

Markus H.F. Mohler / Rainer J. Schweizer

Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht – sicherheitsrechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit dem sicherheitspolitischen Bericht

An seiner Sitzung vom 21. Oktober 2009 hat der Bundesrat beschlossen, der sicherheitspolitische Bericht sei von einer interdepartementalen Arbeitsgruppe auszuarbeiten. Dabei sei u.a. auch das Thema des Sicherheitsverbundes im Innern zu vertiefen. Dieser Bundesratsbeschluss trägt der derzeit unübersichtlichen und teilweise verfassungswidrigen Rechtslage hinsichtlich der Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben Rechnung. Nach Auffassung der Autoren stellen in erster Linie das Subsidiaritätsprinzip und, als ein Ausfluss davon, die bundesstaatliche Aufgabengliederung besondere Herausforderungen dar. In einem ersten Beitrag werden die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit dem Sicherheitsverbund im Innern unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzip näher beleuchtet.

Rechtsgebiet(e): Staatsorganisation und Behörden; Bund und Kantone; Grundrechte; Verwaltungsrecht; Polizei- und Ordnungsrecht

Zitiervorschlag: Markus H.F. Mohler / Rainer J. Schweizer, Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht – sicherheitsrechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit dem sicherheitspolitischen Bericht, in: Jusletter 7. Dezember 2009

Inhaltsübersicht

1. Einleitende Bemerkungen
2. Generelle Hinweise zum schweizerischen Subsidiaritätsprinzip im sicherheitsrechtlichen Kontext
3. Zu den einzelnen Subsidiaritätsverhältnissen
 - 3.1 Zum Subsidiaritätsverhältnis zwischen den Einzelnen und dem Staat
 - 3.2 Verbands- und Organsubsidiarität im Bundesstaat
 - 3.2.1 Im Allgemeinen
 - 3.2.2 Organ- bzw. funktionale Subsidiarität der Armee gemäss Art. 58 Abs. 2 BV
 - 3.2.3 Sicherheitspolizeiliche Aufgabenübertragungen an das Grenzwachtkorps
4. Implizite Gesetzgebungskompetenzen des Bundes
5. Fazit

1. Einleitende Bemerkungen

[Rz 1] Politik und Recht sind untrennbar miteinander verbunden. Daher bedarf es im Zusammenhang mit der Gestaltung eines neuen sicherheitspolitischen Berichts auch eines Blickes auf die heutige Rechtslage. Einerseits gestaltet Politik Recht, umgekehrt hat sich jegliche Politik an das geltende Verfassungs- und Völkerrecht zu halten. Dieses ist Grundlage und Vorgabe ebenso wie Schranke (Art. 5 Abs. 1 BV). Das Recht wird durch die Politik konstituiert und zugleich bindet das Recht die Politik. Entsprechend hoch sind die Anforderungen an die Verfassungsinterpretation. Lassen sich veränderte oder neue politische Ziele nicht mit dem geltenden Verfassungsrecht verwirklichen, gebieten Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, vorweg den vorgegebenen Verfassungsrechtsetzungsprozess zu beschreiten.

[Rz 2] Die öffentliche Sicherheit, generell die Sicherheit des Landes nach innen und aussen, bedeutet im Kern einerseits die Sicherheit der Verfassungs- und der gesamten Rechtsordnung im Land, andererseits die Sicherheit der internationalen Friedens- und Völkerrechtsordnung unter den Staaten. Dementsprechend muss die Sicherheitspolitik klar, verlässlich, verfassungs- und völkerrechtskonform, rechtlich legitimiert und bestimmt sein.

[Rz 3] Sicherheitsrecht und Sicherheitspolitik befassen sich mit einer ursprünglichen und eigentlichen Kernaufgabe auch des heutigen Staates. Ihre Ziele sind die Gewalt- und Konfliktvermeidung sowie der Schutz vor Gefahren und Gefahrkombinationen unterschiedlichster Art. Sie haben sich insbesondere in kritischen Situationen zu bewähren. Daher sollen sie nicht selber widersprüchlich interpretiert werden können oder gar konfliktbeladen ausgestaltet sein. *Das Sicherheitsrecht muss auch in ausserordentlichen Lagen oder bei besonderer Dringlichkeit ein Höchstmass an verfassungskonformer Rechtssicherheit vermitteln.*¹

[Rz 4] Die heutige hochgradige Verletzlichkeit und die starke Abhängigkeit unseres Staates und unserer Wirtschaft von transnationalen und internationalen Entwicklungen verlangen

eine problemorientierte und zugleich weit gespannte, umfassende Rechtsentwicklung, die insbesondere die Grund- und Freiheitsrechte der Menschen verteidigt und vor vielfältigen Gefahren schützt: Allfällige für die Identifikation einer Mehrheit bisher wichtige Barrieren im geltenden Recht (wie allgemeine Wehr-/Dienstpflicht, Milizsystem; Formen der Sicherheitskooperation im Rahmen der UNO und OSZE sowie mit der EU u.a.m.) dürfen nicht dazu führen, dass das Überdenken grundlegender Positionen im rechtspolitischen Diskurs und das rechtskonforme Erreichen von Sicherheitszielen *a priori* unterlassen werden. Damit blockiert sich die Sicherheitspolitik selbst.

[Rz 5] Etwas Weiteres ist zu bedenken: Die Abwehr der derzeit als bedrohlichste Gefahren beurteilten organisierten Kriminalität und des Terrorismus kann mit Blick auf die Art der Bedrohungen und die Operationsweisen nur noch im internationalen Verbund gelingen. In Bezug auf die Rechtshilfe und die polizeiliche internationale Zusammenarbeit hat die Schweiz mit dem Europol-Abkommen² und dem Schengen-Assoziierungsabkommen³ die nötigen Schritte weitgehend unternommen.⁴ Der gerade im sicherheitspolitischen Kontext immer wichtiger werdende Aspekt der internationalen *Solidarität* allerdings bleibt mit Bezug auf andere polizeiliche und militärische Beiträge wegen der Verfassungs- und Gesetzeschranken hinter dem Mass dessen zurück, was die Schweiz als Mitglied der europäischen Völkergemeinschaft dieser eigentlich schuldet.⁵ Die Beiträge der Schweiz zu Polizeidienstleistungen an Brennpunkten (i.S. Friedensförderung) im Ausland sind gemessen mit denjenigen vergleichbarer Staaten Europas gering. Die Nachführung der Bundesverfassung reichte auch diesbezüglich nicht für die fällige, vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Fragen.⁶ Die gänzliche Veränderung der geopolitischen und geostrategischen Lage – nicht nur wegen des Zusammenbruchs der Sowjetunion und des Warschauerpaktes, sondern insbesondere wegen neuer dynamischer Entwicklungen im Kontext der Globalisierung – rufen nach umfassenden und vertieften Diskussionen der

¹ Vgl. dazu auch den EGMR-Entscheid vom 8. Okt. 2009 betr. die Anforderungen an die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel (12675/05, Gsell c. Suisse).

² SR 0.362.2.

³ SR 0.362.31 et al.

⁴ Dazu gehört auch eine Vielzahl bilateraler Abkommen über die polizeiliche Zusammenarbeit, namentlich zur Bekämpfung der Kriminalität, vgl. SR 0.360.123.1 bis 0.360.743.1.

⁵ Die Mitwirkung an der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen (FRONTEX; Verordnung (EG) 2007/2004 des Rates v. 26. Okt. 2004; ABI L 349/1 v. 25.11.2004, SR 0.362.380.018) und bei den Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke (RABIT; Verordnung (EG) 863/2007 des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 11. Juli. 2007; ABI L 199/30 v. 31.7.2007; SR 0.362.380.019) reichen für die Behebung dieser Situation nicht aus.

