



Föderalismus im Sicherheits- und Polizeirecht – Reform dringend!

MARKUS H.F. MOHLER, Dr.iur.*

Im Sicherheits- und Polizeirecht ist der Föderalismus mannigfach unter Druck: Der Bund dehnt seine Kompetenzen entgegen der Verfassung zu Lasten der kantonalen Polizeihöhe immer mehr aus; nur wenige Kantone sind wirklich in der Lage, ihre Aufgaben just in der Bekämpfung unterschiedlicher Schwerstkriminalität wirkungsvoll zu erfüllen, und in Lagen mit geteilter Zuständigkeit – bspw. gleichzeitige Terrorattacken gegen verschiedenartige Ziele – besteht über die Führung keine Klarheit, was vermeidbare schlimme Folgen haben kann. Der Ressourcenmangel ist evident. Politische Äusserungen widersprechen oft der Wirklichkeit. Eine Grundsatzdiskussion über eine Reform des Föderalismus in diesem staatlichen Kernaufgabenbereich ist sachlich und zeitlich dringend.

Inhalt

I.	Einleitende Bemerkung.....	3
II.	Die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsregelung	4
	1. Grundsätzliches	4
	a) Zum prae-konstitutionellen Verständnis des Bundesstaates und zur BV von 1848 und 1874.....	4
	b) Vertikale Machtteilung	4
	c) Zur BV 1999	5
	d) Politisch ausgelöste Berichte zur Kompetenzregelung	12
	2. Völkerrechtliche Pflichten von Bund und Kantonen	17
	a) Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten	18
	b) Schutzpflichten gegenüber völkerrechtlich geschützten Personen.....	18
	c) Die Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen	19
	3. Die verfassungsrechtlichen Kriterien	19
	a) Art. 44 Abs. 1 und 2.....	19
	b) Art. 48 Abs. 2.....	20
	c) Art. 57 Abs. 2 BV	22
	d) Art. 58 Abs. 2, Satz 2 und 3 BV	22
	e) Verhältnis von Art. 3, 42 und 44 zu Art. 48 Abs. 2, 57 Abs. 2 und 58 Abs. 2 BV	24
	f) Die Auslegung von «impliziten» Bundeskompetenzen	25
	g) Parallele Zuständigkeiten von Bund und Kantonen im Polizeirecht.....	25
III.	Verschiedene Einflussfaktoren auf die Rechtsetzung	26
	1. Hinter allem: die Finanzen.....	26
	a) Bestände und Spitzen- oder Dauerbelastungen.....	26
	b) Für die Kantone kostengünstige Schlaumeiereien	28
	2. Gesetzgeberischer Pragmatismus: Das rechtliche Durcheinander	29

	a) Das Zollgesetz.....	29
	b) Das Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes	31
	c) Das Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr	32
	d) Die Regelungen zur Weiterentwicklung der Armee im Militärgesetz	34
3.	Das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst im Besonderen.....	35
	a) Fehlende Verfassungsgrundlage	35
	b) Grundsätzliche Problematiken	36
	c) Überforderung kantonaler Ressourcen?	36
	d) Kantonale Aufsicht über kantonale Staatsschutzorgane	37
IV.	Verfassungskonforme Rechtsetzung.....	37
1.	Bund.....	37
	a) Die Bundesgesetzgebung über die polizeilichen Informationssysteme	37
	b) Verfassungskonforme Armeeeinsätze im Innern nach Art. 58 BV.....	38
	c) Bundesgesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz	39
2.	Kantone	39
	a) Kantonale Gesetze.....	39
	b) Konkordate.....	39
V.	Konferenzen und Plattformen, der Sonderstab Geiselnahme und das Schweizerische Polizeiinstitut.....	40
1.	Übersicht.....	40
2.	Die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK)	41
3.	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD).....	41
4.	Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz	41
5.	Sicherheitsverbund Schweiz (SVS)	42
6.	Das Schweizerische Polizeiinstitut	42
7.	Sonderstab Geiselnahme	42
VI.	Föderalismus als Quadratur des Zirkels im Sicherheits- und Polizeirecht?..	43
1.	Kleinräumigkeit als Föderalismusproblem	43
	a) Der rasche Ruf nach Bundeslösungen.....	43
	b) Gesamtschweizerische interkantonale Verträge.....	44
2.	Wer führt in Krisenlagen?.....	44
VII.	Wie weiter? Überwindung der Überkomplexität, Reformen zwingend!.....	45
1.	Woran liegt es?	45
	a) Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze....	45
	b) Zwiespältige Haltung der Kantone.....	45
	c) Ausblenden der bestehenden Probleme durch die Politik	46
2.	Dringender Reformbedarf: Teilrevision der Sicherheitsverfassung	47
	a) Überkomplexität abbauen	47
	b) Teilrevision der Sicherheitsverfassung	47

I. Einleitende Bemerkung

*« Le fédéralisme repose sur l'amour de la complexité »
Denis de Rougemont*

Das zum Aphorismus gewordene fünfte von sechs Prinzipien des Föderalismus, über das nachzudenken DENIS DE ROUGEMENT die Teilnehmer des Kongresses von Montreux 1947 eingeladen hatte,¹ wurde seither in überreichlichem Mass bestätigt. Schon das dreistufige rein helvetische Modell² des Föderalismus, oder genauer: der bundesstaatlichen Zuständigkeitsregelung,³ bietet u.a. im Sicherheits- und Polizeirecht zahlreiche Probleme hinsichtlich Rechtsetzung ebenso wie Rechtsanwendung. Darunter leidet die Rechtssicherheit – und dies in einem Gebiet, in dem es auch unter schwierigsten Umständen und in Zeitnot in jeder Hinsicht rechtmässiger rascher Entscheide der zuständigen Organe gestützt auf das massgebende Recht bedarf.⁴ Im Polizeirechtsbereich haben verschiedene Erlasse des Bundes zu rechtlichen Gemengelagen hinsichtlich der für die polizeiliche Praxis massgebenden Rechtsgrundlagen geführt⁵ (dazu nachfolgend, 27 ff., III/1 und 2).

Mit dem Einbezug supra- und transnationaler Rechtsquellen und damit deren verbindlicher Rechtsmächtigkeit auf einer zusätzlichen Stufe, z.B. «Schengen»⁶ und «Dublin»,⁷ sind wir an einer Grenze der noch verkraftbaren Komplexität angelangt.⁸ Darunter leidet in erster Linie die Rechtskenntnis,

* Ehemaliger Staatsanwalt und Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt sowie ehemaliger Lehrbeauftragter an den Universitäten Basel und St. Gallen (markushfmohler@bluewin.ch).

¹ Union européenne des fédéralistes, Rapport du Premier Congrès Annuel de l'U.E.F., 27-32 août 1947, à Montreux (Suisse), nach den Aufzeichnungen von DUSAN SIDJYNSKI, Les mouvements européens de l'Union paneuropéenne au Congrès de la Haye, in: Cadmos No. 46, Genève 1989, 105-128, 118 f.

² Im vorliegenden Zusammenhang geht es, trotz Art. 50 BV, indessen hauptsächlich um die zweistufige Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen. Die Gemeinden sind Teil des andern zweigliedrigen Modells zwischen ihnen und ihren Kantonen. Vgl. BERNHARD WALDMANN, Föderalismus unter Druck, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt, Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni, Bern 2010, 3 ff., 16. Ferner: COLETTE ROSSAT-FAVRE, La simplification législative: expériences fédérales et cantonales, in: LeGes 2017/2, 219.

³ RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER ÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 576.

⁴ ANDREAS KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl., Bern 2013, 431; MARKUS H.F. MOHLER, Weiterhin offene Fragen zu Schengen/Dublin, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, Zürich/St. Gallen 2013, 255 ff., 260 ff. Vgl. dazu nachfolgend, 44, VI/2.

⁵ AUGUST MÄCHLER, Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich der öffentlichen Sicherheit, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich/St. Gallen 2013, 99, spricht ebenso von «Gemengelagen an Zuständigkeiten».

⁶ 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, mit seinen inzwischen fast 200 notifizierten Weiterentwicklungen (von denen 72 jedoch wieder obsolet geworden sind), SR 0.362.380.xxx.

⁷ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (mit Schlussakte), SR 0.142.392.68, mit bisher drei (einem anderen rechtlichen Mechanismus als «Schengen» folgenden) Weiterentwicklungen (SR 0.142.392.680.01–03). Nun jedoch Verordnung (EU) 604/2013 (ABl. L180 vom 29.6. 2013, 31 ff.) und Verordnung 603/2013 (Eurodac) (Abl. L 180 vom 29.6.2013, 1 ff.).

⁸ Vgl. ROSSAT-FAVRE (FN 2), 220, auch ohne auf die Eigenheiten des international stark vernetzten Sicherheits- und Polizeirechts einzugehen.

denn schon die Zugänglichkeit und die Verständlichkeit bspw. der EU-Rechtstexte kommen einem anstrengenden Hürdenlauf gleich.⁹ Das führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.¹⁰

II. Die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsregelung

1. Grundsätzliches

a) *Zum prae-konstitutionellen Verständnis des Bundesstaates und zur BV von 1848 und 1874*

Dass die Schweiz von den Zuständigkeiten her «von unten nach oben» aufgebaut wurde, zeigt die Entwicklung seit dem losen Staatenbund der 13 alten Orte und dem Bündnisverein (1813-15).¹¹ Der grundlegende Art. 3 der BV 1848 wurde in jene von 1874 unverändert übernommen, in diejenige von 1999 mit einer unbedeutenden redaktionellen Änderung.¹² Damit war und bleibt (einstweilen) der Grundsatz der originären Zuständigkeit der Kantone, heute einerseits als *subsidiäre Generalkompetenz der Kantone*,¹³ andererseits als *begrenzte und konkrete Einzelermächtigung des Bundes durch die Verfassung* bezeichnet,¹⁴ insbesondere im Polizeirecht festgeschrieben.¹⁵

b) *Vertikale Machtteilung*

Der seit der ersten Bundesverfassung geltende Art. 3 ist als *Verfassungsvorbehalt Ausdruck der vertikalen Machtteilung* zwischen Bund und Kantonen.¹⁶ Dieses Anliegen zieht sich wie ein roter Faden

⁹ Publiziert werden in der SR nur die diplomatischen Noten (Notenaustausch), nicht aber der Erlasstext; in diesen Noten wird in einer Fussnote bloss die Fundstelle im Amtsblatt der EU des in Frage stehenden EU-Erlasses angegeben. Da Weiterentwicklungen (Änderungen, Ergänzungen, Aufhebungen) bestehender Regelungen nur in Ausnahmefällen zu konsolidierten Rechtstexten umredigiert werden, ist man gehalten, auch die vorangehenden (ebenso nicht konsolidierten) Erlasstexte zu suchen und mit den nachfolgenden in Übereinstimmung zu bringen. Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Weiterhin offene Fragen zu Schengen/Dublin (FN 4), 257 ff.

¹⁰ MARKUS H.F. MOHLER, Gedanken zu den Grenzen des Schengener Grenzkodex, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, Schengen und Dublin in der Praxis, aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, 91 ff. (im Folgenden: Grenzkodex), 119 ff.

¹¹ PETER SALADIN, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Basel 1996 (im Folgenden: Komm. BV 1874), Art. 3, Rz. 43.

¹² GIOVANNI BIAGGINI, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (im Folgenden: BSK), Art. 3, N 9 ff.

¹³ BIAGGINI, BSK, Art. 3, N 6; TOBIAS JAAG, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 12, N 17.; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 703 ff. Vgl. statt vieler: RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 706 ff.

¹⁴ RETO PATRICK MÜLLER, Innere Sicherheit der Schweiz, Diss. Basel, Egg bei Einsiedeln 2009, 11 f.

