



Markus H.F. Mohler*

Staatliches Gewaltmonopol

Das staatliche Gewaltmonopol ist ebenso unverzichtbar für die Rechtsstaatlichkeit, wie es bei seinem Missbrauch dessen Bedrohung sein kann. Es ist eng verbunden mit dem Begriff der Souveränität, der «Höchstmächtigkeit» des Staates im Innern und der rechtlichen und faktischen Fähigkeit der Bewahrung der Unabhängigkeit gegen aussen. In dieser doppelten Ausrichtung liegt auch das Dilemma bei schwerwiegenden Missbräuchen des Gewaltmonopols im Innern. Das Gewaltmonopol bedarf der Legalität und der Legitimität. Der Pflicht seiner korrekten Anwendung lauern aber auch Gefahren.

Si le monopole étatique de la violence est indispensable à l'État de droit, il peut aussi constituer une menace pour ce dernier en cas d'abus. Il est étroitement associé à la notion de souveraineté, la «toute-puissance» de l'État en son sein et la faculté, de droit et de fait, à préserver son indépendance vis-à-vis de l'extérieur. Cette double orientation constitue aussi un dilemme en cas de graves abus du monopole de la violence à l'intérieur. Le monopole de la violence va de pair avec la légalité et la légitimité. Le devoir lié à son application correcte présente aussi des risques.

Inhalt

- I. Sprachliche Vorbemerkung
- II. Macht, Herrschaft und Gewalt
 1. Zur Entwicklung
 2. Die GALTUNG'sche «strukturelle Gewalt»
- III. Zur Entwicklung des staatlichen Gewalt-/Macht-Duopols in der Schweiz
- IV. Völkerrechts- und staatspolitische Paradigmenwandel
 1. Geo- und völkerrechtspolitische Entwicklungen nach 1945
 - 1.1 Globaler Wandel 1991
 - 1.2 Europa
 2. Schweiz
- V. Staatsrechtlicher und rechtsstaatlicher Rahmen (Schweiz)
 1. Das «Gewaltmonopol» als quasi vorkonstitutionelle Selbstverständlichkeit?
 2. Voraussetzungen für die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols
 - 2.1 Im Allgemeinen
 - 2.2 Konkret im Rechtsstaat
 3. Verfassungsmässige Grenzen der Ausübung staatlicher Macht bzw. Gewalt
 - 3.1 Grundsätzlich
 - 3.2 Delegierbarkeit und Ausnahmen der Ausübung des Macht- und des staatlichen Gewaltmonopols und ihre Grenzen
 4. Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols
 - 4.1 Gesetzliche Ermächtigungen zu (begrenzter) Machtausübung bzw. Gewaltanwendung
 - 4.2 Illegale Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols
 - 4.3 Der Rückzug aus der Verantwortung des staatlichen Gewaltmonopols
- VI. Schlussbemerkungen

I. Sprachliche Vorbemerkung

Das Wort «Gewalt», vom Althochdeutschen «waltan» hergeleitet, bereitet in der dafür mageren deutschen Sprache in ambivalenter Weise Mühe. Das gilt selbst für Bibelübersetzungen ins Deutsche: Der Ausdruck «Gewalt» wird sowohl im positiven, im göttlichen Sinn, wie auch im negativen verwendet.¹

Das Lateinische unterscheidet zwischen «valere», d.h. bei Kräften sein, gelten, und «violare», also verletzen, bzw. «potestas» (Kraft) und «vis» (feindlich gerichtete Gewalt) resp. «violentia» (Gewaltsamkeit). Dasselbe gilt für die romanischen oder vom Romanischen doch stark beeinflussten modernen Sprachen ebenso: Sie unterscheiden zwischen «force» und «violence» im Französischen und Englischen und *forza* bzw. *potenza* und *violenza* im Italienischen. Dafür kennt die deutsche Sprache nur das eine Wort: Gewalt. Und dieser Ausdruck bedeutet nicht nur Gewalt im physischen Sinn, sondern auch «Macht» wie das Französische «pouvoir» (potestas), das auch mit «Herrschaft» übersetzt werden kann.²

In der Bundesverfassung³ kommt der Ausdruck Gewalt in diesem Zusammenhang⁴ lediglich in Art. 148 Abs. 1

¹ So für die göttliche Macht: «Mir ist gegeben alle Gewalt im Himmel und auf Erden» (Matthäus 28, 12), oder: «Er rief die Zwölf zusammen und gab ihnen Macht und Gewalt über alle Dämonen und zur Heilung von Kranken» (Lukas 9, 11), ebenso wie für die brachiale illegale und illegitime Kraftanwendung: «Tut niemandem Gewalt noch Unrecht» (Luther) bzw. «Begehrt gegen niemand Gewalt noch Erpressung» (Zwingli, Lukas 3, 14).

² Vgl. auch DIETER FREIBURGHANUS/FELIX BUCHELI/EDITH HONEGGER, Das Duopol der legitimen Gewalt im schweizerischen Bundesstaat, Chavannes-Lausanne 2006, 41 f.

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

⁴ Die anderen verwendeten Wortkombinationen mit «Gewalt» betreffen die Bestimmungen über die Sanktionen nach Gewaltverbre-

* Dr. iur. Markus H.F. Mohler, bis Ende 2011 Lehrbeauftragter für Öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an der Universität St. Gallen.

vor, wonach die Bundesversammlung unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste *Gewalt* im Bund ausübt, also die politische Herrschaft oder Macht, nicht physische Gewalt (auch wenn es in gewissen Parlamenten ausserhalb der Schweiz manchmal handgreiflich zu- und hergeht).

Demgegenüber wird im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland⁵ der Terminus «Gewalt» in verschiedenen Kombinationen im Sinne des französischen *pouvoir*⁶ ebenso wie in der Bedeutung von rechtswidriger Gewalt entsprechend *violence*⁷ verwendet.

Der deutschsprachige Ausdruck «Gewalt» i.S.v. *potestas* ist somit nicht auf die Anwendung physischer Kraft oder Gewaltmittel (Waffen) zu begrenzen, sondern umfasst ebenso den weiter gefassten staatsrechtlichen Begriff des hoheitlichen Verhältnisses zwischen dem Staat und den Personen in seiner Jurisdiktion, das *Verfügen dürfen*⁸, die Verfügungsmacht. Die sprachliche Nähe von Gewalt als Kraft kommt auch in der (etwas aus der Mode gekommenen) Wendung zum Ausdruck, eine Behörde verfüge dies oder jenes *kraft* ihrer Zuständigkeit.

II. Macht, Herrschaft und Gewalt

1. Zur Entwicklung

Die Ursprünge der Frage nach der Rechtfertigung von Macht gehen im europäischen Kulturkreis auf die griechischen Philosophen zurück. Die Notwendigkeit der Macht des Staates wird mit der Gerechtigkeit, zunächst festgemacht an der ewigen Ordnung der Natur, also am vorrechtlichen Naturrecht, begründet.⁹ ARISTOTELES (384–322 v.Chr.) setzt auf die Vernunft des Menschen, ein *zoon politicon*, der nach Einfügung in die Gesellschaft strebt. AUGUSTINUS (354–430) findet die Begründung für die obrigkeitliche Macht im Streben nach der absoluten Gerechtigkeit, die nur in einem gottbezogenen Verhält-

nis eine «res publica» sein könne;¹⁰ er illustriert das mit dem exemplifikativen Unterschied zwischen einer Räuberbande und dem Staat.

Anders als JEAN BODIN (1530–1596), der Begründer der Souveränitätslehre, der die Entstehung des Staates durch die Macht des Stärksten oder Unterwerfung der Schwächeren sieht und primär dem König die «absolute» Macht zuspricht, lehnt THOMAS HOBBS (1588–1679) nicht nur den antiken Naturzustand als Vor-Recht ab, sondern hält ihn im Gegenteil für einen Zustand, *bellum omnium contra omnes*, der zu überwinden sei. Der Mensch sei gerade kein *zoon politicon*, sondern des andern Menschen Gegner bzw. Wolf (*homo homini lupus*). Um diesen Un-Rechtszustand zu bändigen, entwirft er den Gesellschaftsvertrag, durch den der Einzelne aus dem Naturrecht heraustritt und einen Herrscher ermächtigt, den Umgang der Menschen miteinander verbindlich zu bestimmen.¹¹ Dafür erhält er Sicherheit bzw. das Recht auf Leben und Freiheit zuerkannt. Auch wenn des Herrschers Macht absolut ist, bildet die Autonomie des Einzelnen die Rechtsquelle des Gesellschaftsvertrags. Dennoch ist der Einzelne vor Willkür des Herrschers nicht geschützt, und der Vertrag gilt auch nur, solange der Staat den Einzelnen schützen kann.