⁶ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2008 (im Folgenden: St. Galler Komm.), Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 5, Art. 57, Rz. 9; MARKUS H.F. MOHLER, Piratenbekämpfung auf hoher See – vorab ein Hindernislauf durch rechtliches Dickicht auf heimischem Boden, in: Jusletter 20. April 2009, Rz. 34 (vgl. zu dieser Thematik auch Kurzbeiträge auf www.recht-sicherheit.ch/polizeirecht.html).

gesamten Sicherheitspolitik und -strategie. Auch das muss zu entsprechenden Verfassungs- und Gesetzesnormen als Grundlagen für künftige internationale Polizeidienstleistungen führen. Andernfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Schweiz gelegentlich ihren grundrechtlichen Schutzpflichten für Personen in ihrem Zuständigkeits- bzw. Verantwortungsbereich, der sich über das eigene Territorium hinaus erstrecken kann,⁷ nicht mehr genügend nachkommen könnte.

[Rz 6] Die Sicherheitsverfassung der Bundesverfassung hat sich – wie die Literatur belegt⁸ – als sehr lückenhaft erwiesen, da zahlreiche offene Fragen bei der Revision von 1997 – 1999 unter dem Stichwort Nachführung nicht gelöst werden konnten. Dessen ungeachtet hat sich die Sicherheitsgesetzgebung des Bundes in den letzten Jahren enorm stark fortentwickelt und ausgedehnt, was in Praxis und Lehre zunehmend grundlegende verfassungsrechtliche Fragen aufwirft. In vielerlei Bezügen hat sich eine *verfassungswidrige Wirklichkeit* entwickelt.

[Rz 7] Notwendige einheitliche Regelungen finden umgekehrt an der tradierten bundesstaatlichen Kompetenzteilung oft eine nicht sachgerechte Grenze. Dies führte einerseits zu einer Intensivierung von Konkordatslösungen («Vierte Ebene»),⁹ die mit einer Verkürzung der parlamentarischen Gesetzgebungsrechte der Kantone einhergeht und jüngst auch erstmals deutlich kritisiert wird,¹⁰ andererseits zu mehrfach kritisierten, inkompatiblen bundesgesetzlichen Überlagerungen kantonaler Zuständigkeiten.

[Rz 8] Wiederholte Hinweise auf Begriffe wie «Verbundaufgaben» und «Sicherheit durch Kooperation» vermögen selbst unter Berufung auf Art. 57 Abs. 2 BV keine Bundeskompetenzen zu schaffen (vgl. unten, Rz. 20ff.). Auch die wohl im Sinne von Art. 43a BV angestrebten *einheitlichen Regelungen* wie bspw. mit dem Zwangsanwendungsgesetz¹¹ oder dem erneut in parlamentarischer Beratung begriffenen BG über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffent-

lichen Verkehr¹² werden durch das Nichtbeachten bestehender gesetzlicher Bestimmungen sowohl auf Bundes- wie auf Kantonsebene geradezu konterkariert (Näheres dazu unten, Rz. 37ff.). Es kann im Folgenden nicht auf alle erkannten Probleme eingegangen werden. Nachfolgend wollen wir anhand des (bundesstaatlichen) Subsidiaritätsprinzips indessen verschiedene dieser Problemfelder erläutern.

2. Generelle Hinweise zum schweizerischen Subsidiaritätsprinzip im sicherheitsrechtlichen Kontext

[Rz 9] Subsidiarität ist nach schweizerischem Recht als *Maxime* einerseits und *Prinzip* andererseits in *vierfacher* Hinsicht zu finden.¹³ Erstens wird das Verhältnis *zwischen den Einzelnen* («jede Person») bzw. *der Gesellschaft und dem «Staat»* in Art. 6 BV (und – komplementär – in Art. 41 Abs. 1 [Ingress] BV) quasi als *Maxime* angesprochen.¹⁴

[Rz 10] Das Subsidiaritätsprinzip als Element der *Bundesstaatlichkeit* und als staatspolitischer Pfeiler (*Verbandskompetenz*) findet, zweitens, seine Regelungen in Art. 3, 5a, 42, 43, 43a, 47 und 50 BV.¹⁵ Es macht den bundesstaatlichen Aufbau «von unten nach oben» deutlich.¹⁶

[Rz 11] Sodann untersteht die *Polizei i.S. der Exekutivpolizei*, d.h. als Kantons- oder Gemeindepolizei, dem *Subsidiaritätsprinzip* insofern, als ihr nicht eine primäre Alleinzuständigkeit

⁷ Das dem UNO Pakt II widersprechende Gefangenhalten zweier schweizerischer Staatsangehöriger seit fast anderthalb Jahren wegen eines angeblichen Formaldelikt (Visum) durch Libyen (Signatarstaat des UNO Pakts II) ist nur ein Beispiel. Es sind auch andere Situationen denkbar.

⁸ Vgl. statt vieler: GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, 3. Titel/2. Abschn. (S. 366), Rz. 1f. und Art. 57, Rz. 1f., 6, 8; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6), Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 9.

⁹ Siehe dazu einen später folgenden Beitrag in diesem Journal.

¹⁰ Im Zusammenhang mit dem Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 17. November 2007 (das die verfassungsrechtlich nicht gestützten Art. 24b, d, und e BWIS [SR 120] ablöst) wurde in den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt Kritik an der mangelnden parlamentarischen Gestaltungsmöglichkeit laut (vgl. Basler Zeitung v. 23.10.2009, 32).

¹¹ BG v. 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (SR 364; in Kraft seit 1.1.2009).

¹² BGST, Gesetzesentwurf der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates v. 3. November 2008 (Geschäft 09.473).

¹³ Ihren Ursprung hat die Subsidiarität im nachreformatorischen, calvinistischen Konzept des Gemeinwesens, das die *individuelle Eigenverantwortung* betont und dem Gemeinwesen nur überträgt, was der Unterstützung (subsidium) bedarf. Zudem sollen nach den gleichen Synodalbeschlüssen von Emden im Jahre 1571 Fragen auf der unterst möglichen Stufe des Gemeinwesens behandelt werden, vgl. ELWIN ROMBERG, 1571 Emdener Synode 1971, Beiträge zur Geschichte und zum 400jährigen Jubiläum, Neukirch 1973, 37f., 63ff.; PAUL RICHLI, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 1998 II 140-316, 157ff.

¹⁴ PETER HÄBERLE, St. Galler Komm. (FN 6) zu Art. 6, Rz. 13; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., 2009, Rz. 220 – 222, 2648ff.; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 6, Rz. 3.

¹⁵ Vgl. u.a.: RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6) zu Art. 3, Rz. 10f; RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, a.a.O. zu Art. 5a, Rz. 6 ff., SCHWEIZER, a.a.O. zu Art. 42, Rz. 9, zu Art. 43, Rz. 5f.; SCHWEIZER/MÜLLER, zu Art. 43a, Rz. 10ff.; REGULA KÄGI-DIENER, a.a.O. zu Art. 47, Rz. 9; RHINOW/SCHEFFER (FN 14), 595 – 597, 647; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007, § 2 Rz. 39; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Vorbem. Art. 42-135, Rz. 9, 19f., sowie JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich, Basel, Genf, 2003, zu den jeweiligen Artikeln; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, 2. Auflage, Bern 2006, Rz. 1720 ff. Kritik an den Subsidiaritätsartikeln äusserte v.a. RENÉ RHINOW, Bundesstaatsreform und Demokratie, Der Föderalismus aus politischer Sicht, in: René L. Frey (Hrsg.), Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, 63ff.