¹⁶ WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, 18 (er bezeichnet «die Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Bund und Kt.» als zwingendes Recht); SALADIN, Komm. BV 1874, Art. 3, Rz. 10. Vgl. auch FELIX UHLMANN, Gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, Gutachten v. 18. Juli 2016 z.H.d. Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) (<http://www.kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf>; alle URL zuletzt besucht am 10.3.2018), Rz. 8.

durch die helvetische Verfassungsgeschichte, was sich namentlich im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten für die Bewahrung der inneren Sicherheit zeigen lässt.¹⁷

c) *Zur BV 1999*

Bei der Revision der BV von 1874, die schliesslich zur BV 1999 wurde, handelt es sich, es sei wiederholt, weitgehend um eine *Nachführung* des bestehenden *materiellen* Verfassungsrechts,¹⁸ um eine «Aktualisierung».¹⁹ An den staats- bzw. verfassungsgestaltenden Prinzipien, im vorliegenden Zusammenhang v.a. an der Bundesstaatlichkeit, somit an der Staatlichkeit der Kantone mit ihrer – in der Verfassungssprache – Souveränität²⁰ und dem Subsidiaritätsprinzip wurde nichts geändert.²¹ Das *Subsidiaritätsprinzip* wurde durch eine nachfolgende Teilrevision im Rahmen der NFA²² (Art. 5a und 43a BV) – erstmals – explizit in den Verfassungstext aufgenommen und noch verstärkt.²³

Die Terminologie der BV ist hinsichtlich der Zuständigkeitsteilung nicht einfach. Es werden für die Regelung von Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone unterschiedliche verfassungsrechtliche Begriffe verwendet. Der in der Literatur oft verwendete Ausdruck «Kompetenz» (z.B. Bundeskompetenz) kommt im deutschsprachigen Verfassungstext nicht vor, wohl aber im französisch- und italienischsprachigen («compétences»/«competenze»). Die BV legt in Art. 3 fest, dass die Kantone alle *Rechte* ausüben, die nicht dem Bund übertragen sind. Diese Formulierung macht in Bezug auf die kantonale Autonomie deutlich, dass die Kantone die nötigen *Hoheitsrechte* haben, um ihre Aufgaben erfüllen zu können.²⁴ Sodann spricht die BV im deutschsprachigen Wortlaut einerseits von *Zuständigkeiten* (so z.B. in Art. 41 Abs. 3, Art. 57 Abs. 1), andererseits von *Aufgaben* (Überschrift des 1. Abschnitts im 1. Kapitel des 3. Titels; Art. 42, 43, 43a usw.). Mit diesen unterschiedlichen Begriffen wird (teilweise) bewusst differenziert. «Zuständigkeit» bedeutet zunächst eine *Ermächtigung*, ohne dass daraus unmittelbar eine Gesetzgebungspflicht folgt;²⁵ derweil kommt «Aufgabe» grundsätzlich einer

¹⁷ MÜLLER (FN 15), 21, 28 ff., 37 f., 65 f., 122 f., 347 f., 368 ff., 412 f., 420.

¹⁸ Vgl. dazu PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 5, Rz. 15 ff.

¹⁹ RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 109 ff.; TSCHANNEN (FN 18), § 2, Rz. 22. Vgl. Art. 3 des Bundesbeschlusses v. 3. Juni 1987 (BBl 1987 II 963), mit dem der Bundesrat beauftragt wurde, einen Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung zu unterbreiten (Art. 2): «Der Entwurf wird das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen». Ferner: Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I; im Folgenden: VE 96), insbes. 38 f. («Dabei sei allerdings der substantielle Gehalt der Bundesverfassung – insbesondere die in Artikel 3 BV festgelegte Kompetenzordnung, die Substanz der Volksrechte und das parlamentarische Zweikammersystem – nicht anzutasten» [Erklärung der Kommission des Ständerates], 39).

²⁰ Vgl. SALADIN, Komm. BV 1874 (FN 11), Art. 3, Rz. 16, 43 ff.

²¹ KLEY (FN 4), 422; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 189 ff., 220 ff.

²² Neugestaltung des FINANZAUSGLEICHS und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen.

²³ Mit durchwegs kritischer Kommentierung: KLEY, in: Biaggini et al. (Hrsg.) (FN 13), § 10, N. 17 ff.; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 223 f., 595 ff.; UHLMANN, Gutachten (FN 16), Rz. 12 (mit Verweis auf BGE 138 I 378, E. 8.4).

²⁴ BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (im Folgenden: SGK), Art. 3, Rz. 9.

²⁵ GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Komm. BV), Vorbem. Art.42–135, N 6; DERS., BSK, Art. 42, N 22; vgl. auch BSK Art. 3, N 48; SCHWEIZER, SGK, Art. 3, Rz. 10 (er verbindet damit jedoch eine Pflicht zu prüfen, ob «eidgenössisches Handeln angebracht» sei).

Pflicht zum Handeln gleich.²⁶ Die Zuweisung einer Aufgabe umfasst aber auch die damit verliehene Zuständigkeit.²⁷

Die Ausdrücke «sorgt für» (z.B. Art. 74, 76 BV) oder «sorgen für» (z.B. Art. 35 Abs. 3, 57 Abs. 1 BV) begründen selber meist keine Kompetenz, sondern sie entsprechen der Formulierung einer Finalnorm (d.h. eines Ziels)²⁸ innerhalb der eigenen Zuständigkeit (Art. 92 Abs. 2, 95 BV). Das gilt namentlich auch, entgegen der jüngeren Praxis des Bundes mit dem Zauberwort «Dynamisierung»,²⁹ für Art. 57 Abs. 2 BV, sonst ergäbe die Formulierung «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» in Abs. 1 keinen Sinn,³⁰ denn der Rahmen dieser Zuständigkeiten ist der Bisherige und *nicht* ein «dynamisierter»,³¹ das heisst ausgedehnter. Deutlich wird dies auch im Vergleich zu Art. 61a BV (Bildungsraum Schweiz) mit der fast gleichen Formulierung. Auch in dieser Verfassungsnorm begründen Abs. 1 und Abs. 2 keine Bundeskompetenzen.³²

Wie wohl Art. 3 BV eine bundesstaatliche Grundnorm darstellt,³³ regelt ein ganzes Bündel von BV-Normen und weiterer Kriterien die Zuständigkeitsteilung. So gehören zu Art. 3 u.a. auch die Art. 42 und 43 BV. Mit der Neuordnung des Finanzausgleichs sind sodann die in diesem Zusammenhang zu beachtenden Vorschriften über das *Subsidiaritätsprinzip* in den Art. 5a, 43a und 48a BV dazugestossen.

aa) Die Kompetenzregelungsbestimmungen: Art. 3, 42, 43, 43a (Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 5a) BV

Diese Zuständigkeitsbestimmungen regeln die *Verbandskompetenz* zwischen Bund und Kantonen im Gegensatz zur *Organkompetenz* (innerhalb eines «Verbandes», auf Bundesebene z.B. Art. 163 ff., 174 ff. BV).

²⁶ Vgl. BIAGGINI, BSK Art. 42, N 21; Art. 43, N 12; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 681. Die Pflicht zu Handeln erschöpft sich jedoch nicht in der (insbesondere auf der Kantonsstufe Vollzugs-)Gesetzgebung, auch die Verwaltung (allenfalls mit Dritten) muss für die Umsetzung, d.h. die Rechtsverwirklichung bereitgestellt, gegebenenfalls auch ausgebaut und ausgebildet werden.

²⁷ ANDREAS GLASER, in: Biaggini et al. (Hrsg.) (FN 13), § 2, N 70 ff.

²⁸ BIAGGINI, BSK Art. 3, N 32.

²⁹ Vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama vom 3. März 2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, v. 2. März 2012 (BBl 2012 4459; im Folgenden: BR Ber. Malama), 4551.

³⁰ Vgl. OLIVER DIGGELMANN/TILMANN ALTWICKLER, BSK, Art. 57, N 23; CHRISTIAN LINSI, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit für den Erlass von Bundesrecht, in: LeGes 2008/3, 465 ff., 475, mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte.

³¹ VE 96 (FN 19): «(...) die Beschränkung auf die *bestehenden* verfassungsmässigen Zuständigkeiten von Bund und Kantonen stellt sicher, dass auf diesem Weg keine neue, umfassende Bundeskompetenz geschaffen wird, die in die Aufgabenbereiche der Kantone eingreifen würde» (Hervorhebung hier), dazu die Zitate in FN 19.

³² BERNHARD EHRENZELLER/KONRAD SAHLFELD, SGK, Art. 61a, Rz. 17. Eine besondere *ausdrückliche, subsidiäre und sachliche beschränkte* (Eingriffs-)Kompetenz des Bundes in die kantonale Schulhoheit wird für den Fall des Versagens der Harmonisierungsbemühungen in Art. 62 Abs. 4 BV eingeführt (EHRENZELLER/SAHLFELD, SGK, Art. 62, Rz. 57).

³³ Botschaft VE 96 (FN 19), 129 (wörtlich).

aaa) Art. 3 BV stipuliert den *Verfassungsvorbehalt*, wonach dem Bund jene Kompetenzen zukommen, die ihm durch *begrenzte Einzelermächtigungen* (ausgenommen auswärtige Angelegenheiten³⁴) übertragen sind.³⁵ «Begrenzt» bedeutet einerseits, dass der Bund selbst von ihm zukommenden Kompetenzen nur zurückhaltend Gebrauch machen soll, andererseits, dass gesetzliche Regelungen nicht über diese begrenzte verfassungsmässige Bundeszuständigkeit hinausgehen, geschweige denn ihr widersprechen dürfen³⁶. Da entgegen einem Antrag im Nationalrat das Wort «ausschliesslich» nicht eingefügt wurde, sind *ungeschriebene Bundeskompetenzen* (inhärente und implizite) verfassungsrechtlich – eben in begrenztem Rahmen – weiterhin möglich.³⁷

Umgekehrt stützen sich die den Kantonen aus dieser Bestimmung zustehenden *Rechte* darauf, aus denen qua *Gebietshoheit* u.a. deren *Polizeihoheit* fliesst.³⁸

Die ungeschriebenen Bundeskompetenzen werden in *implizite und inhärente Zuständigkeiten* des Bundes unterteilt (Näheres dazu nachfolgend).

Aus *Gewohnheitsrecht* lässt sich sodann keine Bundeskompetenz ableiten.³⁹ Durch die Einführung der «Dynamisierung» von Art. 57 Abs. 2 BV besteht die Gefahr, dass sich der Bund auf seine einsame Auslegung von Art. 57 Abs. 2 BV und damit eine gewohnheitsrechtliche «Staatspraxis» beruft und so ohne formelle BV-Änderung den Kantonen zustehende Kompetenzen im Sicherheits- und Polizeibereich an sich zieht.⁴⁰

bbb) Der heutige Art. 42 BV stellt – in Übereinstimmung mit Art. 3 – klar, dass der Bund jene Aufgaben erfüllt, die ihm die BV zuweist.⁴¹ Wird ihm eine Zuständigkeit übertragen, verfügt er über die Kompetenzhoheit («Kompetenz-Kompetenz»). Von dieser soll er qua *Subsidiaritätsprinzip* (Art. 3 BV) zurückhaltend Gebrauch machen (Art. 46 Abs. 3, Art. 47 BV), was nun in Art. 5a und 43a BV (im Rahmen des NFA eingeführte Bestimmungen) explizit festgehalten ist.⁴² Der Ausdruck «Polizei»

³⁴ RHINOW/SCHEFER/Übersax (FN 3), Rz. 698.

³⁵ BIAGGINI, BSK, Art. 3, N 6, 13 f., 36; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1049; CHRISTIAN LINSI (FN 30), 465 ff., 467; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 686, 694; SCHWEIZER, SGK, Art. 3, Rz. 10; TSCHANNEN (FN 18), § 19, Rz. 6.

³⁶ Vgl. nachfolgend III/2/d.

³⁷ SCHWEIZER, SGK, Art. 3, Rz. 11; TSCHANNEN (FN 18), § 20, Rz. 12 ff. Kritisch: BIAGGINI, BSK, Art. 3, N 45.

³⁸ VE 96 (FN 19), 130.

³⁹ BIAGGINI, BSK, Art. 3, N 45; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1061; TSCHANNEN (FN 18), § 20, Rz. 15; mit Vorbehalt anders: SCHWEIZER, SGK, Art. 3, Rz. 12.

⁴⁰ In der Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 15. Juni 2007 (BBl 2007 5037) beruft sich der BR mit Bezug auf die *Organ*kompetenz der Bundesversammlung «auf die ungeschriebene Bundeskompetenz zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Aufgaben des Bundes zur Wahrung der inneren Sicherheit (Art. 173 BV)», 5122, führt jedoch im Ingress zum BWIS (FN 53) Art. 57 Abs. 2 BV auf. Vgl. dazu auch BR Ber. Malama (FN 29), 4499 f., 4502.

