 Abs. 2 PSMV nach der hier vertretenen Ansicht dem EDI klarerweise ein Ermessen ein, da es selbst bei Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen (keine Alternative für die Bekämpfung eines Schadorganismus sowie keine schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit) nicht auf die Streichung des Wirkstoffs verzichten muss. Die Ausübung von Verwaltungsermessen betrifft indes die Frage der Angemessenheit und entzieht sich gewissermassen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit,¹¹³ soweit das Ermessen pflichtgemäss ausgeübt wird.¹¹⁴ Diese Unterscheidung ist

¹¹⁰ Vgl. auch Art. 8 PSMV.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE B-3969/2021 E. 13.9.7.

¹¹² Vgl. BGE 129 V 226 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_711/2022 vom 9. Dezember 2022 E. 1.3.2.

¹¹³ Vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3; MÜLLER, 91 ff.

¹¹⁴ Zum Ermessensmissbrauch als eine Form der nicht pflichtgemässen Ausübung des Ermessens siehe anstelle vieler BGE 147 V 194 E. 6.3 oder BGE 98 V 129 E. 2. Vgl. auch SCHINDLER, Rz. 198, „wonach Ermessensmissbrauch und Willkür weitgehend ineinander aufgehen“, und

zumindest im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren von untergeordneter Bedeutung, da das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich auch eine Angemessenheitskontrolle vornehmen kann.¹¹⁵

Der Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 2 PSMV dürfte im Übrigen aber beschränkt sein: Ein Wirkstoff wird aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung insbesondere gestrichen, wenn schädliche Auswirkungen der Rückstände auf die Gesundheit von Menschen oder Tieren nachgewiesen werden.¹¹⁶ In der Regel dürfte der Nachweis einer schädlichen Auswirkung auf die Gesundheit von Tieren auch eine solche auf die Gesundheit von Menschen implizieren. An die gegenteilige Annahme sind im Lichte des in Art. 1 Abs. 2 USG, Art. 148a LwG und Art. 1 Abs. 4 PSMV verankerten Vorsorgeprinzips jedenfalls hohe Anforderungen zu stellen. Vor diesem Hintergrund dürfte nur in sehr wenigen Fällen eine schädliche Auswirkung auf die Gesundheit von Tieren vorliegen, während eine schädliche Auswirkung auf die Gesundheit von Menschen zu verneinen ist.

d) Zwischenergebnis

Nach dem Dargelegten zeigt sich, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der konkreten Anwendung des Anerkennungsmechanismus nur noch eine bescheidene Rolle zukommt. Dieser Umstand ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass bereits in der gesetzlichen Grundlage von Art. 10 Abs. 1 PSMV – in Art. 160 Abs. 6 LwG sowie in Art. 160a LwG – der Gesetzgeber eine Interessenabwägung verankert hat, die dem öffentlichen Interesse an einer möglichst mit der EU harmonisierten Handhabung der genehmigten Wirkstoffe Vorrang einräumt. Setzt das EDI die gleichen Ausverkaufs- und Verwendungsfristen fest, wie sie in der EU gelten, trägt es dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz bereits von Gesetzes wegen Rechnung. Längere Fristen drängen sich nur im Ausnahmefall auf, sodass das EDI grundsätzlich gehalten ist, auf eine zeitnahe Umsetzung der Anerkennung zu achten.¹¹⁷

Rz. 267. Zur Sinnhaftigkeit der Kategorien der Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung siehe SCHINDLER, Rz. 222 und Rz. 268 f. sowie RHINOW, 93 ff.

¹¹⁵ Vgl. Art. 31 VGG i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG.

¹¹⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 PSMV i.V.m. Ziff. 3 Anhang 2 der Pflanzenschutzmittelverordnung.

¹¹⁷ Vgl. BVGer B-3860/2022 und B-3862/2022 E. 3.4.4.3 i.f., wonach „kein Grund ersichtlich [ist], weshalb die Umsetzungsfristen in der Schweiz gegenüber dem EU-Rechtssetzungsprozess derart verzögert sind“.