¹⁶ RHINOW/SCHEFFER, (FN 14), Rz. 686, 704, 706.

zur Gefahrenabwehr zukommt. Sie hat Interventionsbefugnisse nur, wenn die anderen gesetzlich zuständigen Behörden eine Gefahr überhaupt nicht (z.B. Naturereignisse) oder nicht rechtzeitig (rechtswidrige Handlungen) abzuwehren vermögen.¹⁷

[Rz 12] *Schliesslich besteht zwischen Polizei und Armee ein Subsidiaritätsverhältnis*: Dieses gründet auf einer quasi *doppelten Subsidiarität*.¹⁸ Zum einen sind im Sinne einer organisatorischen Subsidiarität solange als möglich *zivile* Sicherheits- und Ordnungskräfte primär der Kantone bzw. Gemeinden einzusetzen, die mit den örtlichen Verhältnissen vertraut sind (*courant normal*, Einheitlichkeit der Rechtsgrundlage) und die der nahen politisch-demokratischen Aufsicht sowie der einheitlichen, justiziellen Kontrollen unterstehen (zweifelsfreie Rechtsweggarantie, einheitlicher Rechtsmittelweg). Zum andern ist das Gros der Armee für polizeiliche Aufgaben bzw. *Funktionen* weder genügend ausgebildet noch richtig ausgerüstet und auch nicht zweckmässig organisiert. Die Armee muss gegenüber den Polizeikörpern im Einsatz ihre funktionale Subsidiarität beachten. Dieser letzte Punkt ist im Rahmen des *Verhältnismässigkeitsprinzips* von besonderer Bedeutung.¹⁹

3. Zu den einzelnen Subsidiaritätsverhältnissen

3.1 Zum Subsidiaritätsverhältnis zwischen den Einzelnen und dem Staat

[Rz 13] In Bezug auf die grundlegende Maxime der Subsidiarität zwischen dem Gemeinwesen und den Einzelnen bzw. der Gesellschaft ergibt sich eine gewisse Spannung mit dem *Gewaltmonopol* des Staates. Dieses ist allerdings Wesensmerkmal und Attribut des Rechtsstaates, unverzichtbare Aufgabe und Funktion zur Wahrung des friedlichen Zusammenlebens, der öffentlichen Sicherheit, mithin der Bewahrung der individuellen Grund- und Freiheitsrechte.²⁰ Das

Gewaltmonopol gehört zum *materiellen Verfassungsrecht*.²¹ Die Wahrnehmung der *Eigenverantwortung* beschränkt sich in diesem Zusammenhang auf das *Notwehr- und Notstandsrecht* (Art. 15 – 18 StGB), die *Abwehr einer Besitzesstörung* (Art. 926 ZGB) und gegebenenfalls die strafprozessrechtlichen *Jedermannsrechte* (vgl. Art. 218 der künftigen StPO).²²

[Rz 14] Umgekehrt haben die Privaten vorab in ihren Räumen selber für Sicherheit und Ordnung zu sorgen, soweit sie dies – ausser in Notwehr- und Notstandssituationen – ohne Gewaltanwendung zu tun in der Lage sind. An dieser Schnittstelle zeigen sich die Umsetzungsprobleme dieser polizeilichen Subsidiarität bei Massenveranstaltungen auf privatem Grund wie bspw. Sportveranstaltungen in Stadien.

[Rz 15] Daran knüpft auch eine der Kostenfragen an, sofern Polizeikräfte präventiv, also vor der Notwendigkeit der Anwendung unmittelbaren Zwanges zur Gefahrenabwehr, im privaten Raum tätig werden sollen.

3.2 Verbands- und Organsubsidiarität im Bundesstaat

3.2.1 Im Allgemeinen

[Rz 16] Das *bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip* ist in letzter Zeit besonders im Sicherheits- und Ordnungsbereich deutlichen Veränderungen und Strapazierungen unterworfen. Das hängt mit dem Wandel des Charakters von Gefahren und mit deren Interpretationen durch Bundesrat und Bundesverwaltung, aber mindestens so sehr, ja ausgeprägt mit zu geringen Polizeibeständen in den Kantonen zusammen.

[Rz 17] Mit der Abnahme der Gefahr eines «konventionellen» Krieges wurde der Aufgabenbereich der Armee auf Grund einer «Erweiterung und Verschiebung des Gefahrenspektrums»²³ in die polizeiliche Domäne ausgeweitet (subsidiäre Sicherungseinsätze, «Raumsicherung»). Hier liegt eine erste mit diesem Subsidiaritätsprinzip (vgl. Art. 67 Abs. 2 MG) verbundene Problematik.

[Rz 18] Das neue Zollgesetz sieht neu vor, dass das Grenzwachtkorps nicht nur im Grenzraum sicherheitspolizeiliche Aufgaben wahrnehmen solle, sondern auf Grund von Einzelverträgen mit Grenzkantonen auch ausserhalb des Grenzraums neben der zuständigen Kantonspolizei sicherheitspolizeiliche Funktionen ausüben dürfe. Damit setzt sich eine Exekutivpolizei des Bundes über den Subsidiaritätsgrundsatz

¹⁷ HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, 55.

¹⁸ SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6). zu Art. 57, Rz. 15, und zu Art. 58, Rz. 16ff.

¹⁹ AUBERT/MAHON (FN 15), Art. 15 Rz. 12 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Pierre-Henri Bolle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpach, Basel, Genf, München, 2000, 5.

²⁰ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, in: Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 46, Basel 2007, S. 15f., 19 sowie 3 ff., m.w.N.; MARKUS H.F. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, 2008, Beitrag J, Rz. 36ff., 43ff., 69; SALADIN, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984, 151ff. Zur Entwicklungsgeschichte des Gewaltmonopols: HANS-JÜRGEN BECKER, Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers, in: NJW 1995/12, 2077ff.; MICHAEL GUERY, Die Privatisierung der Sicherheit und ihre rechtlichen Grenzen, in: ZBJV, Bd. 42 2006/4, 273ff., 295; PHILIPP

RAUBER, Rechtliche Grundlage der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Diss. Basel, 2006, 93ff.

²¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 20), 13.

²² BBl 2007 6977 (SR 312.0). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass dieses Festhalterrecht (vorläufige Festnahme) nur bei Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Übertretungen rechtmässig ist.

²³ Botschaft betreffend das MG und den BB über die Organisation der Armee v. 8.9.1993, BBl 1993 IV 1, 68, Einführung des Assistenzdienstes (und des Friedensförderungsdienstes) als neue Einsatzart(en).

in der inneren Sicherheit hinweg. Näheres dazu unten, Rz. 26f., 32, 40.

[Rz 19] Als wahrscheinlichste und derzeit gefährlichste Bedrohungen werden übereinstimmend der internationale Terrorismus und das organisierte Verbrechen bezeichnet. Beide gehören zu den Aufgaben der *polizeilichen* Gefahrenabwehr, was seine Begründung im Recht und in der notwendigen Methodik findet.²⁴ Dazu kommt der gewalttätige Extremismus, der zu vermehrten Schutz- bzw. Bewachungsausgaben führt.