⁴¹ Bis zur Einführung von Art. 43a BV mit der NFA folgte noch ein Abs. 2 («Er übernimmt die Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen»), welcher zu Missverständnissen und unterschiedlichen Auslegungen führte (vgl. SCHWEIZER, SGK, Art. 42, Rz. 6).

⁴² Vgl. dazu Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), BBl 2002 2291, 2457 f.: TSCHANNEN (FN 18), § 2, Rz. 39.

kommt in der BV nicht vor.⁴³ Demzufolge ist aufgrund dessen, was begrifflich zu den sicherheitspolizeilichen⁴⁴ Aufgaben gehört, zu differenzieren. *Sicherheitspolizeiliche Befugnisse* (im Gegensatz zur kriminalpolizeilichen Befugnissen im Rahmen von Art. 123 Abs. 1 BV) kommen Bundesorganen verfassungsrechtlich unter verschiedenen Prämissen nur sehr begrenzt zu. Die Praxis zeigt teilweise ein deutlich anderes Bild:

- *Inhärente Zuständigkeit*: In der Form der *inhärenten Zuständigkeit des Bundes* soll er sich auf Grund seiner Staatlichkeit *selber schützen* können.⁴⁵ Es sind zudem jene ungeschriebenen Kompetenzen des Bundes genannt, die ihm kraft der bundesstaatlichen Architektur des Landes zukommen, da sie bspw. für den Erlass der ausführenden Gesetzgebung für eigene Institutionen *unerlässlich* sind (z.B. DSG⁴⁶ [für Bundesbehörden], RVOG⁴⁷). Der in den Ingressen dieser beiden – wie in weiteren Bundesgesetzen – aufgeführte Art. 173 Abs. 2 BV regelt jedoch die Organ- und nicht die Verbandskompetenz. Er ist demnach von der bundesstaatsrechtlichen *Verbands*-Kompetenzordnung her unbehelflich.⁴⁸

Es handelt sich um eine partielle, fragmentarische⁴⁹ und nachträglich derogierende Kompetenz.⁵⁰ Im *Bericht vom 2. März 2012 des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama vom 3. März 2010 Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen* wurde diese Rechtslage kritisiert und gefordert, es sei für «sicherheitspolizeiliche Massnahmen zu seinem Schutz und zum Schutz seiner Organe und Institutionen» eine ausdrückliche BV-Grundlage zu schaffen.⁵¹ Den Kantonen selber als Gliedstaaten und Teile des Ganzen kommt freilich auch gegenüber dem Bund eine Schutzpflicht zu; so haften die Kantone dem Bund nach Art. 62e RVOG «für Schäden an dessen Eigentum infolge einer Störung der öffentlichen Ordnung». Zum Schutz von Organen des Bundes ebenso wie völkerrechtlich geschützter Personen stehen die Kantone in der Verantwortung, und zwar aus der staatlichen Schutzpflicht bei bekannter erhöhter Gefahr

⁴³ Die BV 1984 erwähnte die Polizei in Art. 9, wonach den «Kantonen die Befugnis, Verträge über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei mit dem Auslande abzuschliessen» zuerkannt worden ist.

⁴⁴ Behandelt werden in diesem Beitrag nur die Aufgaben derjenigen polizeilichen Organe, die – falls verhältnismässig – zur unmittelbaren Zwangsausübung befugt sind. Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (im Folgenden: Grundzüge), Rz. 141, 927. Davon abgegrenzt bleiben somit alle verwaltungspolizeilichen Tätigkeiten.

⁴⁵ BGE 117 Ia 2012, E. 4a. Vgl. auch VE 96 (FN 19), 131; LINSI (FN 30), 471.

⁴⁶ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1).

⁴⁷ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).

⁴⁸ LINSI (FN 30), 470 f. m.w.H.

⁴⁹ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 223, 1341; JÜRIG M. TIEFENTHAL, Kantonale Polizeihöheit – Grundpfeiler des Föderalismus oder folkloristischer Mythos?, in: Sicherheit & Recht 3/2017, 156.

⁵⁰ LINSI (FN 30), 471; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 25.

⁵¹ BR Ber. Malama (FN 29), 4597 (These 10 und Schlussfolgerung).

für eine (Grund-)Rechtverletzung.⁵² Dasselbe trifft für den Staatsschutz zu: Eine explizite verfassungsrechtliche Grundlage besteht nicht, die Bundesgesetzgebung (BWIS⁵³ und NDG⁵⁴) hängt verfassungsrechtlich in der Luft.⁵⁵

- in der *impliziten Form*, ergeben sich Zuständigkeiten aus einem Sachzusammenhang, sofern der Bund über die originäre Sachkompetenz verfügt (bspw. Luftfahrt, Art. 87 BV) und eine *adhäsionsweise Befugnis unausweichlich* erscheint, damit die eigentliche Sachkompetenz *überhaupt wahrgenommen* werden kann bzw. ohne die deren Umsetzung unmöglich wäre.⁵⁶ Zu differenzieren ist zwischen einer entweder in die Tiefe oder in die Breite ausgedehnten impliziten *Annex-Zuständigkeit des Bundes* (Näheres dazu nachfolgend 25, II/3/f).

ccc) Die Formulierung von *Art. 43 BV*, wonach die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit selber bestimmen, welche Aufgaben sie übernehmen, geriet zu einfach und damit auch nicht ganz zutreffend. Die Kantone sind nicht so frei, welche Aufgaben, die in ihre Zuständigkeit fallen, sie zu erfüllen haben. Mit der Einschränkung wird zunächst auf die *Kompetenzhoheit des Bundes* (vorstehend bbb) verwiesen, wenn ihm durch die BV eine Zuständigkeit übertragen ist. Aufgabenzuweisungen an die Kantone finden sich in der BV in verschiedener Weise, so durch spezifische Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 44 Abs. 1 und 2, Art. 46 Abs. 1), ferner – im vorliegenden Zusammenhang – durch die Kooperations- und Koordinationspflicht nach Art. 57 und durch grundrechtliche Schutzpflichten,⁵⁷ auch solche, die sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergeben.⁵⁸ Dabei sind sie auch nicht frei, *wie* sie die ihnen zukommenden Aufgaben hinsichtlich *Kompetenz und Kapazitäten* erfüllen.⁵⁹ Sie haben *qualitativ und quantitativ* grundsätzlich für das Erreichen dessen, was vom Völker- und Bundesrecht her

⁵² Vgl. statt vieler: MARKUS H.F. MOHLER, «Gewaltmonopol/Garantiefunktion des Staates», in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat? (2018, im Erscheinen); DERS., Grundzüge (FN 44), Rz. 306 ff.

⁵³ Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (SR 120).

⁵⁴ Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015 (SR 121).

⁵⁵ BR Ber. Malama (FN 29), 4581 f., 4584; HANSJÖRG SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, in: ZSR II 2010, 381 ff., 430.

⁵⁶ LINSI (FN 30), 469 m.w.H.; MARKUS H.F. MOHLER/RAINER J. SCHWEIZER, Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht – sicherheitsrechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit dem sicherheitspolitischen Bericht, in: Jusletter 7. Dezember 2009 (im Folgenden: Sicherheitspolitik), Rz. 29; TSCHANNEN (FN 18), § 20, Rz. 13. Im BR Ber. Malama (FN 29) heisst es «Zu den impliziten Kompetenzen gehören (...), die (...) mit der expliziten Kompetenz aufs Engste verbunden oder unausweichlich sind, um dem Bund die Erfüllung der ihm explizit zugewiesenen Aufgaben zu ermöglichen.» Die Wendungen «aufs Engste verbunden» und «unausweichlich» kommen jedoch einer Auswahlendung mit keineswegs gleichbedeutenden Kriterien gleich; auf Engste verbunden sind auch Aufgaben des Bundes, die er kraft seiner Kompetenzhoheit den Kantone zu vollziehen überträgt.

⁵⁷ Vgl. BIAGGINI, BSK, Art. 43, N 19; MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 366 ff.

⁵⁸ Vgl. z.B. Art. 23 Ziff. 2 und Art. 30 Ziff. 1 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (SR 0.191.01); BR Ber Malama (FN 29)], 4505; BR, Botschaft zum Bundesbeschluss über die Einsätze der Armee zur Unterstützung ziviler Behörden v. 25. Februar 2015 (BBI 2015 2049, 2051 f); UHLMANN, Gutachten (FN 16), Rz. 24.

⁵⁹ Wohl a.A. SCHWEIZER, SGK, Art. 43, Rz. 6 m.w.H. Vgl. dazu nachfolgend 28 f., III/1/b/bb.

materiell-rechtlich – insbesondere auch hinsichtlich des Grundrechtsschutzes⁶⁰ – gefordert ist, zu sorgen.⁶¹ Hier liegt einer der wesentlichsten Gründe für die zunehmende Nichtbeachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzteilung im Sicherheits- und Polizeirechtsbereich.⁶²

ddd) Im Zusammenhang mit der «Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen» (NFA) wurden *Art. 5a und Art. 43a* in die BV eingefügt. Sie sollen das längst bestehende *Subsidiaritätsprinzip* konkretisieren.⁶³ Die Bestimmungen richten sich in erster Linie an den Bundesgesetzgeber⁶⁴, sodann auch an die Vollzugsbehörden.⁶⁵ *Art. 43a* konkretisiert *Art. 5a* mit teilweise jedoch auch nicht konkreten Kriterien, wonach sich die Subsidiarität bemesse. Abs. 1 schreibt vor, der Bund übernehme nur Aufgaben, welche «die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen». Diese Bestimmung bildet selber noch keine Kompetenzzuweisung an den Bund.⁶⁶ Offen ist vom Text her, ob beim Kriterium der «Kraft der Kantone» mehrere oder alle zusammen gemeint sind.⁶⁷ Geht es um die Übertragung einer neuen spezifischen Bundeskompetenz i.S. der Einzelermächtigung, müssen – wiederum in diesem Kontext – unter Berücksichtigung von *Art. 44 Abs. 1 BV* (gegenseitige Unterstützung) und 2 (Beistand), *Art. 52 Abs. 2 BV* (mit Hilfe anderer Kantone) und dem zweiten Kriterium der *einheitlichen* Regelung doch zumindest die Kräfte einer Mehrheit oder doch Vielzahl der Kantone überfordert sein.⁶⁸ Dasselbe gilt auch für das Kriterium der einheitlichen Regelung: Das Sicherheits- und Polizeirecht ist – im Gegen-

⁶⁰ In Bezug auf den Grundrechtsschutz für die Praxis skeptisch JUDITH WYTENBACH, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, Zürich/St.Gallen 2017, 418 f.

⁶¹ GERHARD M. SALADIN, in: Regina Kiener/René Bühler/Benjamin Schindler, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 2: Besonderer Teil, Basel 2018 (im Folgenden: SBVR III/2 [FN 61]), 315 ff., Rz. 37; Ähnlich TSCHANNEN (FN 18), § 16, Rz. 6 (die kantonal beherrschten Materien würden mehr und mehr von eidgenössischen Vorschriften durchdrungen). Beispiele: Bekämpfung des Menschhandels (Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels, SR 0.311.543, i.K. seit 1.4.2013, Art. 5 [Verhütung]); Bekämpfung der häuslichen Gewalt (Art.28b Abs. 4 ZGB [SR 210]).

⁶² S. nachfolgend 11 ff., bb.

⁶³ Vgl. TIEFENTHAL (FN 49), 165; kritisch UHLMANN, Gutachten (FN 16), Rz. 10.

⁶⁴ BIAGGINI, BSK, Art. 43a, N 12. Der Bundesgesetzgeber hält sich allerdings auch nicht an das nun explizit in die BV aufgenommene Prinzip wie verschiedene Bundesgesetze, die nach dieser BV-Ergänzung erlassen worden sind, zeigen: Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20.3.2008 (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG, SR 364); Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18.6.2010 (BGST, SR 745.2); Zollgesetz vom 18.3.2005 (in der Fassung von 2016), (ZG, SR 631.0); Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (in der Fassung von 2016), (Militärgesetz, MG, SR 510.10); vgl. Tschannen [FN 18], § 19, Rz. 14); MARKUS H.F. MOHLER, Ungenügende Polizeibestände – Lösungsansatz unter Respektierung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung, in: Sicherheit & Recht, 2/2013, 62 ff. (im Folgenden: Polizeibestände), 74.