IV. Würdigung

Wie im allgemeinen Teil zu den transnationalen Verwaltungsakten dargelegt, sollen mit der Anerkennung von ausländischen Verwaltungsakten namentlich parallele Verfahren verhindert werden. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen, da die schweizerischen Behörden ansonsten ein gleichartiges Verwaltungungsverfahren zwecks Evaluation von genehmigten Wirkstoffen durchzuführen hätten, obwohl ein solches bereits im Ausland stattfindet. Da in diesem Rahmen regelmässig auf dieselben Studien und Erkenntnisse abzustützen ist, lassen sich somit Doppelspurigkeiten vermeiden. Die Effizienzüberlegungen sprechen daher dafür, gleichwertige ausländische Wirkstoffstreichungsverfahren sowie deren Ergebnisse (Risikobeurteilungen) in der Schweiz anzuerkennen, so wie dies die Regelung in Art. 10 Abs. 1 PSMV vorsieht.

Allerdings ist zu beachten, dass dieser Effizienzgewinn auf Kosten eines umfassenden Rechtsschutzes geht. Auch wenn der Anerkennungsmechanismus von Art. 10 Abs. 1 PSMV lediglich einen unechten transnationalen Verwaltungsakt darstellt, anerkennen und übernehmen die Schweizer Behörden dennoch den im europäischen Verfahren ermittelten Sachverhalt, die von der Kommission vorgenommene rechtliche Beurteilung sowie die Rechtsfolgen der europäischen Referenzentscheidung. Die Bewilligungsinhaberinnen von in der Schweiz zugelassenen Pflanzenschutzmitteln haben angesichts des Anerkennungsmechanismus bereits im ausländischen Verfahren, soweit prozessual möglich, mitzuwirken, damit sie beim autonomen Nachvollzug durch das EDI nicht „vor vollendete Tatsachen“ gestellt sind. Dass die Schweizer Behörden vom entsprechenden ausländischen Verwaltungsakt abweichen, ist ferner nur in Ausnahmefällen denkbar. Dies betrifft namentlich Fälle ohne Dringlichkeit, wobei diesfalls nur längere als in der EU geltende Ausverkaufs- und Verwendungsfristen infrage kommen. Dagegen ändert sich – mit Ausnahme des Anwendungsbereichs von Art. 10 Abs. 2 PSMV – auch dann an der Streichung des Wirkstoffs aus dem Anhang 1 der Pflanzenschutzmittelverordnung als „automatische“ Rechtsfolge nichts.

Als Korrektiv zum transnationalen Mechanismus, gegen den nur ein „zahnloser“ Rechtsschutz besteht, ist es deshalb von elementarer Bedeutung, dass sich die gesetzliche Grundlage des Anerkennungsmechanismus – wie vorliegend mit Art. 160 Abs. 6 LwG und Art. 160a LwG – ohne Weiteres als rechtsgenügend erweist. Überdies bleibt es wünschenswert, dass die zuständigen Behörden und Gerichte den im Ausland ermittelten Sachverhalt zumindest plausibilisieren und die rechtliche Beurteilung verifizieren, um die Akzeptanz des Anerkennungsmechanismus zu stärken.

Literaturverzeichnis

- BREINING-KAUFMANN CHRISTINE, Internationales Verwaltungsrecht, ZSR 125 (2006) II, 5–73.
- BRUNNER ARTHUR/ZOLLINGER MARCO, Die richterliche Überprüfung von Rechtsverordnungen, Le-Ges 32 (2021) 2.
- BUNDESAMT FÜR LANDWIRTSCHAFT BLW, Vernehmlassung vom 3. Februar 2020, Landwirtschaftliches Verordnungspaket 2020, <https://www.blw.admin.ch/blw/de/home/politik/agrarpolitik/agrarpakete-aktuell/verordnungspaket_2020.html>.
- KOCHER MARTIN, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen, Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien, Bern 2018.
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013.
- OHLEH CHRISTOPH, Europäisches und nationales Verwaltungsrecht, in: Terhechte Jörg Philipp (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. A., Baden-Baden 2022, 361–383.
- RHINOW RENÉ, Recht im politischen Prozess, Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat, Basel 2017.
- SALADIN PETER, Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basel 1960.
- SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsmessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010.
- SIEGEL THORSTEN, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalen (Verwaltungs-)Recht, Tübingen 2012.
- STADELMANN THOMAS, Vorverständnis, Ergebnisorientierung und Methodik der Entscheidungsfindung, Ein Beitrag zur Rechtsprechungslehre, in: Ordre Romand des Experts Fiscaux Diplomés (Hrsg.), Au carrefour des contributions, Mélanges de droit fiscal en l'honneur de Monsieur le Juge Pascal Mollard, Bern 2020, 663–715.
- TSCHANNEN PIERRE, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022.