[Rz 20] Festgehalten sei hier einmal mehr, dass Art. 57 Abs. 2 BV mit seinem (blossen) Koordinationsauftrag keine Kompetenzen erteilt, sondern diese gerade voraussetzt.²⁵ Die beschränkte Verbandskompetenz des Bundes in der polizeilichen Gefahrenabwehr betrifft sowohl zivile Organe des Bundes (wie Bundeskriminalpolizei, Grenzwachtkorps, Sicherheitsdienste der Bundesverwaltung) als auch die Armee (im Assistenzdienst oder bzgl. militärischen Sicherheitsdiensten). Ebenso wenig ist Art. 43a BV für den Bund kompetenzbegründend.²⁶

3.2.2 Organ- bzw. funktionale Subsidiarität der Armee gemäss Art. 58 Abs. 2 BV

[Rz 21] Hier ist zunächst zu prüfen, ob der *Bund* als für den Einsatz der Armee allein zuständiger *Staatsverband* (Art. 58 Abs. 3 BV) über eine *primäre* Kompetenz in Bezug auf die *polizeiliche Gefahrenabwehr* verfügt. Dem ist für die *Truppen des Heeres*²⁷ nicht so. Dem Bund kommen

nur die ihm in der BV zugewiesenen Kompetenzen zu (*begrenzte* Einzelermächtigung).²⁸ In Art. 58 Abs. 2 BV liegt in dieser Hinsicht eine Schnittstelle zwischen dem 1. und dem 2. Satz: Während sich der erste Satz auf die *primäre* Bundeskompetenz der *Landesverteidigung* (Art. 2 Abs. 1 BV) bezieht, unterliegt der Einsatz der Armee gemäss dem 2. Satz restriktiven Voraussetzungen: Es muss sich als *Vorbedingung* entweder um die Abwehr *schwerwiegender Bedrohungen* der inneren Sicherheit für das ganze Land oder doch grösserer Teile davon oder um die Bewältigung *anderer ausserordentlicher Lagen* (bspw. Katastrophen) handeln. Im Unterschied zu Art. 52 Abs. 2 BV, der die Sicherheit der verfassungsmässigen Ordnung eines oder mehrerer Kantone betrifft,²⁹ werden in Abs. 2 von Art. 58 BV (*bereits eingetretene*) *Störungen nicht* erwähnt. Demzufolge ist für die Anwendung dieser Bestimmung Voraussetzung, dass die zuständigen kantonalen Behörden noch immer handlungsfähig sein müssen und die *Unterstützung* durch Truppen anzufordern haben (was im Kontext von Art. 52 Abs. 2 BV möglicherweise gerade nicht mehr der Fall ist, aber durchaus noch sein kann). Dementsprechend tragen die kantonalen Behörden die Einsatzverantwortung.³⁰

[Rz 22] Neben der erwähnten föderalistischen Subsidiarität mit Betonung der kantonalen Polizeihöhe und Sicherheitsverantwortung³¹ ist die *funktionale* Subsidiarität der Armee zu nennen. Sie beruht auf der Formulierung von Art. 58 Abs. 2 BV («*unterstützt* die zivilen Behörden bei der Abwehr *schwerwiegender* Bedrohungen der inneren Sicherheit», abgeleitet vom gleichlautenden Art. 1 Abs. lit. a MG, der für die Verfassungsnorm Vorlage war³²). Sowohl der Ausdruck *unterstützen* wie die Beschränkung auf *schwerwiegende Bedrohungen* machen deutlich, dass die *Subsidiarität durch zwei kumulative vorgegebene Kriterien* bestimmt ist.³³ Die Polizeidienste der Kantone und Gemeinden sind die *ordentlichen Organe*, die

²⁴ MARKUS H.F. MOHLER/PATRICK GÄTTELIN/RETO MÜLLER, Unsicherheit über Sicherheit, in: AJP 7/2007, 818. Das Verlassen des Rechtsrahmens von *law enforcement* ist an strenge Voraussetzungen und Auflagen ebenso wie an völkerrechtlich imperative Formen gebunden, MARKUS H.F. MOHLER, «Raumsicherung» – Verfassungsrechtliche Fragen zur jüngsten Entwicklung in Rechtsetzung, Doktrin und Reglementierung über den Einsatz der Armee, in: LeGes 3/2008, 437ff., 451 m.H., namentlich auch auf NIELS MELZER, Targeted Killing, Oxford 2008; ADRIAN LOBSIGER, Grundaufgaben des modernen Rechtsstaates Teil I: Grundaufgaben der Verwaltung, Polizei und Justiz sowie des zivilen Staatsschutzes, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, 2008, Beitrag D, sowie DERSELBE, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, 2008, Beitrag F.

²⁵ Vgl. CHRISTIAN LINSI, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, LeGes 2008/3, 471 ff.; Botschaft zum Zwangsangwendungsgesetz (ZAG), BBl 2006 2515; ähnlich Botschaft zum Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes v. 24.5.2006 (BPI), BBl 2006 5090; SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 57, Rz. 2; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 57, Rz. 2 m.w.H., Rz. 10; MARKUS SCHEFER, BWIS I: Kompetenzen und Grundrechte, in: digma 2006, 61.

²⁶ RHINOW/SCHEFER (FN 14), Rz. 606; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 43a, Rz. 10.

²⁷ Dieses Subsidiaritätsverhältnis trifft für die *Luftwaffe nicht* zu, da dem Bund die umfassende Kompetenz der Rechtsetzung und -anwendung in der Luftfahrt (Art. 87 BV) einschliesslich jene der Übernahme internationaler Regelungen und der Übertragung von Aufsichtsfunktionen an die

EASA zukommt (vgl. BBl 1945 I 341, 343ff. 349f.; BBl 2005 3857, 3870). Die Luftpolizei ist Bundessache (Art. 57 Abs. 1 BV, Art. 12 Abs. 1 und 21 Abs. 1 LFG [SR 748.0]; VWL [SR 748.111.1]).

²⁸ RHINOW/SCHEFER (FN 14), Rz. 694; SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 3, Rz. 10ff.; TSCHANNEN (FN 15), § 2 Rz. 39 und § 19 Rz. 1ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (FN 15), Rz. 923ff.

²⁹ Zu Art. 52 Abs. 2 BV vgl. u.a. SCHWEIZER (FN 6), St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 52, Rz. 16 ff.; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 52.

³⁰ RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 58, Rz. 17. Auf den 3. Satz von Abs. 2, die Möglichkeit der Armee durch den Gesetzgeber weitere Aufgaben zu übertragen, wird hier nicht eingetreten; vgl. weiter etwa TSCHANNEN (FN 15), § 18 Rz. 40 und 46.

³¹ Vgl. Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze (IKAPOL, z.B. BL SGS 145.37), Ingress.

³² Botschaft VE 96 (BBl 1997 I), 238.

³³ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS MOHLER, Die polizeilichen Ausgleichsmassnahmen des Bundes und der Kantone nach dem Wegfall der Personenkontrollen an der Landesgrenze aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), Schengen in der Praxis, Zürich/St.Gallen/Wien/Baden-Baden 2009, 67; AUBERT/MAHON (FN 15), Art. 42 Rz. 21; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 43a, Rz. 5.

– solange sie nicht durch eine schwerwiegende Bedrohung oder ausserordentliche Lage überfordert sind – die Sicherheitsaufgaben zu erfüllen haben.