⁶⁵ Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA; BBl 2002 2291, 2458). Als Adressat auch erwähnt wird der Verfassungsgeber (Botschaft, a.a.O.; SCHWEIZER, SGK, Art. 43a, Rz. 5), wiewohl dieser nicht daran gebunden sein kann (vgl. UHLMANN, Gutachten [FN 16], Rz. 11; WYTENBACH [FN 60], 425).

⁶⁶ RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, SGK, Art. 43a, Rz. 8.

⁶⁷ BIAGGINI, BSK, Art. 43a, N 17. Ein einzelner Kanton kann wegen der Pluralform nicht gemeint sein.

⁶⁸ Vgl. dazu auch die Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze (IKAPOL) v. 6. April 2006 (z.B. BL SGS 145.37) und Art. 4a der Verordnung über die finanziellen Leistungen an die Kantone zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 1. Dezember 1999 (BWIS-Abgeltungsverordnung, SR 120.6), ferner die vier regionalen Polizeikonkordate. Vgl. bez. IKAPOL: BR Ber. Malama (FN 29), 4481; BR, Die Sicherheitspolitik der Schweiz (BBl 2016 7763), 7851.

satz zum Straf- und Massnahmenvollzug – von den Aufgabenbereichen in Art. 48a (Allgemeinverbindlicherklärung und Beitrittspflicht) nicht erfasst. Es bestehen auch rechtsharmonisierende bzw. rechtsetzende Konkordate.⁶⁹

bb) Verhältnis von Art. 43 zu Art. 42 BV

Aus der subsidiären Generalkompetenz der Kantone ergibt sich *verfassungsrechtlich*, dass die *Kompetenzverteilung* zwischen Bund und Kantonen *lückenlos* und abschliessend ist.⁷⁰ In der Praxis ergibt sich insofern eine Differenz, als verschiedene Kantone *ihre Aufgaben als ihre Pflichten* (und nicht nur Rechte) im Sicherheits- und Polizeirechtsbereich gegenüber dem Gesollten (vgl. vorstehend aa/ccc zu Art. 43) insbesondere in quantitativer Hinsicht nicht hinreichend erfüllen.⁷¹ Das trifft insbesondere auf die Bekämpfung schwerwiegender Delikte zu (z.B. Menschenhandel, andere organisierte Kriminalität oder Cybercrime). Daher werden in der Praxis mehr und mehr auch präventiv-polizeiliche Aufgaben an Bundesorgane übertragen. Dieses Faktum hat die Frage des Verhältnisses zwischen Art. 43 und Art. 42 BV hervorgerufen. Methodisch werden auf zwei Arten Bundesorganen sicherheitspolizeiliche Befugnisse, die als Teil der kantonalen Polizeihöheit *kantonale Aufgaben* i.S.v. Art. 3 und 43 sind und in deren *Verantwortung pflichtgemässer Erfüllung* fallen,⁷² übertragen: durch die *Gesetzgebung* (MG⁷³ und ZG⁷⁴) sowie durch *Vereinbarungen* zwischen dem Bund und einzelnen Kantonen.⁷⁵ Dafür bietet die BV freilich keine Grundlage. Die *Kompetenzverteilung* ist verfassungsrechtlich *zwingend*.⁷⁶ SALADIN hält fest, «dass die Kantone keinerlei Zuständigkeiten auf den Bund übertragen können: weder durch einseitigen Akt, noch durch Vertrag.» Die Übertragbarkeit von Aufgaben sei nicht reziprok.⁷⁷

⁶⁹ So z.B. Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (z.B. BE BSG 559.14-1); Vereinbarung über die computergestützte Zusammenarbeit der Kantone bei der Aufklärung von Gewaltdelikten vom 2. April 2009 (ViCLAS-Konkordat, z.B. BE BSG 559.15, 559.15-1). Vgl. zudem 44, VI/1/b.

⁷⁰ Statt vieler: RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 709.

⁷¹ Vgl. auch TIEFENTHAL (FN 49), 163 f.

⁷² TIEFENTHAL (FN 49), 154.

⁷³ FN 64.

⁷⁴ FN 64.

⁷⁵ Vgl. Art. 97 ZG (FN 64; erstmals, gestützt auch erstmals auf Art. 57 Abs. 2 BV [Botsch. BBl 2004 567, 675], in Art. 97 – damals noch beschränkt auf Grenzkantone – im ZG vom 18. März 2005 [AS 2007 1411] eingeführt). *In praxi* z.B. Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Kanton Aargau und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, (...) über die Zusammenarbeit zwischen der Kantonspolizei Aargau und dem Grenzwachtkorps bzw. der Eidgenössischen Zollverwaltung vom 13.03.2009 (Stand 01.10.2014; AG SAR 530.033); der Einsatzraum des GWK geht örtlich über den ursprünglichen Grenzraum hinaus und kann in Absprache mit der Kantonspolizei auf das ganze Kantonsgebiet ausgedehnt werden (Anhang 23). Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Kanton Basel-Stadt, (...), und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, (...), über die Zusammenarbeit zwischen der Kantonspolizei Basel-Stadt und dem Grenzwachtkorps bzw. der Eidgenössischen Zollverwaltung 1) vom 23. August 2007 (BS GS 510.900); das Territorium des Kantons Basel-Stadt ist Grenzraum; nach Art. 2 Abs. 3 kann der Kanton dem GWK (gemeint wohl sicherheitspolizeiliche) Aufgaben übertragen.

⁷⁶ BURCKHARDT (FN 16), 18; UHLMANN (FN 16), 9.

⁷⁷ Komm. BV 1874, Art. 3, Rz. 164. Gleich: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1062 f.; TSCHAN-NEN (FN 18), § 19, Rz. 5.

Anderer Ansicht ist der Bundesrat.⁷⁸ Änderungen der Kompetenzordnung bedürfen jedoch einer förmlichen BV-Änderung und damit der Mitwirkung der Stände und des Volkes.⁷⁹

Dasselbe gilt für die Übernahme polizeilicher Kompetenzen durch *der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung widersprechende Gesetze* wie bspw. im Zollgesetz. Daran ändern alle «Plattformen» nichts.⁸⁰ Die verfassungsrechtliche Regelung kann weder auf der Gesetzesstufe noch durch eine Verwaltungsvereinbarung geändert werden.⁸¹

Auch eine *faktische* Lücke in der (zu geringen oder Nicht-)Wahrnehmung einer durch die Kompetenzregelung den Kantonen übertragenen *verfassungsrechtlichen Pflicht* kann nicht im Sinne einer *unzulässigen Lückenfüllung* zu einer Bundesaufgabe i.S. einer parallelen Kompetenz führen.⁸²

Zwischen Art. 42 und 43 BV besteht keine «Brückenfunktion», weder qua Art. 44 Abs. 1 und 2 BV noch Art. 57 Abs. 2 BV. Beide sind nach herrschender Lehre *nicht* kompetenzbegründend (nachfolgend 19 ff., 3.).

d) Politisch ausgelöste Berichte zur Kompetenzregelung

aa) Überprüfung des Systems innere Sicherheit der Schweiz (USIS)

Im November 1999 wurde nach jahrelangen Klagen über zu geringe Bestände der Polizeikorps und des Grenzwachtkorps (GWK) das Projekt USIS initiiert.⁸³ In der Detailanalyse (USIS III⁸⁴) wurde festgestellt, dass zwischen 1996 und 2001 ohne Lücken im zivilen Polizeisystem⁸⁵ rund 95% aller Armee-Einsätze von der Polizei allein bzw. grundsätzlich allein zu bewältigen gewesen wären.⁸⁶ Darauf hielt der Bundesrat im November 2002 fest, die Armee würde *aus finanziellen Gründen dauerhaft* und verstärkt zur Unterstützung im Bereich Grenz-, Konferenz- und Objektschutz eingesetzt,⁸⁷ was

⁷⁸ HANS GEORG NUSSBAUM, Die Übertragung kantonaler Aufgaben an den Bund am Beispiel der Polizeivereinbarungen der Grenzkantone mit dem Grenzwachtkorps, in: LeGes 2002/2 (im Folgenden: Übertragung), 9 ff. Näheres nachfolgend, II/1/d/bb; DERS., Polizeiliche Massnahmen im Bereich des Zollwesens, in: SBVR III/2 (FN 61), 231 ff., Rz. 9 ff.

⁷⁹ SALADIN, a.a.O. Zur Erinnerung: Eine Interkantonale Mobile Polizei (IMP, Botsch. v. 27. 11. 1968, BBl 1968 II 781 ff), die von National- und Ständerat trotz verfassungsrechtlicher Bedenken angenommen worden war, scheiterte an einer negativen Volksabstimmung im Kanton Genf und der ablehnenden Haltung des Regierungsrates des Kantons Zürich (zum Ganzen: MÜLLER [FN 15], 345 ff., 353); Ablehnung einer Bundessicherheitspolizei (Botsch. v. 20. Juni 1977, BBl 1977 II 1279) in der Referendumsabstimmung v. 3. Dezember 1978 (BBl 1979 II 209/213); Aufgabe des Projektes eines Polizeiaufgabengesetzes des Bundes (vgl. BR Ber. Malama [FN 29], 4498/Medienmitteilung des Bundesrates v. 26. 3. 2013 (<<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2013/2013-06-261.html>>)) mangels verfassungsrechtlicher Zuständigkeit; vgl. dazu auch TIEFENTHAL (FN 49), 155 (zum Ganzen: MÜLLER [FN 15], 363 ff.).

⁸⁰ Vgl. Art. 3 ff. der Verwaltungsvereinbarung über den Sicherheitsverbund Schweiz (SVS) v. 4. Dezember 2015 (BBl 2015 9305). Näheres dazu in V/5.

⁸¹ TSCHANNEN (FN 18), § 19, Rz. 5.

⁸² MOHLER, Polizeibestände (FN 64), 76; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 37.

⁸³ USIS, Überprüfung des Systems der Inneren Sicherheit der Schweiz (USIS I, 5. April 2001 (<https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/aktuell/news/2004/ueberpruefung_innere.html>)), 2.

⁸⁴ FN 83.

⁸⁵ Auf 800–1000 Polizeiangehörige in USIS II (FN 83), 48, auf insgesamt 1600 (Kantone) in USIS IV (FN 83), 38, veranschlagt.

⁸⁶ USIS III (FN 83), 90.

⁸⁷ USIS IV (FN 83), 1.

dieser Erkenntnis direkt widersprach. Damit war die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) auch nicht einverstanden. Hernach wurden die politischen Leitplanken für USIS festgelegt; daraus ergaben sich Rahmenbedingungen und vier Eckpunkte:

- Die Lösungen müssen für Bund und Kantone kostenneutral sein, wobei Umlagerungen möglich sind,
- keine einschneidenden Änderungen der heutigen Sicherheitsstrukturen,
- die Polizeihöhe bleibt bei den Kantonen,
- keine Mehrkosten für die Kantone und den Bund und
- der Sicherheitsstandard bleibt mindestens gewahrt.⁸⁸

Mit den beiden letzten Eckpunkten wird *den Finanzen Priorität eingeräumt*. Nehmen Bedrohungen der inneren Sicherheit zu, wie das mittlerweile der Fall ist, verschlechtert sich der Sicherheitsstandard, was den letzten Eckpunkt direkt konterkariert. Damit ist die Widersprüchlichkeit dieser Vorgaben offenkundig,⁸⁹ was durch die Zunahme der privaten Sicherheitsdienste⁹⁰ auch erwiesen ist. In der Folge zeigten sich politisch deutlich voneinander abweichende Auffassungen, wozu später auch das Debakel der Planung der Sicherheitsmassnahmen für den «G-8-Gipfel von Evian» beigetragen hat.⁹¹ Im (Schluss-)Bericht USIS IV empfahl der Projektausschuss – bei einer Assoziierung zu «Schengen»/»Dublin» – die Variante Kombi.⁹² Zuvor hatte sich die KKJPD bereits für die Variante Kantone ausgesprochen.⁹³ Der Bundesrat liess am 24. März 2004 verlauten, er habe gleichentags die vier Anträge, welche der Schlussbericht USIS IV enthalte,⁹⁴ genehmigt und auf Antrag des EJPD Beschlüsse gefasst: so würden u.a. beim Botschaftsschutz die stationären Aufgaben subsidiär und *dauernd* der Armee übertragen und bei Personenschutzaufgaben Angehörige des Militärpolizei-Schutz-Detachements die Polizeikräfte unterstützen. Beides widerspricht sowohl Art. 58 BV⁹⁵ wie auch USIS-These 6 und (nun) dem BR Ber. Malama.⁹⁶

bb) Zum Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama vom 2. März 2012⁹⁷

Im Begleittext zum Postulat stellte der Postulant u.a. fest, die Totalrevision der BV habe zwar zu neuen Sicherheitsartikeln geführt, nicht aber zu inhaltlichen Neuerungen; Artikel 57 BV schaffte «selber keine Bundeskompetenzen, sondern setzt solche voraus (...). Trotz teilweise fehlender Kompetenzen

⁸⁸ USIS IV (FN 83), 1.