JOHN LOCKE (1684–1753) setzte dieser Macht des Herrschers Grenzen. Gestützt auf einen andern, Gott bezogenen Naturrechtsbegriff erkennt er einerseits das Leben als das höchste Gut und sind auch die Naturrechte des Einzelnen durch jene der anderen begrenzt. Da die Staatsgewalt nichts anderes sei als die gemeinsame Macht aller Gesellschaftsmitglieder, könne ihr nicht mehr Macht zukommen als jeder Einzelne habe, also keine willkürliche Gewalt über Leben, Freiheit und Eigentum.¹² Daraus schliesst er auf die Begrenzung der Macht bzw. der (physischen) Gewalt des Staates mit dem bekannten Satz, der auch hier eingefügt sei: «*Their power in the utmost bounds of it is limited to the public good of the society. It is a power that hath no other end but preservation, and therefore can never have a right to destroy, enslave, or designedly to impoverish the subjects.*»¹³ Die Notwendigkeit des öffentlichen Interesses für jegliche staatliche Machtausübung hat eine prominente Stellung erhalten.

chen (Art. 121 Abs. 3 lit. a; Art. 123a BV) sowie die Naturgewalten (Art. 86 Abs. 3 lit. d BV).

⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478) geändert worden ist.

⁶ So «staatliche Gewalt» (Art. 1 Abs. 1 GG), «öffentliche Gewalt» (Art. 19 Abs. 4; Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4a), «Staatsgewalt» (Art. 20 Abs. 2 GG), «gesetzgebende Gewalten» (Art. 122 Abs. 1 GG), «rechtssprechende Gewalt» (Art. 92 GG), «vollziehende Gewalt» (Art. 1 Abs. 3; 20 Abs. 2 f.; Art. 20a GG), «Polizeigewalt» (des Bundestagspräsidenten, Art. 40 GG), Kommando- und Befehlsgewalt (des Verteidigungsministers über die Streitkräfte, Art. 65a; Art. 115b GG). Vgl. auch DIETER GRIMM, Das staatliche Gewaltmonopol, in: Anders/Gilcher-Holtey (Hrsg.), Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols, Frankfurt 2006, 18 ff.

⁷ So die Gewaltanwendung zur Gefährdung der Aussenbeziehungen (betreffend die ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes, Art. 73 Abs. 1 Ziff. 10c GG) oder der Angriff mit Waffengewalt gegen das Bundesgebiet (Art. 115a Abs. 1, 4, 5 GG).

⁸ GRIMM (FN 6), 18 ff.; HANNES WIMMER, Gewalt und das Gewaltmonopol des Staates, Wien/Berlin 2009, 2.

⁹ KURT SEELMANN, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 2010, § 8, Rz. 5.

¹⁰ ANDREAS KLEY, Staatliches Gewaltmonopol – Ideengeschichtliche Herkunft und Zukunft, in: Zwahlen/Lienemann (Hrsg.), Kollektive Gewalt, Bern 2006, 11 ff., 13 ff. Zur Entwicklung in den deutschen Staaten vom 16. Jahrhundert an: GRIMM (FN 6), 21 ff.

¹¹ WALTER KÄLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, ZSR 126 (2007) I, 10; SEELMANN (FN 9), § 8, Rz. 9.

¹² REINHOLD ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 30 II 1, 168 f. Diesen Grundgedanken nicht nur auf das Verhältnis zwischen der staatlichen Obrigkeit und den Bürgern, sondern auch auf die Staaten untereinander, also auf die internationalen Beziehungen zu übertragen, hat IMMANUEL KANT seinem Friedensmodell zu Grunde gelegt (Zum ewigen Weltfrieden, Königsberg 1795, *passim*); vgl. dazu SABINE JABERG, Kants Friedensschrift und die Idee kollektiver Sicherheit – Eine Rechtfertigungsgrundlage für den Kosovo-Krieg der NATO?, Hamburg 2002, 7 ff.

¹³ JOHN LOCKE, Two Treatises on Government, Book II, London 1690, § 135.

Ein wesentlicher Schritt zur Verwirklichung dieses Grundsatzes war in England zuvor bereits der *Habeas Corpus Act* von 1679, der vor willkürlicher Verhaftung schützen sollte.

Die *Gewaltenteilung*, ebenso von LOCKE wie in abgewandelter Form von MONTESQUIEU formuliert,¹⁴ diente der Vorsorge gegen staatlichen Machtmissbrauch, von den Folgen der *Französischen Revolution* später gefestigt.

Die Weiterentwicklung der *konzeptionellen Machtbegrenzung* der Staaten erfolgte nach dem Grauen des Zweiten Weltkriegs sowie der nationalsozialistisch-faschistischen und stalinistischen Epoche vorab durch völkerrechtliche Übereinkünfte (dazu nachfolgend IV.).

Störungen dieses Gleichgewichts zwischen staatlichen Pflichten und dem Verzicht auf rechtmässige Gewaltanwendung der Einzelnen sind vom Grundsatz her von drei Seiten her möglich: der Staat missbraucht sein Gewaltmonopol,¹⁵ was zumindest in gewissen Staaten ein Widerstandsrecht entstehen lässt¹⁶, er wird selber mit Machtmitteln bedroht oder angegriffen, was bei einem bewaffneten Angriff nach der UNO Charta zu einem begrenzten Selbstverteidigungsrecht führt¹⁷ oder er kann (oder will) innerstaatlich nicht rechtzeitig wirkungsvoll eingreifen, was Notwehr- und Notstandsrecht entstehen lässt.^{18, 19}

2. Die GALTUNG'sche «strukturelle Gewalt»

JOHAN GALTUNG hat sodann 1975 den Begriff der «strukturellen Gewalt» eingeführt, womit er Verhältnisse meint, in denen «die aktuelle somatische und geistige Verwirklichung geringer ist als die potentielle Verwirklichung»²⁰ (von Gewaltanwendung). Diese Umschreibung überdehnt jedoch – wie vielfach kritisiert –

¹⁴ KÄLIN/LIENHARD/WYTIENBACH (FN 11), 11; ZIPPELIUS (FN 12), § 31 II 1, 173 f.

¹⁵ Von solchen Missbräuchen des staatlichen Gewaltmonopols ist die Geschichte auch nach der Inkraftsetzung der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 («UNO-Charta»), SR 0.120, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 («UNO-Pakt II»), SR 0.103.2, des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, erniedrigende und unmenschliche Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, SR 0.105, bis in die Jetztzeit leider voll von schrecklichen Beispielen.

¹⁶ § 20 Abs. 2 GG in einer möglichen Variante; Art. II Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, die Teil der Französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958 ist (Präambel). Eine spezielle Regelung des notstandsähnlichen Widerstandsrechts besteht bei offensichtlich rechtswidrigen Amtshandlungen: BGer Urteil vom 24. August 2006, 1P_375/2006, E. 1.4; BGE 103 IV 73 E. 6b. Vgl. PHILIPP RAUBER, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Diss. Basel 2006, 105 m.w.H.

¹⁷ Vgl. Art. 51 UNO-Charta, ebenso die Notstandsklauseln in Art. 4 UNO-Pakt II und Art. 15 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), SR 0.101.

¹⁸ Art. 15 ff. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

¹⁹ Vgl. GRIMM (FN 6), 24, 26.

²⁰ Zitiert nach WIMMER (FN 8), 3 f.

den Gewaltbegriff deutlich; sie umfasst nichts anderes als in unseren Verhältnissen die verfassungsmässige staatliche Hoheitlichkeit, der es im Rahmen der demokratischen Rechtsordnung, d.h. gestützt auf gesetzliche Bestimmungen und unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips, zusteht, gegen Widerspenstige das Recht nötigenfalls mit (physischem) Zwang durchzusetzen.²¹

III. Zur Entwicklung des staatlichen Gewalt-/Macht-Duopols in der Schweiz

In diesem Rahmen darf die staatspolitische und rechtsgeschichtliche Entwicklung des staatlichen Gewaltmonopols wohl als bekannt vorausgesetzt und daher mehr der Vollständigkeit halber bloss knapp abgehandelt werden.