[Rz 23] Das Kriterium der Subsidiarität oder der *Bedingtheit* in Bezug auf die *Überforderung der ordentlichen Sicherheitskräfte* gemäss Art. 58 Abs. 2 BV und Art. 67 MG wurde bisher zumindest grosszügig verstanden, wenn nicht gar uminterpretiert.³⁴ Von einer anhaltend schwerwiegenden Bedrohung, die mit ordentlichen Kräften nicht zu bewältigen (gewesen) wäre, kann im Ernst nach nun über acht Jahren seit Inkrafttreten der neuen BV nicht die Rede sein: Botschaftsschutz³⁵ oder Hilfsdienste am WEF³⁶ entsprechen nicht der Bedingtheit, die Art. 58 Abs. 2 BV fordert. Dasselbe gilt in stärkerem Mass für den Einsatz von Truppen im Grenzpolizeidienst: Es handelt sich – nach dem Abflauen der gehäuften illegalen Übertritte über die Südgrenze – um eine rein quantitative Verstärkung des GWK durch Truppen unter Missachtung des Subsidiaritätsprinzips innerhalb des Bundes. Einen normativen Verfassungswandel oder Verfassungsgewohnheitsrecht kann der Bundesrat hier nicht beanspruchen.

[Rz 24] Wesentlich ist darüber hinaus, dass mit Ausnahme der Militärischen Sicherheit (MilSich) die Armeeingehörigen weder für Polizeiaufgaben selektioniert und ausgebildet noch ausgerüstet sind.³⁷ Diese *funktional nötigen Einschränkungen*

des *Organs* Armee sind direkter Ausfluss des *Verhältnismässigkeitsprinzips*. Für den Polizeidienst in «normalen Lagen» ist das Organ Armee (mit Ausnahme der MilSich) aus den genannten Gründen praktisch *nicht geeignet*. Verstösse gegen das Übermass- und/oder das Untermissverbot sind die unausweichliche Folge,³⁸ selbst wenn sie sich glücklicherweise bisher kaum konkretisiert haben. Sie machen deutlich, dass Truppen nur *unterstützend* bei sonst nicht mehr anders bewältigbaren schweren Bedrohungen in polizeilicher Funktion eingesetzt werden können und dürfen.³⁹

[Rz 25] Die Bundesgesetzgebung der letzten Jahre im polizeirechtlichen Bereich führte auch zu einer gänzlich unübersichtlichen Situation für die Rechtsanwendung. Dazu unten, Ziff. 37ff.

3.2.3 Sicherheitspolizeiliche Aufgabenübertragungen an das Grenzwachtkorps

[Rz 26] Das revidierte Zollgesetz stützt sich im Ingress u.a. auf Art. 57 Abs. 2 BV. Soweit diese behauptete Verfassungsgrundlage auf Koordinationspflichten von Bund und Kantonen verweist, die über die *grenzpolizeilichen, einige strassenverkehrs- und – in diesen Zusammenhängen – strafprozessuale* Aufgaben des Grenzwachtkorps als Organ des Zolls hinausgehen, findet sie keine Grundlage im materiellen Verfassungsrecht.⁴⁰ Das Grenzwachtkorps hat nach geltender BV ausschliesslich *spezialpolizeiliche* Aufgaben. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch die grenzpolizeilichen Dienste nicht ausschliesslich Sache des GWK sind, im Gegenteil: Art. 9 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer⁴¹ legt z.B. fest, dass die Kantone auf ihrem Hoheitsgebiet die Grenzkontrolle ausüben (Abs. 1) und der Bundesrat die Personenkontrolle durch den Bund im Grenzraum im Einvernehmen mit den Kantonen regle.⁴²

[Rz 27] In jüngster Zeit hat die Oberzolldirektion mit mehreren Kantonen Verträge abgeschlossen, wonach das

³⁴ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 58, Rz. 7; MOHLER, Vernetzung (FN 20), Rz. 97 m.w.H. auch auf a.A. von RENÉ RHINOW, Zur Rechtmässigkeit des Armeeeinsatzes im Rahmen der inneren Sicherheit, in: Juristische Fakultät der Universität Basel, Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel Bern/Genf/München, 361–380, 376.

³⁵ Die Feststellung des damaligen Vorstehers des EJPD in der nationalrätlichen Debatte zu Art. 57 BV (Art. 53 des VE 96 (AB 1998 [Separatenausgabe] N 277), wonach der Bund «beispielsweise für die Sicherheit der Botschaften zuständig» sei, ist u.E. ungenau: der Bund ist dafür (völkerrechtlich) *verantwortlich*, für die Umsetzung i.S. der notwendigen polizeilichen Schutzmassnahmen sind jedoch die Standortkantone zuständig und dazu verpflichtet. Vgl. PIERRE TSCHANNEN (FN 15), § 20, Rz. 45. Eine andere Frage ist diejenige der finanziellen Abgeltung für solche Leistungen (Art. 28 BWIS und Vo über die finanziellen Leistungen an die Kantone zur Wahrung der inneren Sicherheit [BWIS-Abgeltungsverordnung, SR 120.6]).

³⁶ Vgl. Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee im Assistenzdienst zur Unterstützung des Kantons Graubünden bei den Sicherheitsmassnahmen im Rahmen der Jahrestreffen des World Economic Forum 2010–2012 in Davos und weitere Sicherheitsmassnahmen (Entwurf), BBl 2009 1905 und dazugehörige Botschaft, BBl 2009 1891; AB 2009 N 1116, AB 2009 S 796.

³⁷ Trotz der entsprechenden gleichlautenden Vorschrift in Art. 2 der VOD (SR 513.71), der VGD (SR 513.72), der VSPS (SR 513.73) und der VSPA (SR 519.4), wonach die Truppen nur für Aufgaben eingesetzt werden, wofür sie ausgebildet und für die sie zweckmässig ausgerüstet sind. Zur Polizeiberufsausbildung: Vgl. Verordnung über die Berufsbildung, v. 19. November 2003 (Berufsbildungsverordnung, BBV, SR 412.101); Prüfungsordnung über die höhere Fachprüfung für Polizist/Polizistin vom 8. Februar 2007, von der Direktorin des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) am 10. April 2007 genehmigt, ferner z.B. *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* (insbes. Zif. 5 lit. a und b, 18–20; Resolution v. 14.12.1990, GA 45/120, der UNO GV); dazu Europaratsvorgaben.

³⁸ Vgl. MOHLER, Vernetzung (FN 20), Rz. 38, 68, 192. Bemerkenswert erscheint auch, dass die in FN 37 erwähnten militärischen VO durchwegs auf Art. 28 Abs. 3 MG (Ausführungsbestimmungen über Rechte und Pflichten der Armeeingehörigen) und Art. 150 Abs. 1 MG (Kompetenz des BR zum Erlass von Ausführungsvorschriften), nicht aber auf die *materiellen* einfachgesetzlichen Bestimmungen abgestützt werden.

³⁹ GIOVANNI BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 58, Rz. 6f.; SCHWEIZER, St. Galler Komm (FN 6), Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 12, zu Art. 58, Rz. 16ff.

⁴⁰ SCHWEIZER/MOHLER (FN 33), 56ff., 63f., 67ff.

⁴¹ AuG, SR 142.20.

⁴² In der Botschaft zum AuG (BBl 2002 3709) führte der Bundesrat aus, der Überprüfung der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Rahmen des Projektes USIS solle nicht vorgegriffen werden, weshalb die Zuständigkeit für die Grenzkontrollen nach wie vor grundsätzlich bei den Kantonen verbleibe. Das Projekt USIS hat bekanntlich ohne ein tiefer greifendes Ergebnis ein vorzeitiges Ende erfahren (KARL W. HALTNER et al., Sicherheit 2005 (ETH, Forschungsstelle für Sicherheitspolitik), Zürich 2005, 107.