⁸⁹ Vgl. MARKUS H. F. MOHLER/PATRICK GÄTTELIN/RETO MÜLLER, Unsicherheit über Sicherheit, in: AJP 7/2007, 815 ff., 817.

⁹⁰ Entgegen USIS-These 7. Vgl. etwa MATTHIAS BIERI, Beständiger Aufstieg: Private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz, in: Bulletin 2015 zur schweizerischen Sicherheitspolitik, Zürich 2015, 63 ff.

⁹¹ Vgl. ERNST SCHIESS/MICHAEL SCHNEIDER, Föderalismus als Sicherheitsrisiko, *Avenir Suisse* 2003 (<<https://www.avenir-suisse.ch/publication/federalismus-als-sicherheitsrisiko/>>); zu Einzelheiten: MARKUS H.F. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, Basel 2008 (im Folgenden: *Vernetzung*), 521 ff., Rz. 155/Fn. 394; DERS., *Grundzüge* (FN 44), Rz. 1133/Fn. 2124. USIS IV (FN 83), 81.

⁹³ KARIN KELLER-SUTTER, *Alter Wein in neuen Schläuchen*, NZZ v. 3. April 2002, 16.

⁹⁴ Solche Anträge sind in USIS IV nicht zu finden.

⁹⁵ DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 58, N 13; soweit ersichtlich bisher in der Lehre allein a.A. RENÉ RHINOW, *Zur Rechtmässigkeit des Armeeeinsatzes im Rahmen der inneren Sicherheit*, in: *Juristische Fakultät der Universität Basel* (Hrsg.), *Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, 361 ff., 374.

⁹⁶ FN 29, 4512. Im BR Ber Malama wurde USIS – ohne Inhaltsbezug – lediglich in einer Fussnote (345) erwähnt.

⁹⁷ FN 29.

legiferiere der Bund in zunehmendem Ausmass im sicherheitspolizeilichen Aufgabengebiet und h"ohle dadurch einen prim"ar kantonalen Kompetenzbereich aus. Umgekehrt vernachl"assigen einzelne Kantone ihre Aufgaben im Bereich der Inneren Sicherheit im Vertrauen auf Bundeshilfe.»

Der Bundesrat hat darauf zu einer Auslegeordnung "uber staatspolitische und verfassungsrechtliche Fragen im Sicherheitsbereich ausgeholt. Inhaltlich blieb der Bericht jedoch deutlich hinter dem Notwendigen und teilweise auch hinter der n"otigen Genauigkeit zur"uck. Er ist mehrfach widerspr"uchlich und irref"uhrend formuliert. Das zeigte sich auch an der parlamentarischen Beratung. Die Formulierung der Vorsteherin des EJPD im Nationalrat war bezeichnend: die Kommissionen st"unden einer Verfassungs"anderung eher ablehnend gegen"uber, weshalb von Vorhaben, die auf Verfassungsstufe realisiert werden m"ussten, wohl abzusehen sei.⁹⁸ In der Praxis bedeutet dies, dass die Verfassungsrechtslage von Bundesrat und Parlament einvernehmlich ignoriert und auf der Gesetzesstufe entgegen der BV legiferiert wurde und weiterhin wird (dazu nachfolgend III/2).

Im Folgenden kann es nicht um eine W"urdigung aller Einzelthemen des Berichtes gehen. Diskutiert werden nur die besonders hervorstechenden Problemstellungen.

aaa) Hinsichtlich der Begriffe der inneren und der "usseren Sicherheit und deren auch in der Praxis tauglichen Abgrenzung finden sich in Ziff. 2.1.1 und 2.1.3 des Berichts⁹⁹ widerspr"uchliche Ausf"uh- rungen. Unter Bezugnahme auf den SIPOL B 2000¹⁰⁰ wird auf die Untrennbarkeit hingewiesen, wes- halb es um einen «*umfassenden Sicherheitsbegriff*» gehe.¹⁰¹ Das auf eine breite Kooperation zwischen den einzelnen Staatsebenen setzende Sicherheitsverst"andnis finde nach geltendem Recht jedoch keine ad"aquate Abbildung in der Bundesverfassung.¹⁰² Daher sei auf die Definition der inneren Sicherheit als pr"aventive und reaktive Abwehr von die "offentliche Ordnung und den Staat als solchen bedrohende

⁹⁸ Sie fiel im Nationalrat kurz aus und endete mit der Feststellung von Bundesr"at"in Sommaruga: «Die Mitglieder beider Kommissionen haben schliesslich bei keiner der im Bericht formulierten Thesen Handlungsbedarf geortet, der "uber die Auftr"age, die vom Bundesrat bereits ausgel"ost worden sind, hinausgehen w"urde. Der Bundesrat interpretiert die Reaktion der Kommissionen dahingehend, dass die bereits initiierten Optimierungen auf Gesetzesstufe ausreichend sind. Hingegen stehen die Kommissionen der Option einer Verfassungs"anderung offenbar eher ablehnend gegen"uber. Von Vorhaben, die auf Verfassungsstufe realisiert werden m"ussen, ist daher wohl abzusehen, aber selbstverst"andlich kann das Parlament jederzeit wieder auf diese Grundlagenarbeit zur"uckgreifen.» (AB 2013 N 891). Der St"anderat hat das Gesch"aft im Plenum nicht behandelt.

⁹⁹ S. 4476 f.

¹⁰⁰ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung "uber die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOL B 2000) v. 7. Juni 1999 (BBI 1999 7657).

¹⁰¹ SIPOL B 2000 (FN 100), 7660, BR Ber. Malama, 4477 f. Entgegen der Erw"ahnung im BR Ber. Malama, 4478, findet sich der Ausdruck «*umfassende Sicherheitsbegriff*» im SIPOL B 2010 (Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung "uber die Sicherheitspolitik der Schweiz v. 23. Juni 2010, BBI 2010 5133) nicht; die Rede ist von umfassender Sicherheitspolitik. Im SIPOL B 2016 (Die Sicherheitspolitik der Schweiz, Bericht des Bundesrates v. 24. August 2016, BBI 2016 7763) wird der Ausdruck im schweizerischen Zusammenhang auch nicht verwendet, sondern nur auf den modernen und zukunftsweisenden umfassenden Sicherheitsbegriff der OSZE verwiesen, «der die politisch-milit"arische, die wirtschaftlich-ökologische und die menschliche Dimension umfasst», 7807. Zum umfassenden Sicherheits*begriff* vgl. auch ALEXANDER RUCH, "Aussere und innere Sicherheit, in: Daniel Th"urer/Jean-Fran"ois Aubert/J"org Paul M"uller, Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, § 56, Rz. 8 f. (mit der nicht leicht verst"andlichen Feststellung: Art. 57 BV sei auch Kompetenznorm, schaffe aber keine selbst"andige neue Bundeskompetenz); "ahnlich: GEORG NUSSBAUM, "Ubertragung (FN 78), 9 ff, begr"undet, dass Art. 57 Abs. 2 BV f"ur den Bund kompetenzbegr"undend sei, mit dem umfassenden Sicherheitsbegriff, 13 f.

¹⁰² A.a.O., 4478.

Gefahren abzustellen.¹⁰³ Damit ist jedoch in Bezug auf die grundsätzliche Zuständigkeits- und Verantwortungsteilung nichts gewonnen.¹⁰⁴

bbb) Dass die BV materiell-rechtlich eine Nachführung («Aktualisierung») derjenigen von 1874 ist,¹⁰⁵ wird nur in Bezug auf die Anknüpfung an die Begriffsbestimmung (der inneren Sicherheit) der aBV angeführt.¹⁰⁶

ccc) Auffallend ist im Zusammenhang mit der Kompetenzallokation die Widersprüchlichkeit im Bericht.¹⁰⁷ Am Beispiel der *subsidiären Assistenzdiensteinsätze der Armee* sei dies erläutert: Unter dem Zwischentitel «Sicherheitsleistungen der Armee» (Ziff. 2.3.2.3) und der nachfolgenden Überschrift «Unterstützung der zivilen Behörden» (Ziff. 2.3.2.3.3) wird auf das doppelte Kriterium der Subsidiarität verwiesen: es müsse sich um eine ausserordentliche Lage handeln *und* die zivilen geeigneten Mittel dürften in personeller, materieller und zeitlicher Hinsicht nicht ausreichen.¹⁰⁸ Der BR habe sich dazu bekannt, «dass Einsätze in der inneren Sicherheit so lange wie möglich subsidiär erfolgen sollen».¹⁰⁹ Dann folgen diffuse Ausführungen:

«Leistet die Truppe Katastrophenhilfe oder Sicherungseinsätze (wobei der Schutz kritischer Infrastrukturen im Vordergrund steht), handelt es sich um einen Einsatz zur Bewältigung einer ausserordentlichen Lage gestützt auf Artikel 1 Absatz 3, Buchstabe b MG. Der Einsatz erfolgt im Assistenzdienst. Im Bereich der inneren Sicherheit handelt es sich damit um einen subsidiären Sicherungseinsatz. Gemäss Artikel 4 VSPS ernennt der Bundesrat dazu einen Kommandanten.»¹¹⁰

Das ist irreführend, denn anders als «Katastrophe» oder «Katastrophenhilfe» beutetet «Sicherungseinsätze» noch keine ausserordentliche Lage. Sowohl bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit wie bei der Katastrophenhilfe geht es nach Art. 58 Abs. 2 BV jedoch um die Bewältigung *ausserordentlicher Lagen*.¹¹¹ In beiden Fällen handelt es sich um subsidiären Assistenzdienst. Der Begriff «Sicherungseinsatz» kommt im MG weder nach dem Stand vom 1.1.2012 noch dem aktuellen vom 1.1.2018 vor. Sind diese beiden restriktiven Voraussetzungen nicht gegeben, stehen die Kantone in der Verantwortung.¹¹² Was unter einer ausserordentlichen Lage zu verstehen sei, konkretisiere Art. 1 Abs. 2 MG nicht.¹¹³

¹⁰³ A.a.O., 4476 f.

¹⁰⁴ Der «umfassende Sicherheitsbegriff» kann zur Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen nichts beitragen. Vielmehr verweist er eigentlich auf den Umfang dessen, *welche Bedrohungen und Gefahren* zu einer anzustrebenden umfassenden Sicherheit hinzuzuzählen sind, vgl. RUCH (FN 101), § 56, Rz. 10 f.; MOHLER, Vernetzung (FN 91), Rz. 99 ff., 133 ff.; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 2. Darum geht es indessen bei der Kompetenzabgrenzung im sicherheitspolizeilichen Bereich nicht (a.a.O., Rz. 5).

¹⁰⁵ Vorstehend II/1/c.

¹⁰⁶ BR Ber. Malama (FN 29), 4476.

¹⁰⁷ Zur Widersprüchlichkeit im BR Ber. Malama betr. Kompetenzallokation vgl. GIANFRANCO ALBERTINI/THOMAS ARMBRUSTER/BEAT SPÖRRI, *Militärisches Einsatzrecht*, 2016, 12 f./Fn. 60.