Trotz der nach Marignano massgebenden Ausrichtung der alten Eidgenossenschaft auf aussenpolitische Zurückhaltung bzw. (immer wieder verletzte) Neutralität, die nur bewaffnet glaubwürdig sein konnte, war sie nicht fähig, sich auf ein gemeinsames Handeln zu einigen. Es blieb Sache der Grenz«kantone», sich – und damit das «Hinterland» – zu verteidigen.²² Erst gegen das Ende des Dreissigjährigen Krieges kam es 1647 mit dem *Defensional von Wyl* zu einer Verständigung über den gemeinsamen Grenzschutz mit einer gemeineidgenössischen Wehrordnung und einem paritätischen Kriegsrat.²³ Dieser war – mit zunehmender Gefahr in drei Folgen – aber lediglich für den Aufruf zum Zusammenzug zuständig. Das *Defensional* sah weder eine Oberleitung noch einen Generalstab vor. Doch schon dies ging mehreren Ständen zu weit und so traten bereits 1677 – neben konfessionellen Motiven u.a. wegen «der Zerstörung und Zerütung unßer alten so Lobl. Pündten» – ihrer sechs wieder aus.²⁴ An dieser Abneigung der Stände gegen eine Monopolisierung der Verteidigung änderte sich auch in den folgenden hundert Jahren nichts. Selbst als Frankreich mit der militärischen Unterwerfung drohte, war von einem eidgenössischen Heer nichts zu sehen. Dies hatte allerdings verschiedene Gründe: Neben offenen Sympathien für Frankreich und dem «Standesbewusstsein» verloren wegen des herbei gewünschten Einflusses der neuen Ordnung im Westen die bisherigen Obrigkeiten in verschiedenen Ständen ihr Machtmonopol; sie waren mit sich selbst bzw. einem unzufriedenen Volk beschäftigt.

Erst mit der *Mediationsakte*²⁵ kam es zur aufkrotyierten Bildung eines eidgenössischen Heeres, das – wie da-

²¹ KÄLIN/LIENHARD/WYTIENBACH (FN 11), 15; vgl. auch WIMMER (FN 8), 4; PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, Bern 1995, 218 f.

²² EDGAR BONJOUR, Geschichte der schweizerischen Neutralität, Bd. I, Basel 1970, 69.

²³ BONJOUR (FN 22), 71 f.; FREIBURGHANUS/BUCHLI/HONEGGER (FN 2), 6.

²⁴ BONJOUR (FN 22), 73.

²⁵ Art. 2 Mediationsakte vom 19. Februar 1803, http://www.servat.unibe.ch/verfg/ch/1803_Mediationsakte.pdf (besucht im Juni

nach entsprechend dem Bundesvertrag vom 7. August 1815 – aus festgelegten kantonalen Kontingenten zusammengefasst war.²⁶ In den Art. 12 (Subsidiaritätsprinzip), 19 (Begrenzung der kantonalen Truppenstärke, Mitteilungspflicht bei Mobilisierung), 31 ff. (ausenpolitische Kompetenzen des Bundes) der Mediationsakte wird der Charakter der bundesstaatlichen Organisation der Eidgenossenschaft durch die Teilung der Macht, d.h. eine Ausdehnung der Bundeskompetenzen, bestimmt und der Grundstein für ein Macht- und *Gewalt-Duopol* gelegt.²⁷

Unmittelbar nach der Inkraftsetzung der Mediationsakte, die den Kantonen die Verantwortung für die innere Sicherheit (wieder) übertrug²⁸, entstanden die ersten kantonalen Polizeidienste,²⁹ welche die vormaligen Stadtgarnisonen,³⁰ Harschierer³¹ oder Landjäger ablösten.

In Bezug auf die Zuständigkeiten für die Gewährleistung von innerer und äusserer Sicherheit änderte sich mit der Bundesverfassung vom 12. September 1848 nichts. Im Militärwesen wurde die Bundeskompetenz und (auch finanzielle) -verantwortung jedoch deutlich ausgebaut.³² Eine Neuerung gab es mit der Regelung der *Bundesintervention* nach Art. 16,³³ die (ebenso in Art. 16) identisch in die BV von 1874 übernommen worden ist: Den Bundesbehörden kommen je nach Bedrohungslage für oder in einem Kanton mit einem Subsidiaritätsvorbehalt besondere Aufgaben bzw. Pflichten zu.³⁴

2012). BONJOUR (FN 22), 144, 184; PETER DÜRRENMATT, Schweizer Geschichte, Zürich 1963, 365 ff., 372 f.; FREIBURGH/AUS/BUCHELI/HONEGGER (FN 2), 1.

²⁶ DÜRRENMATT (FN 25); FREIBURGH/AUS/BUCHELI/HONEGGER (FN 2), 1.

²⁷ Vgl. ANDREAS KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Zürich 2008, 217, der den in der Literatur vertretenen Staatenbund ablehnt und auf das «corps helvétique» und die fehlende völkerrechtliche Anerkennung der Kantone durch die fremden Mächte hinweist.

²⁸ Art. 12 Mediationsakte: «Die Cantone üben alle Gewalt aus, die nicht ausdrücklich der Bundesbehörde übertragen ist» und Art. 9 Mediationsakte: «Die Anzahl besoldeter Truppen, die ein Canton unterhalten kann, ist auf zweihundert Mann beschränkt.»

²⁹ So beschliesst im Kanton Bern die neue Kantonsregierung, «der Kleine Rat», am 26. Oktober 1803, die bisherige «Stadt- und Land-Maréchaussée» durch «ein militärisches Corps von Einhundert Landjägern mit Inbegriff ihres Chefs und seiner Untergeordneten» zu errichten. 200 Jahre Kantonspolizei Bern, <http://www.police.be.ch/police/de/index/ueber-uns/ueber-uns/historisches.html>, besucht im Juni 2012. In Basel erliessen am 21. Juni 1816 der «Bürgermeister, Klein und Grosse Räte des Kantons Basel das Gesetz wegen Einrichtung einer Kantons Polizey». MARKUS FÜRSTENBERGER, 175 Jahre Kantonspolizei Basel-Stadt, Basel 1991, 23.

³⁰ Die vormaligen Ständekompanien (deren Angehörige in Basel «Stänzler» genannt wurden).

³¹ Abgeleitet von «Archer» (aus dem Altgriechischen «archon», d.h. Herrscher, Führer), was ein Armbrust- oder Bogenschütze war. FÜRSTENBERGER (FN 29), 18.

³² FREIBURGH/AUS/BUCHELI/HONEGGER (FN 2), 16 ff. Vgl. auch RETO MÜLLER, Innere Sicherheit der Schweiz, Diss. Basel 2009, Egg bei Einsiedeln 2009, 19, 86 ff.

³³ MÜLLER (FN 32), 30 f.

³⁴ Ein von 28 Nationalräten unterzeichnetes Postulat Huber «Staatsreform», Nr. 3529 vom 9. März 1937, das zum Ziele hatte, den «Notstandspluralismus» aufzuheben, wurde vom Nationalrat nicht überwiesen; zitiert nach KLEY, Verfassungsgeschichte (FN 27), 290.

Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 hat in Art. 52 materiell – wenn auch mit einer viel knapperen Formulierung – an diesem verfassungsrechtlichen Rahmen für eine Bundesintervention nichts geändert; eine Bundesintervention nur auf Gesuch eines Kantons, wie im Nationalrat vorgeschlagen, wurde deutlich abgelehnt³⁵ (und hätte dem Nachführungsgedanken widersprochen).

Indessen hat die neu in die Verfassung aufgenommene Bestimmung von Art. 57, wonach «Bund und Kantone [...] im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung» sorgen (Abs. 1) und ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit koordinieren (Abs. 2) die vormalige Kompetenzrechtslage aus dem Gleichgewicht gebracht.³⁶ Die Verfassungsnorm von Art. 57 Abs. 2 verliert ob ihrer *Dynamisierung*³⁷ ihre Eindeutigkeit. Nicht nur dringt der Bund immer deutlicher in die Polizeihochheit der Kantone ein, er weicht dabei auch das *staatliche* Gewaltmonopol auf – und dies auch im Zuständigkeitsbereich der Kantone (vgl. nachfolgend Ziff. V. und VI.).³⁸

IV. Völkerrechts- und staatspolitische Paradigmenwandel

1. Geo- und völkerrechtspolitische Entwicklungen nach 1945

Eng verbunden mit dem Gewaltmonopol ist der Begriff der *Souveränität*, d.h. der «Höchstmächtigkeit»³⁹ des Staates bzw. seines je zuständigen Organs. Unterschieden wird zwischen innerer und äusserer Souveränität; wesentliches *Element* der Souveränität ist das Gewaltmonopol. Die äussere Souveränität verleiht dem Staat die Handlungsfähigkeit im völkerrechtlichen Kontext und hat grundsätzlich vorab zum Ziel, die Integrität und Unabhängigkeit des eigenen Staates gegen fremde Einflüsse zu wahren.⁴⁰ Damit bedeutet die äussere Souveränität bei Missbräuchen des Gewaltmonopols im Innern eines Staates aber auch die Ohnmacht der Völkergemeinschaft, selbst gegen schlimmste Verletzungen völkerrechtlich garantierter existentieller Menschenrechte – ausser bei Völkermord – nicht vorgehen zu dürfen.⁴¹

Vgl. zu den Pflichten der Bundesbehörden ferner MÜLLER (FN 32), 30 ff.