Grenzwachtkorps auch *ausserhalb des Grenzraumes* und somit unabhängig vom grenzpolizeilichen Auftrag in Zusammenarbeit mit dem zuständigen kantonalen Polizeikommando sicherheitspolizeiliche Aufgaben übernimmt. Diesen Verträgen zwischen dem Bund und einzelnen Kantonen gebricht es an einer verfassungsmässigen Grundlage.⁴³ Die Kantone können nach herrschender Lehre ihre Kompetenzen nicht mittels Vereinbarung an den Bund übertragen.⁴⁴ Selbst wenn dieses Verbot unter Hinweis auf das partnerschaftliche Verhältnis zwischen Bund und Kantonen nicht als absolut betrachtet wird, wären entsprechende Verträge nur bei parallelen Kompetenzen von Bund und Kantonen möglich.⁴⁵ Dass dies im Polizeibereich nicht zutrifft, bedarf keiner weiteren Erörterung.

4. Implizite Gesetzgebungskompetenzen des Bundes

[Rz 28] Neben den grundsätzlich unbestrittenen *inhärenten* Bundeskompetenzen im Sicherheitsbereich, soweit es um die Gefahrenabwehr für die Schweiz als Ganzes geht (*inherent power*; bspw. Gesetzgebungskompetenz im Bereich Staatsschutz⁴⁶), beanspruchen Bundesrat und Bundesverwaltung – entgegen der Botschaft zu BV VE 96⁴⁷ und der einhelligen Lehre – mehr und mehr *implizite* Kompetenzen (*implied powers*) auch und besonders in der Polizeigesetzgebung. Diese haben jedoch über den sachlichen Kernbereich hinaus *keine* Verfassungsgrundlage, ja sie widersprechen Art. 5a und 43a BV, wenn dadurch widersprüchliche gesetzliche Regelungen resultieren.⁴⁸

[Rz 29] *Implizite Kompetenzen* stützen sich auf den *Sachzusammenhang* innerhalb einer *begrenzten Einzelermächtigung* des Bundes. Danach wird eine zusammenhängende (ergänzende) Kompetenz angenommen, wenn sie *unausweichlich* ist, um eine andere ausdrückliche Kompetenz wahrzunehmen.⁴⁹

[Rz 30] Wenn CHRISTIAN LINSI festhält, im Zusammenhang

mit der Bestimmung der impliziten Bundeskompetenzen sei die teleologische Auslegung zentral,⁵⁰ ist dem entgegen zu halten, dass auch diesbezüglich unter dem Aspekt der *Nachführung der Bundesverfassung* und der mehrfach wiederholten Feststellung, es würden keine neuen Bundeskompetenzen geschaffen,⁵¹ die entstehungszeitliche Interpretation und damit die Aufgabenteilung unter der BV 1874 in den gleichen Sachzusammenhängen nicht ausser Acht gelassen werden dürfen: So war es *Aufgabe der Kantone* (Kantonspolizeien) gemäss ehemaligem Garantiesgesetz,⁵² die Bundesobjekte, etwa die Bahnhöfe zu schützen, ferner den Grenzpolizeidienst im Schienenverkehr und auf den Flughäfen wahrzunehmen ebenso wie Repatriierungen oder Auslieferungen, soweit nötig, mit ihren polizeilichen Mitteln und auf Grund kantonalen Rechts vorzunehmen. Die *Unausweichlichkeit* einer bundesgesetzlichen Regelung in diesen Sachbereichen erscheint daher zumindest als sehr fraglich.

[Rz 31] Das Parlament hat in den letzten Jahren eine Reihe von Bundesgesetzen verabschiedet, die wesentliche Aspekte des Polizeirechts tangieren: Das Zollgesetz vom 18. März 2005,⁵³ die Teilrevision vom 24. März 2006 des Bundesgesetzes über die Wahrung der inneren Sicherheit betr. Kampf gegen «Hooligans»,⁵⁴ das Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz),⁵⁵ das Bundesgesetz v. 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme⁵⁶ und das (total revidierte) Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz).⁵⁷

[Rz 32] Das Zollgesetz stützt sich gemäss Ingress auf die Art. 57 Abs. 2 (Koordinationsgebot), 101 (Aussenwirtschaftspolitik), 121 Abs. 1 (Ein- und Ausreise sowie Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern) und vor allem selbstredend auf Art. 133 BV (Zölle und Abgaben im grenzüberschreitenden Verkehr). Keine dieser Verfassungsbestimmungen verleiht polizeirechtliche Befugnisse, soweit sie über die unmittelbare Durchsetzung des Grenzschutzes und des Zollrechts hinausgehen (unausweichlicher Sachzusammenhang). Art. 121 Abs. 1 BV liefert die Grund-

⁴³ SCHWEIZER/MOHLER (FN 33) 126ff. Art. 97 Abs. 1 ZG besagt, dass das Departement «auf Begehren eines Grenzkantons» die Erfüllung polizeilicher Aufgaben der Zollverwaltung übertragen kann. Verträge mit Binnenkantonen (bspw. BE, UR) sind demzufolge auch gesetzwidrig (ZG und AuG). Daran ändert auch die unpräzise Antwort des Bundesrates v. 19.8.2009 im Nationalrat auf die Interpellation J. Bourgeois (Geschäft 09.3530) nichts.

⁴⁴ URSULA ABDERHALDEN, in: St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 48, Rz. 27; RHINOW/SCHEFER (FN 14), Rz. 901; TSCHANNEN (FN 15), § 25 Rz. 19.

⁴⁵ RHINOW/SCHEFER (FN 14), Rz. 902.

⁴⁶ Vgl. unten, Rz. 17; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Vorbem. Art. 42-135, Rz. 10; TSCHANNEN (FN 15), § 20 Rz. 13 f.

⁴⁷ BBl 1997 I 237.

⁴⁸ Auch wenn insbesondere Art. 43a BV gewisse Mängel hat, vgl. RHINOW (FN 15).

⁴⁹ RHINOW/SCHEFER (FN 14), Rz. 720; CHRISTIAN LINSI, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, in: LeGes 2008/3, 468ff.

⁵⁰ FN 49, 468.

⁵¹ so va. Botschaft (FN 47), 237.

⁵² BS 1 462, heute: Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958 (SR 170.32).

⁵³ SR 631.0, in Kraft seit 1. Mai 2007, s. auch oben Rz. 26.

⁵⁴ SR 120, Teilrevision betr. Bekämpfung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen und Gewaltpropaganda, in Kraft seit 1. Januar 2007. Mit Ausnahme von Art. 24a, Informationen über Gewalttätigkeiten bei Sportveranstaltungen («Hoogan»-Datenbank), und 24c, Ausreisebeschränkungen, ist die Gültigkeit der andern diesbezüglichen Bestimmungen bis zum 31. Dezember 2009 beschränkt.

⁵⁵ SR 364, in Kraft seit 1. Januar 2008.

⁵⁶ BPI, SR 361, in Kraft seit 5. Dezember 2008.

⁵⁷ PBG, (SR 745.1; AS 2009 5631); das Gesetz tritt am 1.1.2010 in Kraft.

lage für, ebenso aber auch die Begrenzung auf *grenz-*, also spezialpolizeiliche Kompetenzen des Bundes.