¹⁰⁸ A.a.O., 4512.

¹⁰⁹ A.a.O., 4516; vgl. auch MOHLER/SCHWEIZER, *Sicherheitspolitik* (FN 39), Rz. 12.

¹¹⁰ A.a.O., 4515.

¹¹¹ DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 58, N 12 («Es muss sich um die «Bewältigung einer ausserordentlichen Lage» handeln. Unter einer «ausserordentlichen Lage» wird eine Situation verstanden, «die für eine grosse Zahl von Einwohnern eines Gebietes als bedrohlich erlebt wird, den normalen Lebensgang massiv stört oder verunmöglicht und daher Notrecht legitimieren kann.» zit. aus SIPOL B 2000 [FN 100], 7720); HANSJÖRG MEYER, RETO PATRICK MÜLLER, SGK, Art. 58, Rz. 29 f.; MOHLER, *Grundzüge* (FN 44), Rz. 1190.

¹¹² Vgl. dazu KURT EICHENBERGER, *Komm. BV 1874*, Art. 102 Ziff. 10, Rz. 156.

¹¹³ S. 4558. Der Bezug auf das MG ist darauf zurückzuführen, dass der BR bei der Formulierung von Art. 54 Abs. 2 VE 96 (nun Art. 58 Abs. 2 BV) auf den Zweckartikel des damaligen MG abgestellt hat (VE 96 [FN 19], 238).

Vorab geht es jedoch um die Umschreibung in Art. 58 Abs. 2 BV und nicht um das MG. Auf die vom Bundesrat selber gelieferte Definition im SIPOL B 2000 wird nicht zurückgegriffen.¹¹⁴ Dann wird ausgeführt, das Erfordernis der «ausserordentlichen Lage» sei nicht in allen Fällen erfüllt worden, was zu einer «Ausweitung der Lesart von Art. 1 Abs. 3 und Art. 67 Abs. 2 MG geführt» (sic!) habe. Eine Beschränkung auf die in der juristischen Lehre unbestrittenen Einsätze erscheine nicht zielführend, würde «die Hürde für subsidiäre Sicherungseinsätze zu hoch setzen und entweder dazu führen, dass den Kantonen *unwirtschaftliche* Lösungen aufgebürdet würden, oder dem Bund den Spielraum zur Wahrnehmung von Aufgaben nationaler Bedeutung deutlich einschränken».¹¹⁵ Just diese Beschränkung der Bundeszuständigkeit und ihrer schleichenden Ausdehnung ist Gehalt und Zweck der Kompetenzabgrenzungen in der Sicherheitsverfassung. Es wird sodann releviert, es sei denkbar, die Armee zur Unterstützung auch in normalen Lagen einzusetzen, um – durch eine Änderung des MG – eine «Spitzenlast der zivilen Behörden, die aus rechtlicher Sicht nicht als ausserordentliche Lage bezeichnet werden kann, zu bewältigen, und sofern dies aus *Wirtschaftlichkeitsgründen* unabdingbar erscheint». Und: «Ob sie sich noch auf Artikel 58 Absatz 2 letzter Satz stützen könnte oder ob sie eine Änderung auch von Artikel 58 BV nötig machen würde, wäre noch näher zu prüfen.»¹¹⁶ Danach folgen mit These 4¹¹⁷ und den zugehörigen Schlussfolgerungen¹¹⁸ nur Ausführungen, die auf eine Missachtung der BV hinauslaufen (dazu nachfolgend III/2/d).

ddd) Zu den Kompetenzen des GWK im (sicherheits-)polizeilichen Bereich sind die Ausführungen ungenau, für juristische Laien schwer verständlich und zuweilen auch ebenso eher irreführend. Sie bewegen sich auf der seit der Vorlage des Zollgesetzes von 2005 verfolgten Linie der schleichenden Ausdehnung der Polizeikompetenzen des GWK im Bereich der kantonalen Polizeihoheit. Zur Erinnerung: Bis zur Totalrevision von 2005¹¹⁹ wurde die grenzpolizeiliche Personenkontrolle im Zollgesetz nicht erwähnt.¹²⁰ Die grenzpolizeilichen Kontrollen an den Strassenübergängen und im Schiffsverkehr wurden vom GWK durchgeführt, jene in den internationalen Zügen, an den Bahnhöfen und den Flughäfen durch die örtlich zuständige Kantonspolizei.¹²¹

¹¹⁴ Vgl. FN 111.

¹¹⁵ A.a.O., 4558. Hervorhebung hier.

¹¹⁶ A.a.O., 4559. Hervorhebung hier. Das Wirtschaftlichkeitsargument ist widersinnig, da die Armeeeinsätze den Kantonen nicht verrechnet werden – und dies Art. 43a Abs. 2 BV widerspricht. Vgl. SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 32.

¹¹⁷ «Subsidiäre Einsätze der Armee zur Erfüllung von Aufgaben im Bereich der inneren Sicherheit sind sinnvoll bei Ereignissen bzw. Veranstaltungen, die sich mit den vorhandenen Polizeikräften nicht erfüllen lassen, auch wenn die Anlässe planbar sind.»

¹¹⁸ «Um subsidiäre Einsätze der Armee im Rahmen des Assistenzdienstes auf eine solidere rechtliche Basis zu stellen, sollte eine Anpassung des MG geprüft werden. Dabei wäre insbesondere auch eine Präzisierung des Begriffs «ausserordentliche Lage» zu erwägen. Eine Präzisierung drängt sich erst recht auf, wenn die Möglichkeit von subsidiären Einsätzen im Rahmen des Assistenzdienstes über die bisherige Praxis hinaus erweitert werden sollte.»

¹¹⁹ Vgl. Zollgesetz v. 1. Oktober 1925, Stand 2.8.2000 (<<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19250037/200009010000/631.0.pdf>>); vgl. Art. 137 ff.

¹²⁰ RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS MOHLER, Die polizeilichen Ersatzmassnahmen des Bundes und der Kantone nach dem Wegfall der Personenkontrollen an der Landesgrenze in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen in der Praxis, Zürich/St.Gallen 2009, 111 ff. (im Folgenden: Ersatzmassnahmen), 121.

¹²¹ So hatte bspw. die Kantonspolizei Basel-Stadt eine Abteilung Grenzpolizei in den Grenzbahnhöfen Basel Badischer Bahnhof und Basel SNCF, die Kantonspolizei Zürich übt nach wie vor auch die Grenzpolizei im Flughafen Zürich aus.

Die Kompetenzerweiterungen erfolgen mit drei unterschiedlichen, jedoch verfassungsrechtlich nicht haltbaren Begründungen bzw. Methoden:

- Art. 57 Abs. 2 BV schaffe, entgegen der fast einhelligen von der Lehre,¹²² eine Bundeskompetenz (vorstehend bbb);
- entgegen der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung werden die polizeilichen Kompetenzen des GWK durch die Gesetzgebung erweitert (dazu nachfolgend III/2/a);
- der Bund, vertreten durch die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV), schliesst mit Kantonen Einzelverträge ab, wodurch diese Kantone originäre kantonale Polizeikompetenzen partiell auf den Bund rückübertragen; gestützt wird die auf Art. 48 Abs. 2 BV (vorstehend 11 f., II/1/c/bb und nachfolgend 20, II/3/b).

2. Völkerrechtliche Pflichten von Bund und Kantonen

Neben dem programmatischen Abs. 2 von Art. 54 BV regeln Abs. 1 und 3, der Letztgenannte in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 BV, die Zuständigkeiten in «auswärtigen Angelegenheiten». Diese sind nach Abs. 1 Sache des Bundes.¹²³ Die Zuständigkeit des Bundes ist – unter Vorbehalt von Abs. 3, Art. 46 Abs. 3, Art. 47 und Art. 56 BV – allgemein und umfassend. Für die *Umsetzung* gilt *grundsätzlich* die *innerstaatliche Zuständigkeitsordnung*.¹²⁴ Die Kantone stehen demzufolge für die vertragskonforme Erfüllung, sofern nicht bereichsspezifisch explizite Bundeszuständigkeiten gegeben sind, in erster Linie in der Pflicht, auch wenn der Bund gegen «aussen» die Verantwortung trägt. Es geht *cum grano salis* um fünf unterschiedliche, teilweise sich überschneidende völkerrechtliche Verpflichtungen:

- Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gemäss den einschlägigen Konventionen,¹²⁵
- die Schutzpflichten gegenüber völkerrechtlich geschützten Personen,¹²⁶
- die spezifischen vertragsvölkerrechtlichen Schutzpflichten der Gefahrenabwehr,¹²⁷
- die vertragsvölkerrechtlichen Pflichten der strafrechtlichen Verbrechensbekämpfung und¹²⁸
- Zusammenarbeitsverträge mit andern Staaten.¹²⁹

¹²² Vgl. statt vieler: BIAGGINI, Komm. BV (2. Aufl. 2017), Art. 57, N 2, 4; DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 57, N 23; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbemerkungen Zur Sicherheitsverfassung, Rz. 23, Art. 57, Rz.4.

¹²³ Nicht diskutiert wird hier die Ermächtigung der Kantone, nach Art. 56 BV in ihrem Zuständigkeitsbereich Verträge mit dem Ausland (auf subnationaler Ebene) abzuschliessen.

¹²⁴ BERNHARD EHRENZELLER, SGK, Art. 54, Rz. 14, 53 m.w.H.; DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 54, N 38; RAINER J. SCHWEIZER/JAN SCHEFFLER, Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der schweizerischen Armee und an ihr zukünftiges Leistungsprofil, in: ZÖR (2011) 66: 299 ff., 350.

¹²⁵ EMRK, SR 0.101, samt Zusatzprotokollen; UNO Pakt II, SR 0.103.2 samt 2. Zusatzprotokoll; Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, SR 0.103.3; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104; Anti-Folterkonvention, SR 0.105 mit Zusatzprotokoll; Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter, SR 0.106; Kinderschutzkonvention, SR 0.107 mit Zusatzprotokollen; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108 mit Zusatzprotokoll, Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, SR 0.109.

¹²⁶ Ausführlich dazu SCHWEIZER/SCHEFFLER (FN 124), 299ff., 337 ff.

¹²⁷ Zahlreiche Verträge zur Verbrechensbekämpfung enthalten auch bindende Bestimmungen zur *Verhütung* der entsprechenden Delikte. So z.B. Art. 2 und 7 des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI (SR 0.362.380.024/ABI. L 386 vom 29.12.2006, 89).

¹²⁸ Vgl. das SR Verzeichnis unter 0.311.xxx.

¹²⁹ Vgl. das SR Verzeichnis unter 0.360.xxx.

a) *Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*

Der Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bietet von den Zuständigkeiten her keine Probleme. Das rührt einerseits daher, dass diese *völkerrechtlichen Schutzpflichten* mit dem Grundrechtskatalog der BV (Art. 7 ff.) nahezu kongruent sind,¹³⁰ andererseits dass durch die monistische Ausrichtung der schweizerischen Rechtsordnung die genehmigten Verträge unmittelbare Rechtsgeltung erhalten. Die Schutzpflichten sind daher von allen rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden aller staatspolitischen Ebenen zu erfüllen.¹³¹

b) *Schutzpflichten gegenüber völkerrechtlich geschützten Personen*

In der Ausgestaltung der praktischen Wahrnehmung dieser Schutzpflichten zeigen sich Schwierigkeiten, die just durch die bundesstaatliche Zuständigkeitsregelung geschaffen werden: Der Bund ist durch seine Zuständigkeit in auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich für die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen, die *Kantone* in diesem Kontext *primär* für die erforderlichen *polizeilichen Massnahmen*.¹³² Dadurch entsteht ein (nur teilweise erkannter bzw. berücksichtigter) Ressourcenbedarf. Der Bund stellt den am stärksten tangierten Kantonen für den Schutz ausländischer Vertretungen u.a. in begrenztem Mass Armeepersonal für den stationären Schutz zur Verfügung.¹³³ Dabei ist das anhaltende Hin- und Her von Beschlüssen und Begründungen im Zusammenhang mit der Verfassungsmässigkeit *dauernder* Einsätze der Armee zu Gunsten ziviler Behörden nicht zu übersehen.¹³⁴ Zudem unterstützt der Bund die mit den Schutzaufgaben belasteten Kantone finanziell.¹³⁵

¹³⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 35), Rz. 1926a.