³⁵ MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 1195, 1210 ff.

³⁶ MOHLER (FN 35), Rz. 195 ff.

³⁷ «Dynamisierung von Art. 57 Abs. 2 BV»: so wörtlich im Bericht des Bundesrates vom 2. März 2012 zum Postulat Malama betreffend Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen (BBl 2012 4459), Ziff. 3.1.1 (4551).

³⁸ MOHLER (FN 35), Rz. 1329 ff.

³⁹ Zur Relativität der «Höchstmächtigkeit»: SALADIN (FN 21), 29.

⁴⁰ CHRISTINE KAUFMANN, Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggi/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 2, Rz. 40 ff.

⁴¹ Vgl. Art. 2 Ziff. 7 UNO-Charta, Art. 1 Ziff. 2 des Zusatzprotokolls vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter

Die Gräueltaten der nationalsozialistisch-faschistischen und des stalinistischen Terrorregime und das Grauen des Zweiten Weltkrieges führten zu doppelten Anstrengungen, einerseits staatlichen Terror und andererseits mindestens Eroberungskriege zu verhindern oder doch zu erschweren:

Mit der Gründung der Vereinten Nationen am 26. Juni 1945 in San Francisco und der nachfolgenden Ratifikation ihrer Charta⁴² verzichteten die Mitgliedstaaten auf jede mit deren Zielen unvereinbare *zwischenstaatliche* Androhung oder Anwendung von Gewalt (Art. 2 Ziff. 4) und übertrugen dem Sicherheitsrat formal ein Macht- (Art. 41) bzw. Gewaltmonopol (Art. 42 UN Charta).⁴³ Den Mitgliedstaaten steht nur ein begrenztes Notwehr-Selbstverteidigungsrecht zu (Art. 51), bis der Sicherheitsrat die notwendigen Massnahmen ergriffen hat (und sich diese als effektiv erweisen).⁴⁴ Die Vereinten Nationen haben diese Ziele leider weit verfehlt, was primär an der mangelnden rechtlichen und faktischen Umsetzung des dem Sicherheitsrat zuerkannten embryonalen (PREUSS⁴⁵) Gewaltmonopols durch die Siegermächte zuzuschreiben ist.⁴⁶ Dahinter stecken allerdings weit stärker bestimmende politische Einflüsse als die strukturellen Unzulänglichkeiten. Das KANT'sche Modell des Friedens, wonach die Grundidee des Rechtsstaates auf die internationalen Beziehungen übertragen werden könnte, ist bedauerlicherweise weit näher einer Utopie als der Wirklichkeit.

Mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948⁴⁷ sollte die *innerstaatliche* Machtanwendung gegen (alle) Menschen gebremst und diesen die Grundrechte gegenüber der staatlichen Obrigkeit zuerkannt werden. Ziel war es, die innerstaatliche *Gewaltanwendung* im Rahmen des staatlichen Gewaltmonopols zum ersten Mal *weltweit rechtlich zu beschränken*. Die Bemühungen fanden im Rahmen der UNO ihre

Konflikte (Protokoll II), SR 0.518.522; daher der politische Streit, ob es sich in Syrien um einen Bürgerkrieg handle oder nicht. Vgl. aber Art. 1 des Übereinkommens vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, SR 0.311.11.

⁴² Der Beitritt der Schweiz zu den Vereinten Nationen ist in der Volksabstimmung vom 3. März 2002 mit 54,6% Ja-Stimmen (und 11 + 2 halbe gegen 9 + 4 halben Ständesstimmen) bei 58,4% Stimmbeteiligung angenommen worden; am 10. September 2002 ist der Beitritt vollzogen worden (AS 2003 866).

⁴³ Vgl. ROBERT KOLB, *Considérations générales sur la violence et le droit international*, in: Zwahlen/Lienemann (Hrsg.), *Kollektive Gewalt*, Bern 2006, 47 ff., 60 f.

⁴⁴ RAINER J. SCHWEIZER, *Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der Armee und das zukünftige Leistungsprofil sowie zu ausgewählten Fragen der Militärflicht*, Gutachten vom 8. Oktober 2010 z.H. des VBS, in: VPB 2010, 10, 91 ff., 124.

⁴⁵ ULRICH K. PREUSS, *Der Wandel der Formen und der Rechtfertigung von Gewalt in den internationalen Beziehungen*, in: Anders/Gilcher-Holtey, *Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols*, Frankfurt 2006, 39 ff., 59.

⁴⁶ Vgl. MARIE LUISA FRICK, *Krieg Aller gegen Alle: Zur menschenrechtlichen Legitimation staatlicher Gewalt*, in: Ertl/Troy (Hrsg.), *Vom «Krieg aller gegen alle» zum staatlichen Gewaltmonopol und zurück?*, Frankfurt a.M. 2012, 17 ff., 34.

⁴⁷ Angenommen von der UNO-Generalversammlung in Paris, Res. 217 A (III).

Fortsetzung mit Konkretisierungen namentlich durch den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁴⁸, den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe sowie die Kinderrechtskonvention⁴⁹.

Der 2006 von der UNO-Generalversammlung ins Leben gerufene *Menschenrechtsrat*⁵⁰ ist ohne die Möglichkeit, Sanktionen zu verhängen, auch ohne direkte Wirksamkeit, was zur Bändigung des innerstaatlichen Gewaltmonopols wenig beiträgt.

1.1 Globaler Wandel 1991

Die durch die UNO-Charta geschaffene internationale Ordnung, nach der auf jede Androhung oder Anwendung von Gewalt, die ihren Zielen zuwiderlaufen, zu verzichten sei – was das *ius ad bellum* aufhob –, wurde trotz der faktischen Schwäche der Verbindlichkeit dieser Ordnung – ausser von den Veto-Mächten selber – mehr oder weniger eingehalten; dies beruhte indessen mehr auf dem je bereit gehaltenen Weltzerstörungspotential der Supermächte. Der Paradigmenwechsel nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion und des Warschauer Paktes führte dazu, dass die nach dem Dreissigjährigen Krieg resp. dem Westfälischen Frieden eingetretene *Verstaatlichung des Krieges* wieder einer *Entstaatlichung höchst gewaltsamer Auseinandersetzungen* weicht.⁵¹ Das Gleichgewicht des Schreckens ist der Ubiquität des Schrecklichen gewichen.⁵²

Das staatliche Gewaltmonopol, das nach innen und aussen wirken soll, hat seine Wirkung betreffend Gewaltverzicht oder doch Gewaltmässigung in doppelter Hinsicht deutlich verloren: Zum einen weil kriminelle Organisationen und terroristische Netzwerke, ja Einzeltäter, aus unterschiedlichen Motiven jederzeit und überall mit verheerender Gewalt ihre Ziele verfolgen, was jeden Staat treffen kann und daher neue Anforderungen an die Abwehr stellt; zum andern weil Staaten, statt eigene Streit- oder Polizeikräfte einzusetzen, private Unternehmen mit Kampfhandlungen oder polizeilichen Zwangsanwendungen beauftragen, ihnen also *Dispositionsbefugnisse* verleihen und diese *Staaten somit die Gewaltanwendung nicht mehr direkt verantworten*.

⁴⁸ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte («UNO-Pakt I»), SR 0.103.1.

⁴⁹ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes («Kinderrechtskonvention»), SR 0.107, mit zwei Fakultativprotokollen vom 25. Mai 2000 betreffend Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten, SR 0.107.1, und betreffend den Verkauf von Kindern, Kinderprostitution und Kinderpornographie, SR 0.107.2.

⁵⁰ A/Res./60/251 v. 15. März 2006 (URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251_en.pdf; zuletzt besucht: 8.10.2012); er ersetzt die vormalige Menschenrechtskommission.

⁵¹ Vgl. PREUSS (FN 45), 61 ff.