[Rz 33] Der Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Sicherheitsdienst der Transportunternehmen (BGST),⁵⁸ das mehrfache Friktionen mit verfassungsrechtlichen Regelungen und kantonalem Recht bewirkt hätte, ist vom Nationalrat abgelehnt worden.⁵⁹ Derzeit wird von der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen (KVF) des Nationalrates indessen ein neuer Entwurf für ein Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vorbereitet;⁶⁰ auch dieser Entwurf enthält – neben Unklarheiten – Bestimmungen, die mit der bundesstaatlichen Aufgabenteilung im Polizeibereich nicht vereinbar sind (so z.B. Art. 3, 4, 6 und 7).⁶¹

[Rz 34] Auch die Verfassungsmässigkeit von Art. 24a BWIS («Hooligan»-Datenbank) wird in der Literatur bestritten,⁶² was *mutatis mutandis* ebenso für das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme gilt, soweit nicht Aufgaben der Bundesstrafgerichtsbarkeit oder des Vollzugs spezieller völkerrechtlicher Pflichten erfüllt werden.⁶³

[Rz 35] Der Bundesrat hat im Weiteren am 31. Oktober 2007 eine verfassungsunmittelbare Verordnung – im Ingress gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV – über den Einsatz privater Sicherheitsdienste durch den Bund⁶⁴ erlassen, die für entsprechende Einsätze durch Bundesbehörden in der Schweiz oder im Ausland Gültigkeit hat (Art. 1 Abs. 2). Art. 182 Abs. 2 BV verleiht dem Bundesrat indessen keine Kompetenz, Verordnungen ohne Gesetzesgrundlage zu erlassen,⁶⁵ und bezüglich Regelung der privaten Sicherheitsdienste wurde noch im Bericht vom 2. Dezember 2005 festgehalten,⁶⁶ es bestehe in dieser Hinsicht kein Handlungsbedarf.

[Rz 36] Alle diese Erlasse regeln *polizeiliche Befugnisse* in Bezug auf die allgemeine Gefahrenabwehr für die *öffentliche Sicherheit* (Militärgesetz, Zollgesetz, BWIS [«Hooligan»-Datenbank], Zwangsanwendungsgesetz, Bundesgesetz über polizeiliche Informationssysteme), ferner hinsichtlich Videoaufnahmen bzw. damit verbundene Datenbearbeitungen im öffentlichen und halböffentlichen Raum (Personenbeförderungsgesetz) und Verhältnisse betr. Akteure mit Sicher-

heitsaufgaben (private Sicherheitsfirmen), die der Gesetzgebungskompetenz der Kantone zugehören.

[Rz 37] Eine *einheitliche Regelung* i.S.v. Art. 43a Abs. 1 BV wird dabei bestenfalls theoretisch aus Sicht des Bundes erzielt. Für die *Rechtsanwendung* ergibt sich exakt das Gegenteil. Das illustrieren folgende Hinweise:

- Das Militärgesetz bestimmt in Art. 92 Abs. 3^{bis}, für die Truppe gelte das Zwangsanwendungsgesetz, soweit sie Assistenzdienst für zivile Behörden des Bundes leiste. Art. 92 Abs. 4 MG hält fest, der Bundesrat regle die Ausübung der Polizeibefugnisse und den Waffengebrauch für den Einsatz der Armee, worauf sich auch das Reglement Wachtdienst aller Truppen stützt. Demnach bestehen für den Assistenzdienst vier verschiedene polizeirechtliche Grundlagen: Das Militärgesetz mit seinen Verordnungen, das Zwangsanwendungsgesetz samt Verordnung (Assistenzdienst für den Bund einschliesslich Grenzdienst), das Zollgesetz mit der Zollverordnung für den Grenzdienst und kantonales Polizeirecht bei subsidiären Sicherheitseinsätzen zu Gunsten von Kantonen. Diese Erlasse stimmen materiell in vielen Einzelfragen bezüglich der Anwendung von polizeilichen Zwangsmassnahmen nicht überein.
- Zudem stimmt die Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Polizeibefugnisse der Armee⁶⁷ mit den relevanten Bestimmungen des Militärgesetzes nicht überein: Der Schusswaffengebrauch wird in Art. 92 Abs. 3 lit. b MG (ausser Notwehr/Notstand ausschliesslich für die Erfüllung eines Schutz- oder Bewachungsauftrages) enger eingegrenzt als in Art. 16 Abs. 2 lit. c Zif. 1 und 2 VPA (zusätzlich Verhinderung von Flucht und Bekämpfung einer Gefahr «für andere», d.h. Personen, die nicht vom Schutzauftrag umfasst sind). Diese Befugnisse sollten gemäss Art. 36 Abs. 1, 2. Satz BV überdies auch im Gesetz selbst und nicht in einer Verordnung geregelt werden, geht es doch um möglicherweise schwerwiegende Grundrechtsgefährdungen oder -verletzungen.⁶⁸
- Noch etwas schwieriger wird es für das Grenzwachtkorps: Art. 100 Abs. 1^{bis} ZG lautet: «Soweit das vorliegende Gesetz keine besonderen Bestimmungen enthält, ist das Zwangsanwendungsgesetz vom 20. März 2008 anwendbar.» Demnach gelten für den Grenzwach- und Zolldienst zwei nicht übereinstimmende gesetzliche Grundlagen.⁶⁹ Für die erwähnten

⁵⁸ BBI 2007 2767.

⁵⁹ AB 2009 N 593.

⁶⁰ Gesetzesentwurf der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates v. 3. November 2008 (Geschäft 09.473).

⁶¹ vgl. FN 73.

⁶² SCHEFER (FN 25), 61.

⁶³ SCHWEIZER, St. Galler Komm. (FN 6), zu Art. 57, Rz. 9.

⁶⁴ VES, SR 124.

⁶⁵ RHINOW/SCHEFER (FN 14), Rz. 2695; SCHWEIZER (FN 20), Beitrag K, Rz. 11; AUBERT/MAHON (FN 15), Art. 182 Rz. 17 ff.; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 182 Rz. 13 ff.

⁶⁶ Bericht des Bundesrates zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen, BBI 2006 623.

⁶⁷ VPA, SR 510.32.

⁶⁸ Art. 36 Abs. 1 BV; BGE 138 I 327 (GR, Botta), 337, E. 4.1; BGE 132 I 49 (BE, Wegweisung), 57, E. 6; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, 176; BENJAMIN SCHINDLER, Schusswaffeneinsatz der Armee im Friedensförderungsdienst: Rahmenbedingungen des Schweizer Rechts, in: Sicherheit&Recht, 2/2008, 94ff., 98f.

⁶⁹ Näheres dazu in SCHWEIZER/MOHLER (FN 33), 127f.

vertraglich vereinbarten sicherheitspolizeilichen Aufgabenübertragungen wird das Bundesrecht indessen vom kantonalen Polizeirecht überlagert. Bei gemischten Patrouillen (GWK/Polizei) – wie sie in der Vereinbarung der kantonalen Polizeikommandi mit dem GWK vorgesehen sind – können in ein und demselben Fall drei verschiedene Rechtsgrundlagen in Frage kommen.

- Das Personenbeförderungsgesetz (PBG), das den dem Regal unterstehenden Personenverkehr regelt,⁷⁰ enthält in den Art. 54 und 55 Bestimmungen über die Datenbearbeitung durch Transportunternehmen und die Videoüberwachung. Diese Regelung widerspricht in mehrfacher Hinsicht der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen: Videoaufzeichnungen (ausserhalb eingegrenzter Bahnhofanlagen) im öffentlichen Raum von Gemeinden liegen in deren Kompetenz; die Unterstellung unter das Datenschutzrecht des Bundes (auch bspw. von Verkehrsbetrieben, die einem Kanton oder einer Gemeinde gehören) verletzt die Organisations- und die Polizeihoheit der Kantone; die (verfassungsrechtliche) Zuständigkeit der kantonalen Datenschutzbeauftragten wird beiseite geschoben. Weshalb zudem Transportunternehmen berechtigt sein sollen, auch besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile zu bearbeiten (Art. 54 Abs. 2), um den Betrieb sowie die Sicherheit der Reisenden, des Betriebs und der Infrastruktur sicherzustellen, ist nicht ersichtlich. Eine solche (rein formale) Regelung, um vordergründig Art. 36 Abs. 1 BV sowie Art. 17 Abs. 2 Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz⁷¹ Genüge zu tun, verstösst gegen das generelle Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 5 Abs. 2 BV und gegen das datenschutzrechtliche Prinzip der sinnvollen Zweckbindung.^{72,73} Zusätz-

liche Fragen ergeben sich bei der Betrachtung der erwähnten Art. 54 und 55 des PBG mit dem Entwurf E KVF BGST hinsichtlich der Sicherheitsorgane.