¹³¹ VE 96 (FN 19), 134, 232; BGE 137 I 305, E. 7; TSCHANNEN (FN 18), § 9, Rz. 5 ff.; WYTTEBACH (FN 60), 283 f., 304 ff.

¹³² Art. 24 BWIS (FN 53), Art. 20 Bst. f des Bundesgesetzes über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge vom 22.6.2007 (Gaststaatgesetz, GSG, SR 192.12).

¹³³ Art. 28 Abs. 2 BWIS (SR 120); vgl. auch vorstehend II/1/d/aa. Gemäss BRB vom 2. März 2018, sollen ab 2020 die betroffenen Kantone diesen Schutz alleine übernehmen; lediglich zum «Kompetenzerhalt» würden noch einzelne Armeeinghörige eingesetzt (Botschaft [prov. Text] v. 2.3.2018; <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/51526.pdf>>), 4.

¹³⁴ Einzelheiten dazu bei MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 1219 ff; ergänzend: Botschaft zum Bundesbeschluss über die Einsätze der Armee zur Unterstützung ziviler Behörden v. 2. März 2012 (BBl 2012 3621): «Ein Dauereinsatz der Armee im Rahmen eines Assistenzdienstes, also ein Einsatz auf nicht absehbare Zeit im Bereich der sicherheitspolizeilichen Grundlast, ist verfassungsrechtlich umstritten. Es gilt: Daueraufgaben sind von den Polizeikräften ohne Beizug der Armee zu erfüllen.» (3635). Diese Botschaft wurde am gleichen Tag wie der Ber. Malama publiziert, in dem eine nähere Prüfung von Art. 58 Abs. 2 BV zur Diskussion gestellt wurde. Darauf folgte die Absage an eine BV-Änderung (vorstehend II/1/d/bb). Analoge Ausführungen folgten in der Botschaft zum Bundesbeschluss über die Einsätze der Armee zur Unterstützung ziviler Behörden v. 25. Februar 2015 (BBl 2015 2049, 2060; Bundesbeschluss v. 7. September 2017, BBl 2015 7427). Dem vorangestellt wurde in der Übersicht, dass es sich um eine «Übergangslösung bis zur Umsetzung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee, jedoch längstens bis zum 31. Dezember 2018» handle (2050). Dem folgte die Änderung des MG, nach dessen Art. 67 für die Dauer von Armeeeinsätzen nicht mehr in erster Linie die Lage (schwerwiegende Bedrohung oder bereits eingetretene ausserordentliche Lage, Art. 58 Abs. 2 BV), sondern das Vorhandensein «wirtschaftlich vertretbarer Alternativen» massgebend ist (Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee v. 3. September 2014 (BBl 2014 6955, 7013).

¹³⁵ Art. 21 Gaststaatgesetz (FN 132); Art. 28 Abs. 2 BWIS (FN 53); Botschaft zum Bundesbeschluss über die Einsätze der Armee zur Unterstützung ziviler Behörden v. 25. Februar 2015 (BBl 2015 2049), 2058; Geschäftsbericht des Bundesrates 2017, Band I (BBl 2018 1219), 154.

c) *Die Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen*

Die Umsetzung der vertragsvölkerrechtlichen Pflichten bietet *keine verfassungsrechtlichen* Probleme; sie richtet sich nach der innerstaatlichen Zuständigkeitsordnung, dementsprechend nach Art. 3 und 42/43 BV sowie den in den Bundesgesetzen festgelegten Vollzugsregelungen (Art. 46 Abs. 1 BV).¹³⁶

3. Die verfassungsrechtlichen Kriterien

a) *Grundsätze des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen (Art. 44 Abs. 1 und 2 BV)*

Art. 44 BV kodifiziert in programmatischer Art die Grundsätze des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen, wie es bisher ungeschriebener und unbestrittener Verfassungsgrundsatz war.¹³⁷ Er ist u.a. Ausdruck des verfassungskulturellen Staatsverständnisses,¹³⁸ der Solidarität und des gegenseitigen Respekts, der Partnerschaft nach Treu und Glauben.¹³⁹ Es geht nicht einfach um einseitige Bundestreue¹⁴⁰, sondern «um ein rücksichtsvolles Verhalten in allen Richtungen»,¹⁴¹ um die an die Gemeinwesen gerichtete *rechtliche Verpflichtung*,¹⁴² «sich (...) auch im gegenseitigen Verkehr jeden missbräuchlichen und widersprüchlichen Handelns zu enthalten».¹⁴³ Abs. 1 bedeutet indessen *keine generelle* Pflicht der jederzeitigen Unterstützung oder Zusammenarbeit;¹⁴⁴ sie wird entweder freiwillig geleistet oder beruht auf einem Erlass des Bundes¹⁴⁵ oder einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 48, 52 Abs. 2 BV).¹⁴⁶ Umgekehrt gebietet Abs. 2, alles zu unterlassen, was den Interessen von Bund und andern Kantonen widerspricht (vgl. Art. 48 Abs. 3 BV).¹⁴⁷ Die Gebote der Unterstützung und der Zusammenarbeit aus Art. 44 BV halten sich «innerhalb von Verfassung und Gesetz».¹⁴⁸ Das bedeutet nicht nur ein Verbot des Kompetenzmissbrauchs,¹⁴⁹ sondern auch die *Pflicht zur schonenden Kompetenzausübung*.¹⁵⁰ Art. 44 Abs. 1 und 2 sind *nicht kompetenzbegründend*.¹⁵¹

¹³⁶ Vgl. bspw. Art. 23 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0).

¹³⁷ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 44, N 1; SCHWEIZER, SGK, Art. 44, Rz. 6 m.w.N.

¹³⁸ PETER HÄBERLE, Die Vorbildlichkeit der Schweizer Bundesverfassung aus gemeineuropäischer/universaler Sicht, in: ZSR 2017 I 477 ff., 481 f., 486 (gemeint im Beitrag HÄBERLE ist nicht Art. 42 Abs. 2, sondern 44 Abs. 2).

¹³⁹ PATRICIA EGLI, Die Bundestreue, Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 558 f.; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 861 f.; SCHWEIZER, SGK, Art. 44, Rz. 6.

¹⁴⁰ Bundestreue i.S.v. *Bündnistreue*, «Bund» nicht als Verband gemeint, EGLI (FN 139), Rz. 4.

¹⁴¹ VE 96 (FN 19), 208; EGLI (FN 139), Rz. 545; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN3), a.a.O.

¹⁴² EGLI (FN 139), 557, 571.

¹⁴³ BGE 125 II 152, E. 4c/bb; EGLI (FN 139), Rz. 495, 918, 935; TSCHANNEN (FN 18), § 23, Rz. 26 f.; UHLMANN (FN 16), Rz. 15.

¹⁴⁴ SCHWEIZER, SGK, Art. 44, Rz. 11.

¹⁴⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, (FN 35), Rz. 1242.

¹⁴⁶ BGE 125 II 152, E 4 b/cc.

¹⁴⁷ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 4, N 8; SCHWEIZER, a.a.O.

¹⁴⁸ BGE 125 II 152, E. 4b/cc.

¹⁴⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1265.

¹⁵⁰ VE 96 (FN 19), 208: «Dass insbesondere auch der Bund eine Pflicht zur Rücksichtnahme hat, wird in Artikel 38 VE 96 nochmals verdeutlicht, wonach der Bund die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren hat.»; EGLI (FN 139), Rz. 929; SCHWEIZER, SGK, Art. 44, Rz. 9; WALDMANN/KRAEMER, BSK, Art. 44, N 19.

¹⁵¹ EGLI (FN 139), Rz. 925; vgl. auch vorstehend II/1/d/bb.

Nicht ausdrücklich genannt wird das Gebot der *Gleichbehandlung der Kantone*, das jedoch zu den «anerkannten Rechtsgrundsätzen, die den bundesstaatlichen Rechtebeziehungen zugrunde liegen», gehört.¹⁵²

b) *Art. 48 Abs. 2 BV*

Art. 48 BV ermächtigt in deklaratorischer Weise die Kantone, interkantonale Verträge innerhalb ihrer Zuständigkeiten abzuschliessen. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Schranken zu beachten.¹⁵³ Der Bund kann sich nach Abs. 2 im Rahmen seiner Zuständigkeiten an interkantonalen Verträgen *beteiligen*. Entgegen der geübten Praxis ermächtigt diese Verfassungsbestimmung jedoch den Bund nicht, mit einzelnen Kantonen einzelne Verträge abzuschliessen.¹⁵⁴ Ermächtigungen des Bundes zu Verträgen mit einzelnen Kantonen finden sich lediglich in Art. 46 Abs. 2 BV (Leistungsvereinbarungen bei der Umsetzung von Bundesrecht) und Art. 63a Abs. 3 BV (Koordination und Gewährleistung der Qualitätssicherung im Hochschulwesen). Sodann ist die vertragliche Änderung der verfassungsrechtlich zwingenden Kompetenzordnung nicht zulässig.¹⁵⁵ Eine gegenteilige Auffassung vertritt der Bundesrat:¹⁵⁶ Nach Art. 48 Abs. 2 BV könne der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeit mit den Kantonen Vereinbarungen schliessen, dabei habe er aber die verfassungsmässige Kompetenzordnung zu wahren.¹⁵⁷ Dies soll sich darauf beziehen, dass diese Übertragung nur im Bereich paralleler Kompetenzen möglich sei,¹⁵⁸ die Verfassung bringe mit Artikel 48 BV zum Ausdruck, «dass der Bund dort einen Vertrag mit den Kantonen abschliessen könne, wo er über verfassungsmässige Rechtsetzungskompetenzen verfüge».¹⁵⁹ Dazu ist auf Folgendes hinzuweisen:

- Der Bund hat im Bereich der «inneren Sicherheit», des (Sicherheits-)Polizeirechts, *nicht generell parallele*,¹⁶⁰ sondern *partielle, punktuelle oder fragmentarische subsidiäre* Kompetenzen.¹⁶¹ Insbesondere die sicherheitspolizeilichen Aufgaben sind Teil der kantonalen Polizeihochheit. Art. 97 ZG (Übernahme *kantonalen polizeilicher* Aufgaben), «wonach die EZV ermächtigt wird, polizeiliche Aufgaben zu erfüllen, die im Zusammenhang mit dem Vollzug nichtzollrechtlicher Erlasse des Bundes stehen und den Kantonen durch die Gesetzgebung des Bundes übertragen worden

¹⁵² VE 96 (FN 19), 207; vgl. dazu BIAGGINI, Komm. BV, Art. 44, N 2/Art. 1, N 9; JAAG, in: Biaggini et al (Hrsg.) (FN 11), § 11, Rz. 17; TSCHANNEN, Staatsrecht (FN 18), § 16, Rz. 13.

¹⁵³ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 48, N 12 f.; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, SGK, Art. 48, Rz. 44; WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, BSK, Art. 48, N 39 ff.

¹⁵⁴ Alle Kommentare und Lehrbücher begrenzen die Ermächtigung auf die *Beteiligung* an interkantonalen Verträgen; vgl. etwa SCHWEIZER/ABDERHALDEN, SGK, Art. 48, Rz. 17, 41. Besondere Verhältnisse speziell sachspezifischer Art können seltene Ausnahmen bewirken, so bspw. das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Kantonen Waadt und Wallis über den Strassentunnel unter dem Grossen St. Bernhard (SR 725.151.1), so zur Abgrenzung von Zuständigkeiten und der Haftung.

¹⁵⁵ Vorstehend II/1/c; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 48, N 9; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, SGK, Art. 48, Rz. 45; WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, BSK, Art. 48, N 45.

¹⁵⁶ NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 12 ff.

¹⁵⁷ NUSSBAUM, Übertragung (FN 78), 30; DERS., SBVR III/2 (FN 61), Rz. 12 ff.

¹⁵⁸ NUSSBAUM, Übertragung (FN 78), 26; DERS., SBVR III/2 (FN 61), Rz. 11.

¹⁵⁹ BR Ber. Malama (FN 29), 4485. Nur in der zugehörigen Fussnote wird erwähnt, dass es um die Ermächtigung lediglich zur *Beteiligung* an interkantonalen Verträgen gehe.