⁵² MARKUS H.F. MOHLER, *Vernetzung von Sicherheit*, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR III/1, Basel 2008, Beitrag J, Rz. 127.

1.2 Europa

Der Europäischen Union wird als grösster Erfolg die Gewährleistung des seit ihrer ersten Gründung dauernden Friedens in Europa zuerkannt (und mit der Verleihung des Friedens-Nobelpreises 2012 auch anerkannt). Mit der zunehmenden Integration wurde eine europäische Sicherheitsarchitektur zur Bewältigung ziviler und militärischer Bedrohungen aufgebaut: die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik⁵³, die polizeiliche Zusammenarbeit mit den beiden Bestandteilen Schengen und Europol⁵⁴ ebenso wie die Koordination und Zusammenarbeit der (justiziellen) Strafverfolgungsbehörden (Eurojust).⁵⁵

Die Mitgliedstaaten *teilen* auf Grund dieser europa- (für die EU-Mitgliedstaaten *nicht* völker-) rechtlichen Verpflichtungen *wesentliche Elemente ihres eigenen staatlichen Gewaltmonopols* mit ihren Partnerstaaten; der *territoriale Bezug* auf den eigenen Staat ist *aufgehoben*⁵⁶ und durch einen weiter gefassten Jurisdiktionsbereich ersetzt worden.

2. Schweiz

Wie wohl die Schweiz nicht Mitgliedstaat der EU ist, hat sie mit dem Schengen-Assoziierungsabkommen vom 26. Oktober 2004⁵⁷ formal gesehen – solange sie assoziiertes Schengen-Mitglied ist – gar etwas mehr von ihrem Gewaltmonopol abgetreten⁵⁸ als die EU-Mitgliedstaaten, indem sie gehalten ist, die Weiterentwicklungen zu übernehmen, bei deren Gestaltung jedoch nur ein Mitsprache-, aber kein Mitbestimmungsrecht hat. So verpflichtet namentlich der Rahmenbeschluss 2006/960/JI über den *grundrechtsrelevanten vereinfachten Informationsaustausch (RB-vI)*⁵⁹ zu Kooperationen, deren Bedingungen nicht strenger sein dürfen als im innerstaatlichen Verhältnis.⁶⁰ Auch die Bestimmungen über die grenzüberschreitende Nacheile und Observati-

on in Dringlichkeitsfällen ohne vorherige Einwilligung des Empfangsstaates – ob in Rechtsakten des Schengen-Besitzstandes oder in bilateralen Staatsverträgen geregelt – kommt einem *gegenseitigen begrenzten Verzicht auf das eigenstaatliche Gewaltmonopol* im Einzelfall gleich.

In Bezug auf ein quasi beschränkt partnerschaftliches Gewaltmonopol geht der schweizerische-deutsche Polizeivertrag⁶¹ deutlich weiter mit grenzüberschreitender Observation (zur Strafverfolgung und Strafvollstreckung, Art. 194, sowie zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung, Art. 15), der Nacheile (Art. 16), der verdeckten Ermittlung (zur Aufklärung von Straftaten, Art. 17, und zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung, Art. 18) sowie der kontrollierten Lieferung (Art. 19), alle in Dringlichkeitsfällen selbst ohne vorherige Genehmigung des Partnerstaates. Art. 22 sieht überdies den Austausch von Polizeibeamten mit Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse vor.⁶²

Auch in militärischer Hinsicht ist die Schweiz trotz ihrer Neutralitätspolitik auf Zusammenarbeitsformen mit andern Staaten nicht nur in der Ausbildung, sondern fallweise ebenso im operationellen Bereich angewiesen. So haben die Schweiz und Frankreich 2005⁶³ und die Schweiz und Italien 2006⁶⁴ Staatsverträge über die Zusammenarbeit im Bereich der Sicherung des Luftraums gegen nichtmilitärische Bedrohungen aus der Luft, die unter formellen Voraussetzungen auch die Erzwingung der Einhaltung einer Flugroute oder der Landung im Luftraum des Partnerstaates umfassen, abgeschlossen. Gleich gerichtete, aber weniger weitgehende Massnahmen umfassende Staatsverträge bestehen seit 2008 mit Deutschland⁶⁵ und Österreich.⁶⁶

V. Staatsrechtlicher und rechtsstaatlicher Rahmen (Schweiz)

1. Das «Gewaltmonopol» als quasi vorkonstitutionelle Selbstverständlichkeit?

Wie erwähnt, wird das Gewaltmonopol in der BV nicht stipuliert (was schon für die Verfassungen von 1848 und 1874 galt). Wird es also stillschweigend als vorkonstitutionelle Selbstverständlichkeit im Sinne des dritten JELLINEK'schen Staatlichkeitskriteriums angenommen?

Schengen-Staaten (Schengen-Informationsaustausch-Gesetz, SIaG), SR 362.2, und Art. 355c StGB.

⁶¹ Vertrag vom 27. April 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die grenzüberschreitende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (schweizerisch-deutscher Polizeivertrag), SR 0.360.136.1.

⁶² Diese Bestimmung kam auch bereits in Genf zur Anwendung anlässlich des Gipfels von Evian vom 7. März 2003, vgl. MOHLER (FN 35), Rz. 1133, 2124.

⁶³ SR 0.513.234.91.

⁶⁴ SR 0.513.245.41.

⁶⁵ SR 0.513.213.61.

⁶⁶ SR 0.513.216.31.

⁵³ Art. 42 ff. des (Lissaboner) Vertrages über die Europäische Union (EUV), ABI C 115 v. 9.5.2008, 13.

⁵⁴ Art. 87 ff. des (Lissaboner) Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI C 115 v. 9.5.2008, 47.

⁵⁵ Art. 85 f. AEUV.

⁵⁶ Vgl. Beitrag von ERHARD DENNINGER in diesem Heft.

⁵⁷ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (mit Anhängen und Schlussakte), SR 0.362.31.

⁵⁸ Obwohl der Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl, ABI L 190 v. 18.7.2002, 1, keine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellt und für die Schweiz demnach nicht gilt.

⁵⁹ ABI L 386 v. 29.12.2006, 89; Notenaustausch vom 28. März 2008 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands, abgekürzt: RB-vI), SR 0.362.380.024.

⁶⁰ Art. 3 Ziff. 3 RB-vI (FN 59); vgl. Art. 6 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 2009 über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen

MAX WEBER definierte den Staat noch deutlicher mit dem Gewaltmonopol: «*Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes [...] das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich beansprucht. Denn das der Gegenwart Spezifische ist, dass man allen anderen Verbänden oder Einzelpersonen das Recht zur physischen Gewaltsamkeit nur soweit zuschreibt, als der Staat sie von ihrer Seite zulässt: er gilt als alleinige Quelle des <Rechts auf Gewaltsamkeit>.*»⁶⁷ Eine noch prägnantere Formulierung dieses Autors lautet: «[D]er Staat ist derjenige Verband, der das Monopol *legitimer Gewaltsamkeit* in Anspruch nimmt, – anders ist er nicht zu definieren.⁶⁸» Wir haben bereits festgestellt, dass die Bindung des Gewaltmonopols an ein einzelstaatliches Territorium überholt ist. Stimmt die Umschreibung aber materiell? Das Gewaltmonopol ist, wie die öffentliche Sicherheit, kein Faktum, sondern ein nach bestimmten Kriterien immerfort anzustrebendes Ziel.⁶⁹ Noch zurückhaltender ist REEMTSMA: «*Das staatliche Gewaltmonopol ist, wo immer wir es antreffen, kein fixer Zustand, sondern eine Momentaufnahme im Prozess der Monopolisierung der Gewalt durch den Staat.*»⁷⁰ Diese Einschränkungen beziehen sich auf die *rechtswidrige* Infragestellung oder Brechung des staatlichen Gewaltmonopols. GRIMM grenzt das staatliche Gewaltmonopol auf die *legitime* physische Gewalt ein, weshalb es durch weiterhin vorkommende private Gewalt nicht in Frage gestellt werde.⁷¹ Die Legitimität findet sich bereits bei WEBER. Während sie bei WEBER formell zu versehen ist, fokussiert GRIMM auf den materiellen Gehalt. Beide Varianten vermögen heute jedoch nicht ganz zu überzeugen, denn die staatliche Gewaltanwendung muss im Rechtsstaat nicht nur *formell legitim*, sondern *auch legal*, also gesetzlich genügend bestimmt geregelt sein und zudem *materiell legitim*, d.h. *verhältnismässig* sein (gerade im Unrechtsstaat kann Widerstand gegen illegale oder unverhältnismässige Gewalt legitim sein). Indessen wird jede private *illegale* Gewaltanwendung zu einem Verstoss gegen das staatliche Gewaltmonopol oder – sofern durch staatliche Organe begangen – zu seinem Missbrauch.