RISIKO RECHT

1. Jahrgang

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Tilmann Altwicker, Universität Zürich;
PD Dr. Goran Seferovic, Rechtsanwalt, ZHAW School of Management and Law;
Prof. Dr. Franziska Sprecher, Universität Bern;
Prof. Dr. Stefan Vogel, Rechtsanwalt, Flughafen Zürich AG/Universität Zürich;
Dr. Sven Zimmerlin, Oberjurgendanwaltschaft des Kantons Zürich/Universität Zürich.

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt, Zürich;
Dr. iur. Gregor Chatton, Juge au Tribunal administratif fédéral, Chargé de cours à l'Université de Lausanne;
Prof. Dr. Alexandre Flückiger, Professeur ordinaire de droit public, Université de Genève;
Prof. Dr. iur. Regina Kiener, em. Ordinaria für Staats-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht, Universität Zürich;
Prof. Dr. iur. Andreas Lienhard, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Bern;
Prof. Dr. iur. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht, Universität Bern;
Dr. iur. Reto Müller, Dozent ZHAW, Lehrbeauftragter an der Universität Basel und an der ETH Zürich;
Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, Ordinarius für Öffentliches Recht, Universität St. Gallen;
Dr. Jürg Marcel Tiefenthal, Richter, Bundesverwaltungsgericht St. Gallen, Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und St. Gallen.

REDAKTION

Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt /
MLaw Sophie Tschalèr
Europa Institut an der Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich
Schweiz

URheberrechte

Alle Beiträge in diesem Open Access-Journal werden unter den Creative Commons-Lizenzen CC BY-NC-ND veröffentlicht.

ERScheinungsweise

R&R – Risiko & Recht erscheint dreimal jährlich online. Die Ausgaben werden zeitgleich im Wege des print on demand veröffentlicht; sie können auf der Verlagswebseite (www.eizpublishing.ch) sowie im Buchhandel bestellt werden.

ZITIERweise

R&R, Ausgabe 1/2023, ...

KONTAKT

EIZ Publishing
c/o Europa Institut an der Universität Zürich
Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt
Hirschengraben 56
8001 Zürich
Schweiz
eiz@eiz.uzh.ch

ISSN

2813-7841 (Print)
2813-785X (Online)

ISBN:

978-3-03805-636-2 (Print – Softcover)
978-3-03805-637-9 (PDF)
978-3-03805-638-6 (ePub)

VERSION

1.01-20231129

DOI

Zeitschrift: <https://doi.org/10.36862/eiz-rrz01>
Ausgabe: <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202302>
HANSJÖRG SEILER, Individualrisiko und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft und im Recht, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202302-01>
ARTHUR BRUNNER / MATTHIAS KRADOLFER, Legistische Herausforderungen im Polizeirecht, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202302-02>
PATRICE MARTIN ZUMSTEG, Kantonales Bedrohungsmanagement und Terrorismusbekämpfung nach revidiertem BWIS, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202302-03>
MARCO ZOLLINGER, Übernahme von Risikobeurteilungen im Rahmen von transnationalen Verwaltungsakten, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202302-04>

RISIKO
RECHT

EIZ  Publishing

Herausgeber:

Prof. Dr. Tilmann Altwicker

PD Dr. Goran Seferovic

Prof. Dr. Franziska Sprecher

Prof. Dr. Stefan Vogel

Dr. Sven Zimmerlin

RISIKO & RECHT

AUSGABE 02 / 2023

RECHT
RECHT