5. Fazit

Verfassungswidrige Wirklichkeit oder wirklichkeitsferne Verfassung?

[Rz 38] Soweit es nicht um die wenigen, speziellen und nicht strittigen primären Bundeskompetenzen geht, besteht im sicherheitsrechtlichen Bereich eine verfassungsrechtlich höchst unbefriedigende Situation. Sie bewirkt auf Gesetzesstufe einerseits sich überlappende Normierungen unterschiedlichen Inhalts, namentlich im Bereich der Anwendung unmittelbaren Zwanges und der Datenbearbeitung, andererseits offenbart sie *gravierende Lücken beim Rechtsschutz*.⁷⁴

[Rz 39] Aus staatspolitischer und verfassungsrechtlicher Hinsicht vermögen allerdings die Regelungen von Art. 57 und 58 Abs. 2 BV auch nicht zu befriedigen. Dabei handelt es sich um die *Kernnormen der Sicherheitsverfassung*. Es ist nach der hier vertretenen Auffassung für einen neuen sicherheitspolitischen Bericht unumgänglich, auf diese Problematik – dem Sicherheitsverbund im Innern – mit der gebührenden Deutlichkeit hinzuweisen. Die derzeitige Entwicklung im Sicherheitsrecht durch die jüngere Gesetzgebung des Bundes deutet auf einen stillen Verfassungswandel hin, der dem Föderalismusprinzip *de constitutione lata* zuwiderläuft und das Demokratieprinzip schwer verletzt.

[Rz 40] Überdies harren weitere *sicherheitspolitische und -rechtliche* Problemstellungen von erheblicher Bedeutung einer vertieften Diskussion (vgl. oben Rz. 4f.), so z.B. die grundsätzliche Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Polizeiwesen (z.B. die Frage, ob es einer Polizeirahmengesetzgebung auf Bundesebene⁷⁵ bedarf, ob eine Form von Bundessicherheitspolizei[reserve] die notorischen Personalengpässe der Kantone samt den problematischen subsidiären Sicherungseinsätzen beheben könnte und aufs verfassungsrechtlich Nötige reduzieren würde). Es ist auch höchst verwunderlich, weshalb just während der Ausarbeitung des sicherheitspolitischen Berichtes und nach dem

⁷⁰ (FN 57), Art. 1 Abs. 1; das Regal umfasst die regelmässige und gewerbmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen, auf der Strasse und auf dem Wasser sowie mit Seilbahnen, Aufzügen und anderen spurgeführten Transportmitteln (Art. 1 Abs. 2).

⁷¹ DSG, SR. 235.1.

⁷² AUBERT/MAHON (FN 15), Art. 15 Rz. 13ff.; BIAGGINI, Komm. BV (FN 8), Art. 5 Rz. 12 ff.; AUBERT (FN 15), 5.

⁷³ In ähnlicher Weise führte ein Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen zu Friktionen (wie das auch für den abgelehnten Entwurf zu einem BGST [vgl. oben Rz. 32] zugetragen hätte): Entschiede ein Kanton oder eine Gemeinde, auf eigenem Territorium auch die eigene Polizei als Transportpolizei einzusetzen, hätte diese das Zwangsangwendungsgesetz (Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes, ZAG, SR 364) des Bundes (und nicht das kantonale Polizeirecht) anzuwenden und wäre überdies bundesrätlichen Bestimmungen (bspw. über Zwangsmassnahmen) unterworfen ebenso wie der Aufsicht des Bundesamtes für Verkehr unterstellt (Art. 8 des verworfenen E BGST, Art. 8 E KVF BGST). Dass der Sachzusammenhang zwischen der Kompetenz zur

Erteilung der Betriebskonzession einerseits und den sicherheitspolizeilichen Bestimmungen und der Aufsicht über die Sicherheitsorgane andererseits für den Betrieb dieser Transportunternehmen nicht unausweichlich ist, geht aus dieser Konstellation hervor. Vor der Gründung der Securitrans AG hatten Kantonspolizeien nach Bedarf mitunter sicherheitspolizeiliche Aufgaben in Zügen erfüllt und waren gehalten, für die öffentliche Sicherheit in den Bahnhöfen zu sorgen (vgl. oben Rz. 30).

⁷⁴ MOHLER, Raumsicherung (FN 24), 456.

⁷⁵ Eine gewisse Dringlichkeit der Prüfung ergibt sich aus völkerrechtlichen Gründen (rechtliche Regelung aller Verpflichtungen qua Europol-Abkommen und Schengen-Assoziierungsabkommen mit den Weiterentwicklungen [Auswirkungen des Haager Programms]) ebenso wie mit Blick auf die schweizerische Strafprozessordnung mit verschiedenen polizeirechtlichen Bestimmungen.

eingangs erwähnten Auftrag des Bundesrates, insbesondere das Thema des Sicherheitsverbundes im Innern zu vertiefen, das EJPD (mit bundesrätlicher Genehmigung) den Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes⁷⁶ in die Vernehmlassung schickt.

[Rz 41] Mit diesen Feststellungen ist keineswegs eine strukturkonservative Haltung verbunden. Verschiedene Sachzusammenhänge deuten darauf hin, dass die bisherige, der BV entsprechende Kompetenzteilung im Polizeiwesen den heutigen Anforderungen nicht mehr zu genügen vermag. Wie erwähnt können jedoch für notwendig erachtete neue Regelungen nicht auf Grund eines stillen Verfassungswandels getroffen werden, ohne das (bundesstaatliche) Demokratieprinzip zu verletzen und zu gravierenden Normkollisionen zu führen.

[Rz 42] Sodann müsste auch über das beinahe mythische Verständnis des Militärwesens (allgemeine Wehrpflicht/ Wehrgerechtigkeit, Milizsystem) diskutiert werden, oder über eine zukunftsbezogene realistische Regelung polizeilicher Aufgaben (sei es durch Polizei- oder Militärangehörige) im Ausland im geeigneten völkerrechtlichen Rahmen (Friedensförderungsdienst und internationale Kriminalitätsbekämpfung). Schliesslich sollte die zunehmende «Konkordatisierung» polizeirechtlicher Bestimmungen unter dem Aspekt kantonaler materieller Gesetzgebungsrechte hinterfragt werden. Einige dieser Fragen sollen in nächster Zeit in Jusletter aufgenommen werden.

Dr. iur. Markus H.F. Mohler ist Lehrbeauftragter für öff. speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten von Basel und St. Gallen. Prof. Dr. Rainer J. Schweizer ist Professor für Öffentliches Recht einschliesslich Europarecht und Völkerrecht an der Universität St. Gallen.

Für ihre wertvolle Mitarbeit danken die Autoren EVA M. ANDONIE, MLaw, Wiss. Mitarbeiterin RWA HSG, sehr.

* * *

⁷⁶ Polizeiaufgabengesetz, PolAG, Vorentwurf, November 2009. Ohne eine in der kurzen Zeit mögliche nähere Prüfung ist leicht ersichtlich, dass dieser Gesetzesentwurf gerade den Kernbereich des Sicherheitsverbundes im Innern, soweit es um Polizeidienste geht, betrifft.