2. Voraussetzungen für die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols

2.1 Im Allgemeinen

Die ursprüngliche Legitimierung des staatlichen Gewaltmonopols stützt sich auf die Sozialkontraktstheo-

rie, die mit HOBBS beginnt. Dieser Kontrakt ist zwischen dem Herrscher und den zeitgenössischen Bürgern unter den dannzumal aktuellen Bedingungen geschlossen. Für nachfolgende Generationen bedeutet diese Begründung jedoch eine möglicherweise unfreiwillige Einordnung in ein vorbestandenes Rechtsverhältnis, was ohne vorgegebene Änderbarkeit dieses Kontraktes zumindest nach demokratischen Staatsrechtsgrundlagen nicht notwendigerweise zu befriedigen vermag. Demgegenüber befindet sich der *demokratische Rechtsstaat* nicht in einer Legitimationskrise: Die stimmberechtigte Bevölkerung legitimiert die Macht, sie kann jederzeit gewaltfrei Verfassungsänderungen und damit Machtwechsel bewirken und sie kontrolliert die Macht.⁷² Dass sie sich dabei an die Menschenrechte halten muss, beruht auf der Ebene der Letztprinzipien, wonach *unbedingte Anerkennungswürdigkeiten* nicht auf einer Mehrheit beruhen, sondern auf der *Un-Bedingtheit der Menschenwürde, der Vernunft und des Prinzips der Freiheit*.⁷³

Diese *demokratisch legitimierte rechtsstaatliche, d.h. ebenso grundrechtskonforme Rechtsordnung* ist auch gegenüber Widerspenstigen durchzusetzen, ansonsten eine ihrer wesentlichsten Säulen, die Gleichstellung vor dem Gesetz, einbräche.⁷⁴

«Der Polizist ist bewaffnet, damit der Bürger keine Waffe tragen muss» (JEANNE HERSCH). In diesem fast lapidaren Satz kommt die *Symbolisierung der Gesetze* mit ihrer *Durchsetzungsfähigkeit*⁷⁵, das *Gewaltmonopol* des Rechtsstaates ebenso wie dessen *Schutzpflicht* im Sinne von Durchsetzung ebenso wie Zurückhaltung zum Ausdruck.

2.2 Konkret im Rechtsstaat

Voraussetzungen für die Legitimierung des *staatlichen Gewaltmonopols* sind demnach

1. der *politische Wille*,
 - das *Gewaltmonopol* (nicht nur im physischen Sinn) – auch als Element der äusseren Souveränität – im völkerrechtlichen Rahmen *auszuüben*, und
 - zur Herstellung und Erhaltung der *Fähigkeiten*, das *Gewaltmonopol zum Schutze des Rechtsstaates*, mithin auch seiner selbst, im Rahmen der grundrechtlichen und weiteren gesetzlichen Pflichten und Schranken anzuwenden, die nötigen Mittel in genügender Qualität und Quantität jederzeit zur Verfügung zu halten, d.h. zur Bereitstellung hinreichender Ressourcen ins-

⁶⁷ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. von J. Winkelmann, 5. Aufl., Tübingen 1985, 822 (so bereits in einem Vortrag «Politik als Beruf», 1919). Gleich in MAX WEBER, *Soziologie, Universalgeschichte, Analysen Politik*, hrsg. von Johannes Winkelmann, Stuttgart 1973, 453. Zu Legitimationsinhalten und Kritik an MAX WEBERS Legitimationslehre: SALADIN (FN 21), 189 ff.

⁶⁸ MAX WEBER, *Soziologie – Weltgeschichtliche Analysen – Politik*, hrsg. von J. Winkelmann, 2. Aufl., Stuttgart 1956, 453.

⁶⁹ MARKUS H.F. MOHLER/PATRICK GÄTTELIN/RETO MÜLLER, *Unsicherheit über Sicherheit – von Verfassungsbegriffen bis zur Rechtsanwendung*, AJP 7/2007, 815 ff., 816.

⁷⁰ JAN PHILIPP REEMTSMA, *Vertrauen und Gewalt, Versuch über eine besondere Konstellation der Moderne*, Hamburg 2008, 168.

⁷¹ GRIMM (FN 6), 28.

⁷² Vgl. MARTIN SENTI, *Volkes Wille ohne Willkür*, NZZ vom 16. Juni 2012, 23. Skeptisch SALADIN (FN 21), 220. Der rechtsstaatliche Einsatz «handfester» Macht als *ultima ratio* dürfe nie konstruktiv-gestaltend sein und reiche daher für Sinnggebung und Legitimation [des Staates] letztlich nicht hin.

⁷³ Vgl. ANNEMARIE PIEPER, *Recht und Moral als Gestalten der Freiheit*, in: Holzhey/Leyvraz (Red.). *Die Herausforderung des Rechts durch die Moral*, *studia philosophica* vol. 44/1985, Bern 1985, 11 ff., 13.

⁷⁴ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 11), 13.

⁷⁵ JEANNE HERSCH, *Ethik der Polizei zwischen Gesetz und Gewalt*, Vortrag am Seminar für Polizeikommandanten und Polizeichefs v. 16.–18. Mai 1988 in Konolfingen/BE (vervielfältigte Zusammenfassung, Schweizerisches Polizei-Institut Neuenburg, 1988), S. 4 f.

besondere in personeller Hinsicht mit zur *grundrechtskonformen Zwangsanzwendung* befähigten Akteuren;

2. eine allen *rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Rechtsetzung*, welche (u.a.)
 - einfache Möglichkeiten der Streitentscheidung auf gewaltfreie, verfahrensrechtlich geregelte Weise gewährleistet,
 - die (wenigen) Ausnahmen vom staatlichen Gewaltmonopol, d.h. die rechtmässige Anwendung privater Gewalt klar und transparent festlegt,
 - die Behörden verpflichtet, alle Brüche des Gewaltmonopols auf ihre Rechtmässigkeit hin zu untersuchen und bei negativem Befund zu sanktionieren, und
 - auch die Anwendung des staatlichen Gewaltmonopols der justiziellen Prüfung unterstellt.

3. Verfassungsmässige Grenzen der Ausübung staatlicher Macht bzw. Gewalt

3.1 Grundsätzlich

Beruhet die Legitimierung der staatlichen Macht materiell-rechtlich auf dem Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, so stellt sich neben die Kompetenz des Staates, DASS er Zwang anwenden darf, gleichrangig das Kriterium, WIE er diese anwenden darf. Daraus leiten sich sowohl in der Rechtsetzung wie in der Rechtsanwendung die Fragen ab, OB Freiheiten zu beschränken seien und gegebenenfalls mit welchen MITTELN, in welchem MASS.⁷⁶ Dabei kommt, wie bereits erwähnt, der Kontrolle der Machtanwendung nach den genannten Prinzipien durch den innerstaatlichen Souverän eine prominente Funktion zu. Zusätzlich zur rechtsstaatlich unverzichtbaren *justiziellen Kontrolle* bedarf es der demokratisch gebotenen *ununterbrochenen politischen Verantwortungslinie*.

3.2 Delegierbarkeit und Ausnahmen der Ausübung des Macht- und des staatlichen Gewaltmonopols und ihre Grenzen

Art. 178 Abs. 3 BV gestattet es dem Bund, durch Gesetz Verwaltungsaufgaben Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts zu übertragen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. In Bezug auf die Delegierbarkeit der unmittelbaren Zwangsanzwendung hat diese Bestimmung – auch als Leitmotiv auf kantonaler und kommunaler Ebene – zu kontroversen Diskussionen geführt. Dabei ist nicht zu übersehen, dass sich der Bund nicht widerspruchsfrei verhält. Der Bundesrat hielt im Bericht über die privaten Sicherheits- und Militärfirmen⁷⁷ fest, das staatliche Gewaltmonopol bilde den Kern der Sicherheitsverfassung und mache die Anwendung physischen Zwangs zur ausschliesslichen Angelegenheit des Staates. Dem folgte inhaltlich gleich, wenn sprachlich auch weniger

strikt, die Bestätigung der Ausschliesslichkeit physischer Zwangsanzwendung (als Ministerialaufgaben) durch den Staat in den beiden Berichten über die *Corporate Governance*.⁷⁸

Dem stehen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes⁷⁹ und des Bundesgesetzes über die Sicherheitsorgane im öffentlichen Verkehr⁸⁰ gegenüber, die in Art. 2 Abs. 1 lit. e ZAG und Art. 5 Abs. 3 BGST den Einsatz privater Dienste auch zur Anwendung physischen Zwangs erlauben.⁸¹

Ausnahmen vom Gewaltmonopol, und damit die beschränkte Befugnis *einzelner Privater* Gewalt anzuwenden, sind in der schweizerischen Rechtsordnung eng gefasst. Sie finden sich in den Bestimmungen über die Notwehr, Notwehrhilfe und Notstand (Art. 15–18 StGB), über den Besitzschutz (Art. 926 ZGB⁸² i.V.m. Art. 52 OR⁸³) und über Massnahmen im Rahmen der elterlichen Sorge (Art. Art. 301 ZGB) bzw. über die Hausgewalt (Art. 331 ff. ZGB) sowie im «Jedermannsrecht» zur vorläufigen Festnahme (Art. 218 StPO⁸⁴).⁸⁵ Wie eng die private Gewaltausübung begrenzt ist, zeigen die Pflichten, bei zivilrechtlichen Streitigkeiten die Polizei zuzuziehen,⁸⁶ und die vom Bund in Art. 28b ZGB vorge-

⁷⁸ Bericht des Bundesrates zur Ausübung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate Governance Bericht) v. 13. September 2006 (BBl 2006 8233, 6260) und Umsetzungsplanung zum Corporate Governance Bericht v. 25. März 2009 (URL: [http://www.efv.admin.ch/d/downloads/finanzpolitik_grundlagen/cgov/Umsetzungsplanung CG_25032009_d.pdf](http://www.efv.admin.ch/d/downloads/finanzpolitik_grundlagen/cgov/Umsetzungsplanung	CG_25032009_d.pdf); Einblick: 17.6.2012), 2. Ausführlicher dazu MOHLER (FN 35), Rz. 1304.

⁷⁹ Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanzwendungsgesetz, ZAG), SR 364.

⁸⁰ Bundesgesetz vom 18. Juni 2010 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST), SR 745.2.

⁸¹ Hinsichtlich der privaten Sicherheitsorgane im öffentlichen Verkehr: Art. 4 Abs. 1 BGST i.V.m. Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 17. August 2011 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (VST), SR 745.21. Dass dem ZAG generell und dem BGST zumindest für die nicht dem Bund gehörenden Transportunternehmen die Verfassungsgrundlage fehlt (vgl. MOHLER [FN 35], Rz. 207 ff. m.w.N.) und Transportverträge, somit der zu entrichtende Fahrpreis ebenso wie ein Zuschlag, privatrechtlicher Natur sind (vgl. BGE 136 II 457, UVEK gegen SBB und SBB gegen BAV E. 2.2. und 6.2 f.) lässt die Zwangsanzwendung einschliesslich «Anhaltung», also Festnahme, besonders heikel erscheinen (vgl. Art. 11 UNO-Pakt II; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV, 2. Aufl. 2008, Rz. 48).

⁸² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210.

⁸³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR), SR 220.

⁸⁴ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO), SR 312.0.

⁸⁵ Vgl. zu den Ausnahmen vom staatlichen Gewaltmonopol RAUBER (FN 16), 107 ff.

⁸⁶ Art. 59 Abs. 2 OR, sichernde Massregeln bei Gebäuden; Art. 268b OR, Durchsetzung des Retentionsrechts des Vermieters; Art. 283 Abs. 2 Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1, Wahrung des Retentionsrechts bei Gefahr im Verzug, Art. 284 SchKG, Rückschaffung von Gegenständen innert 10 Tagen.

⁷⁶ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 11), 26 f.

⁷⁷ Vom 2. Dezember 2005 (BBl 2006 623, 631).

schriebene kantonale Stelle, die bei häuslicher Gewalt im Krisenfall sofort intervenieren muss.

4. Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols

4.1 Gesetzliche Ermächtigungen zu (begrenzter) Machtausübung bzw. Gewaltanwendung

Die Übertragung hoheitlicher⁸⁷ Befugnisse an private Organisationen hat in der Schweiz eine lange Tradition. Sie nahm indessen in den letzten Jahren auf Grund veränderter politischer Haltungen (mit entsprechenden, oft inhaltleeren und aus dem Englischen importierten Schlagworten⁸⁸) stark zu.

Soweit vor der rechtlichen Zwangsvollstreckung von Verfügungen durch beliebige Private, gestützt auf eine verfassungsrechtlichen Vorgaben genügende Rechtsetzung, die *richterliche Überprüfbarkeit* gewährleistet ist, wird das staatliche Gewaltmonopol nicht beeinträchtigt.

Trotz gesetzlicher Ermächtigungen – wie durch das ZAG und das BGST – ist das *staatliche Gewaltmonopol* indessen aus drei Gründen *verletzt*, wenn *Private zur Ausübung unmittelbaren physischen Zwangs befugt* werden, bevor ein Rechtsmittel ergriffen werden und eine justizielle Prüfung stattfinden kann:

- die *Entscheidungsmacht*, gegen wen *weswegen* wie Zwang angewendet wird (Dispositionsbefugnis), obliegt nicht mehr einem Staatsorgan,
- die genügenden *Eigenschaften und Fähigkeiten* (Selektion, Schulung, Disziplinarordnung,⁸⁹ betriebliche Kontrolle) zur Erfüllung der *Voraussetzungen und Bedingungen für die Anwendung unmittelbaren physischen Zwangs* sind nicht gewährleistet,
- die *ununterbrochene politische Verantwortungslinie* besteht nicht.

Die *äusserst grundrechtssensible unmittelbare physische Zwanganwendung* erlaubt keine Aufweichung oder gar einen Verzicht auf das staatliche Gewaltmonopol bzw. seine *unmittelbare Anwendung*.

4.2 Illegale Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols

Auch wenn jeder illegale Zwang oder dessen Androhung einen Verstoss gegen das staatliche Gewaltmonopol bedeutet, wird dieses durch einzelne illegale private Gewaltakte *nicht prinzipiell* in Frage gestellt, soweit der Staat nicht bewusst auf dessen Durchsetzung verzichtet oder mit ungenügenden Mitteln in Kauf nimmt, dieses quasi permanent nicht verteidigen zu können.⁹⁰

Grundsätzliche Infragestellungen oder Einbrüche können sich einerseits durch *Völkerrechtsverletzungen im in-*

ternationalen Kontext in methodisch unterschiedlicher Weise, wenn auch nicht notwendiger Weise mit physischem Zwang, ergeben,⁹¹ andererseits *innenrechtlich* durch die Behauptung einer Berechtigung zur Gewaltanwendung qua «besserer Legitimität» (Besetzungen usw.) oder fremden Rechts, bspw. der Sharia (z.B. Züchtigung, Entführung, Zwangsheirat, Verstümmelung weiblicher Genitalien, Tötung, Terrorakte). Andererseits hat sich Gewaltanwendung aber auch von jeglicher «rechtlichen» oder ideologischen Begründung gelöst,⁹² sie erfolgt auch aus rein hedonistischen oder schlicht primitivsten Einstellungen.

4.3 Der Rückzug aus der Verantwortung des staatlichen Gewaltmonopols

Das Gewaltmonopol ist aber *nicht nur* das legitime, gesetzlich geregelte *Recht* des Staates, wo nicht mit weniger einschneidenden Mitteln möglich, die Rechtsordnung durchzusetzen, insbesondere die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, *sondern auch seine Pflicht*.⁹³ Erfüllt er sie nicht, entsteht in unterschiedlicher Weise ein Machtvakuum, das augenblicklich mit illegaler Gewaltanwendung gefüllt wird.

Das für den polizeilichen Rechtsgüterschutz noch hin und wieder vertretene Opportunitätsprinzip, d.h. das *freie Ermessen* v.a. der Polizei, ob sie interveniere oder nicht, ist durch ein strikteres Verständnis des Legalitätsprinzips abgelöst worden. Grundlage sind in der Durchsetzung des Gewaltmonopols gesetzliche und grundrechtliche Schutzpflichten, massgebend das Rechtsfolge- und darauf gestützt das Entschliessungs- (einschliesslich Auswahl-)ermessen.⁹⁴

Illegale Gewaltandrohungen und -anwendungen sind meist auch eine Bedrohung oder Verletzung von Grundrechten, die ihrerseits schützende Interventionen gebieten, sofern die Behörden von der Gefahr wussten oder hätten wissen sollen und der Schutz fundamentalen Rechts vernünftigerweise erwartet werden durfte.⁹⁵

⁹¹ Das Vorgehen der USA im Steuerstreit und bezüglich Verlängerung des *Visa-Waiver-Program* sind Beispiele für Souveränitätsverletzungen. Im Zusammenhang mit dem Steuerstreit zwischen den USA und der Schweiz kommen die von den USA durch staatsvertraglich nicht gestützte Forderungen kombiniert mit Androhungen schwerwiegender wirtschaftlicher Nachteile Angriffen auf die schweizerische Souveränität gleich. Umgekehrt missachten Eingeständnisse schweizerischer Behörden, die den *ordre public* und konkrete Gesetzesbestimmungen ignorieren, die Pflichten der Verteidigung der Souveränität i.S. des Gewaltmonopols im Landesinnern; die Verletzung von Verfahrensgrundrechten der Betroffenen erscheint als Missbrauch des Gewaltmonopols.

⁹² HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *Aussichten auf den Bürgerkrieg*, Frankfurt 1996, 20.

⁹³ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 11), 19; RAUBER (FN 16), 98.

⁹⁴ KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 11), 26; MOHLER (FN 35), Rz. 123 f., 299 ff., 338 ff., 651 f. je m.w.N., namentlich auf BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen*, Habil. Zürich, St.Gallen 2010.

⁹⁵ Vgl. aus jüngerer Zeit die Urteile des EGMR *Finogenov and others v. Russia* (Nr. 18299/03 und 27311/03), 20. Dezember 2011, § 209 m.w.N. und *Shumkova v. Russia* (Nr. 9296/06), 14. Februar 2012, § 92. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 11), 14 f.

⁸⁷ Vgl. MOHLER (FN 35), Rz. 136 m.w.H.

⁸⁸ Z.B. «outsourcing», «public private partnership (PPP)».

⁸⁹ Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 11), 67 f.

⁹⁰ So auch GRIMM (FN 6), 28.

Vor einiger Zeit wurden in den Medien zwei Fälle dargestellt, in denen nach diesen Berichten – so sie auch in wesentlichen Einzelheiten zutreffen sollten – Interventionspflichten der Behörden verletzt worden wären und damit auch das Gewaltmonopol wohl ignoriert worden sein könnte⁹⁶. In der Nacht vom 24. auf den 25. September 2011 kam es in Basel von einer «Party» aus einem illegal besetzten, aber politisch tolerierten Park heraus zu massiven Sachbeschädigungen an Liegenschaften in der Umgebung, verursacht durch etwa 15 gewalttätige Personen, obwohl die Polizei mit genügender Stärke an Ort gewesen sei und hätte eingreifen können (wobei die näheren Umstände, die etwa die Verhältnismässigkeitsproblematik betreffen könnten, nicht beschrieben wurden).⁹⁷ Ein anderer Sachverhalt unter dem Titel «Ein Mieter zum Fürchten», der sich bisher über mehr als ein Jahr hinzieht, wird aus Zürich berichtet:⁹⁸ Vermieter werden von einem Mieter offensichtlich tyrannisiert, ohne dass Zivilgericht, Staatsanwaltschaft oder Polizei dem Spuk ein Ende setzten. Der Rechtsgrundsatz mit Verfassungsrang, wonach der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet (Art. 2 Abs. 2 ZGB), der Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB), das Grundrecht auf Privat-, Familienleben und Wohnung (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK) und die damit verbundene unmittelbare Grundrechtsschutzpflicht einschliesslich staatliches Gewaltmonopol scheinen nach dieser Darstellung keine Beachtung zu finden.

Solch behördliches Verhalten – im Sinne einer *Typologie* und nicht als Kritik in Bezug auf diese hier erwähnten Szenarien – käme einem *Rückzug aus der Verantwortung des staatlichen Gewaltmonopols* und damit einer Aushöhlung der Rechtsstaatlichkeit gleich. Das staatliche Verhalten würde zu einer Art Komplizenschaft am Unrecht, wie schon ENZENSBERGER feststellte.⁹⁹ Auch wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip, oft für behördliche Zurückhaltung ins Feld geführt, diskussionslos in jedem Fall zu beachten ist, kann dieses umgekehrt nicht als Begründung dafür dienen, selbst gegen schwerwiegende (Grund-)Rechtsverletzungen nicht einzugreifen, ohne diese Grundrechte und das staatliche Gewaltmonopol zu missachten.

VI. Schlussbemerkungen

Das staatliche Gewaltmonopol wird – abgesehen von der wieder erneut vorgebrachten Infragestellung des Staates überhaupt¹⁰⁰ und abgesehen von den gesetzlich

eng begrenzten Ausnahmen – vierfach bedroht: durch völkerrechtswidriges Verhalten anderer Völkerrechtssubjekte, durch Behauptung (international und binnenrechtlich) einer Berechtigung zur Gewaltanwendung qua fremden oder «besseren» Rechts (Selbstlegitimierung), durch Delegation der Dispositionsbefugnis durch den Staat zur Anwendung unmittelbarer physischer Gewalt und durch seine mangelnde Durchsetzung, wenn dies auch unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips möglich und Pflicht wäre.

Stossend ist bei der derzeitigen Verfassungsrechtslage, dass der Bund, wie dargetan, selbst innerhalb der kantonalen Polizeihochheit durch das BGST das Gewaltmonopol als solches wie auch das der tangierten Kantone mit der generellen Ermächtigung staatlicher oder privater Transportunternehmen, für polizeiliche Aufgaben private Unternehmen zuzuziehen, beeinträchtigt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass unterbliebener staatlicher Schutz, wo dieser eben vernünftigerweise erwartet werden durfte, zur *Haftung des Gemeinwesens* führen kann; das Gleiche gilt, wenn bei der hoheitlichen Zwangsanwendung in gesetzlich unzulässiger oder unverhältnismässiger Weise (Grund-)Rechte verletzt werden. Dem ist beizufügen, dass das Staatshaftungsverfahren von Bund und den meisten Kantonen die Ansprecher benachteiligt, wenn Organe ausserhalb der Zentralverwaltung, also auch Private, Haftungssubjekte sind.

Der Bedrohungen des staatlichen Gewaltmonopols als ein wesentlicher Garant der Rechtsstaatlichkeit durch illegale Akteure sind genug. Der Staat sollte Sorge tragen, dass aus dem Gewaltmonopol nicht ein *Gewaltmarkt* (EPPLER¹⁰¹) und dass öffentliche Sicherheit nicht zu einer *commodity* wird, die sich nur noch Wohlhabende leisten können. Sonst könnte die Warnung HANS MAGNUS ENZENSBERGERS noch Wirklichkeit werden: «Die Privilegierten bezahlen für den Luxus ihrer totalen Isolierung; sie sind Gefangene ihrer eigenen Sicherheit geworden.¹⁰²»

Eine Gesellschaft ist nicht deswegen liberal, weil der Staat möglichst schwach und alles Private dafür stark ist. Die liberale Demokratie zielt auf eine gleichermaßen freiheitliche und gerechte Ordnung, die mit einwandfreien rechtsstaatlichen Mitteln durchgesetzt werden soll und die nicht mit einer «Art geregelter, milder und friedlicher Knechtschaft»¹⁰³ zu verwechseln ist.

⁹⁶ Dem Autor sind die Einzelheiten nicht bekannt, insbesondere nicht, ob die Medienberichterstattungen die Sachverhalte richtig und vollständig wiedergaben. Die nachfolgende Betrachtung erfolgt daher im Sinne von Szenarien, sie ist nicht als Beurteilung der konkreten Fälle zu verstehen.

⁹⁷ Vgl. Basler Zeitung on online, <http://bazonline.ch/basel/stadt/der-justizdirektor-schweigt/story/30562647>; Einblick (besucht im Juni 2012).

⁹⁸ Ein Mieter zum Fürchten, NZZ vom 2. Juni 2012, 19.

⁹⁹ Vgl. ENZENSBERGER (FN 92), 54 f.

¹⁰⁰ Vgl. DAVID DÜRR, Entstaatlichung der Rechtsordnung – ein Modell ohne Rechtsetzungs- und Gewaltmonopol, in Rechtswissen-

schaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.), Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006.

¹⁰¹ ERHARD EPPLER, Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?, Die Privatisierung und Kommerzialisierung der Gewalt, Frankfurt a.M. 2002.

¹⁰² ENZENSBERGER (FN 92), 57.

¹⁰³ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, Über die Demokratie in Amerika (zit. nach KLEY, FN 27), 327.