¹⁶⁰ RONNY FISCHER/JÜRGEN M. TIEFENTHAL, Die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben im Grenzraum, in Jusletter v. 20. Oktober 2014, 12; SCHWEIZER/MOHLER, Ersatzmassnahmen (FN 120), 123.

¹⁶¹ ALBERTINI/ARMBRUSTER/SPÖRRI (FN 107), 14 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 57, N 5, 8; DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 57, N 4; SCHWEIZER/MOHLER, Ersatzmassnahmen (FN 120), 122 f.; DIESS., SGK, Vorbem. Zur Sicherheitsverfassung, Rz. 26.

sind», geht unausgesprochen von generell parallelen Bundeskompetenzen aus und widerspricht Art. 46 Abs. 2 BV direkt; dieser sieht für das Erreichen bestimmter Ziele lediglich die finanzielle Unterstützung durch den Bund vor. Zudem verstösst diese Interpretation von Art. 48 Abs. 2 BV, gestützt auf parallele Kompetenzen, gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.¹⁶² Für eine Übernahme polizeilicher Aufgaben durch das GWK in den Kantonen ausgeschlossen wäre nach dieser Interpretation nur die Durchsetzung kantonalen Rechts.¹⁶³ Nach dieser Logik könnte das GWK auch zur generell zuständigen Bundessicherheitspolizei umfunktioniert werden, angenommen für die Durchsetzung kantonalen Erlasses.

- Da die Kantone in der Pflicht und Verantwortung stehen, die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen (u.a. Art. 46 Abs. 1 BV), werden mit diesen Vereinbarungen entgegen der verfassungsrechtlichen Ordnung¹⁶⁴ originäre polizeiliche Kompetenzen von den betreffenden Kantonen an den Bund zurückübertragen.
- Im Ber. Malama wird sodann auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Straf- und Strafprozessrecht (Art. 123 Abs. 1 BV) hingewiesen. Gestützt darauf habe der Bund die Fahndung bzw. die in diesem Bereich zuständigen Behörden in Art. 210 f. StPO¹⁶⁵ geregelt. Dann folgen erstaunliche Sätze: «An sich hätte er eine Zuständigkeit des GWK vorsehen können, was er jedoch nicht getan hat. Die Kantone können jedoch auf die Vollzugskompetenzen verzichten, die ihnen gemäss der StPO zustehen.»¹⁶⁶ Zum einen wird zwischen der Kompetenz zum Ausschreiben einer Person und den polizeilichen Massnahmen beim Betreffen einer ausgeschriebenen Person nicht unterschieden, zum andern fragt sich, wer dann angeordnete Fahndungen durchführte, wenn die Kantone auf diese Aufgabe verzichteten. Dies widerspräche Art. 46 Abs. 1 BV diametral; Kantone können nicht auf die sachgerechte Um- und Durchsetzung der ihnen übertragenen Aufgaben verzichten.¹⁶⁷
- Interkantonale Verträge gliedern sich grundsätzlich in solche rechtsetzenden¹⁶⁸ (Konkordate im eigentlichen Sinn) und rechtsgeschäftlichen Inhalts (Verwaltungsvereinbarungen). Es gibt auch Mischformen,¹⁶⁹ namentlich falls für bestimmte Rechtsgeschäfte spezifische Rechtsgrundlagen oder die Übertragung von Befugnissen notwendig sind. Beim Abschluss solcher Verträge sind die rechtsstaatlichen Prinzipien, namentlich auch die verfassungsmässigen Rechte der Bürger zu beachten.¹⁷⁰ Bei allen zugänglichen Vereinbarungen der EZV mit Kantonen,¹⁷¹ ausser jene mit dem

¹⁶² Vorstehend 6 ff., II/1/c/aa und bb.

¹⁶³ NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 14.

¹⁶⁴ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 48, N 9; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1062 f.; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, SGK, Art. 48, Rz. 46; TSCHANNEN (FN 18), § 19, Rz. 5; so bereits SALADIN, Komm. BV 1874, Art. 3, Rz. 164.

¹⁶⁵ FN 29; genannt werden «Staatsanwaltschaft, Übertretungsstrafbehörden und Gerichte, in dringenden Fällen die Polizei», die zum Ausschreiben einer gesuchten Person zuständig sind.

¹⁶⁶ FN 29, 4565.

¹⁶⁷ FISCHER/TIEFENTHAL (FN 160), 9; SCHWEIZER/MOHLER, Ersatzmassnahmen (FN 120), Rz. 124.

¹⁶⁸ Wozu auch mittelbar rechtsetzende Vertragsinhalte gehören; so u.a. FISCHER/TIEFENTHAL (FN 160), 8; TSCHANNEN, Staatsrecht (FN 18), § 25, Rz. 10.

¹⁶⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1287 f.

¹⁷⁰ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 48, N 2; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 899. Vgl. auch FISCHER/TIEFENTHAL (FN 160), 9 f.

¹⁷¹ Eine vollständige Erfassung der Vereinbarungen ist nicht möglich, da die EZV diese nicht publiziert (vgl. NUSSBAUM, SBVR [FN 61], Rz. 17; eine Anfrage des Autors wurde nicht beantwortet), und auch verschiedene Kantone ihre Vereinbarungen mit der EZV nicht publizieren (bspw. Bern, Graubünden).

Kanton Solothurn¹⁷² und dem Kantons Zürich,¹⁷³ handelt es sich um *Verwaltungsvereinbarungen*, die das zuständige kantonale Department mit der EZV abgeschlossen hat.¹⁷⁴ In mehreren dieser Vereinbarungen wird stipuliert, dass die Kantonspolizei sicherheitspolizeiliche Aufgaben zur selbständigen Erledigung dem GWK übertragen könne.¹⁷⁵ Da die Angehörigen des GWK bewaffnet sind (Art. 91 Abs. 2 ZG) und ihnen weitreichende Befugnisse zu Zwangsmassnahmen zukommen (Art. 100 ff. ZG), von denen sie nach diesen Vereinbarungen ausserhalb des Grenzraumes und ausserhalb des grenzpolizeilichen und zollrechtlichen Sachzusammenhangs im zur kantonalen Polizeihöhe gehörenden Territorium Gebrauch machen dürfen, haben die Vereinbarungen staatsvertraglichen Charakter und bedürften nach Art. 36 Abs. 1 BV eines Vertrages auf Gesetzesstufe.¹⁷⁶ Dem entspricht eine Verwaltungsvereinbarung nicht. Für die Bevölkerung ist so nicht mehr ersichtlich, welche der Befugnisse der Kantonspolizei auch dem GWK zukommen (sollen).

c) *Art. 57 Abs. 2 BV*

Nach praktisch einhelliger Auffassung in der Lehre,¹⁷⁷ begründet Art. 57 Abs. 2 BV keine sich aus dem Koordinationsgebot ergebende (sicherheits-)polizeiliche Zuständigkeit des Bundes.¹⁷⁸ Lediglich in einer Hinsicht kann eine *inhärente punktuelle Kompetenz des Bundes* gesehen werden: zum Erlass gesetzlicher Regelungen der *unverzichtbaren polizeilichen Informationssysteme* (Näheres dazu nachfolgend IV/1/a). Auch das Projekt eines Polizeiaufgabengesetzes des Bundes¹⁷⁹ (das exekutive Befugnisse von Bundesorganen vorsah) wurde wegen der in den Vernehmlassungen mehrheitlich vorgebrachten verfassungsrechtlichen Einwände abgebrochen.¹⁸⁰ Der BR hält bis anhin jedoch an einer Art. 57 BV widersprechenden Gesetzgebungspraxis fest (dazu nachfolgend 24, e).

d) *Art. 58 Abs. 2, Satz 2 und 3 BV*

Anlass zu Differenzen zwischen den Bundesbehörden und der einhelligen Lehre sind die folgenden Sätze von Art. 58 Abs. 2 BV:

«Sie [die Armee] unterstützt die zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen. Das Gesetz kann weitere Aufgaben vorsehen.»

¹⁷² Einführung mit Botschaft an das Parlament und Änderung verschiedener Gesetze, insbes. formal vorbildliche Einfügung einer Ermächtigungsklausel für das GWK in Art. 24 Abs. 2 des solothurnischen Gesetzes über die Kantonspolizei vom 25.9.1990 (BGS 511.11).

¹⁷³ Beschränkung auf einen gemeinsamen Dienstbefehl v. 1. März 2008.

¹⁷⁴ NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 18.

¹⁷⁵ So z.B. Art. 2 Abs. 2 und 3 der Vereinbarung mit AG (SAR 530.033), BS (GS 510.900), GR (nicht publ.); Art. 3 Abs. 4 der Vereinbarung mit Bern (nicht publ.).

¹⁷⁶ SCHWEIZER/MOHLER, Ersatzmassnahmen (FN 120), 125 f.

¹⁷⁷ Einzige Ausnahme, soweit ersichtlich: RUCH (FN 101), Rz. 9, vgl. jedoch FN 101.

¹⁷⁸ Vorstehend II/1/c. Zum aktuellen Stand der Diskussion: NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 3; ferner: BIAGGINI, Komm. BV, Art. 57, N 10; SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 13 f.; MARKUS SCHEFER, BWIS I, Kompetenzen und Grundrechte, in: DIGMA 2006, 61; BR Ber. Malama, 4450 ff.

¹⁷⁹ Vgl. LUCIEN MÜLLER/CHRISTIAN LINSI, Die Behördenarchitektur des Bundes, in: SBVR III/2 (FN 61), Rz. 18.

¹⁸⁰ Medienmitteilung des BR vom 26.6.2013 (<<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2013/2013-06-261.html>>), Geschäftsbericht Bundesrat für das Jahr 2013, Bd. I (BB1 2014 2005), 92.

Es geht um die «Abwehr *schwerwiegender Bedrohungen* der inneren Sicherheit» und die «Bewältigung *anderer ausserordentlicher Lagen*»¹⁸¹ im Zusammenhang mit den zu unterstützenden «zivilen Behörden» bzw. dem daraus folgenden *Subsidiaritätsprinzip*. Schwerwiegend sind Bedrohungen der inneren Sicherheit,¹⁸² wenn die *staatliche Existenz des Landes oder doch grösserer Teile* davon, das *Funktionieren der verfassungsmässigen staatspolitischen Einrichtungen* und das *friedliche Zusammenleben derart in Gefahr oder gestört sind, dass die zur Verfügung stehenden Polizeikräfte mit ihren Mitteln, einschliesslich jener anderer Kantone* (Art. 52 Abs. 2 BV) *die Ordnung nicht mehr aufrechterhalten oder wiederherstellen können*.¹⁸³ Dass das Adjektiv «ausserordentlich» zusammen mit «andere» nach dem Ausdruck «schwerwiegende Bedrohungen der inneren Sicherheit» verwendet wird, sind auch *nur schwerwiegende Bedrohungen als ausserordentliche Lage zu verstehen*.¹⁸⁴ «Ausserordentliche Lage» ist somit ein umschriebener Verfassungsbegriff. Mit dem SIPOL B 2000¹⁸⁵ wurde der Begriff der «besonderen Lage» eingeführt, um die nach Meinung des Bundesrates zu hohe verfassungsrechtliche Hürde für einen Armeeinsatz umgehen zu können.¹⁸⁶ Damit wurde ein erhebliches Missbrauchspotential geschaffen¹⁸⁷ (dazu nachfolgend 28 f., III/1/b/bb).

Gemäss dem dritten Satz von Absatz 2 kann das Gesetz weitere Aufgaben vorsehen. Diese Formulierung ist zu offen geraten. Es handelt sich nicht um eine «à la carte»-Delegationsnorm.¹⁸⁸ Eine solche gesetzliche Aufgabe muss ein *sicherheitspolitisches Ziel* anstreben, mit einem entsprechenden Auftrag an die Armee.¹⁸⁹ Zu beachten sind dabei das Verbot der Zwangsarbeit,¹⁹⁰ die Kongruenz des Auftrags mit der Militärdienstpflicht nach Art. 59 Abs. 1 BV¹⁹¹ und das Konkurrenzverbot des Staates gegenüber der Wirtschaft.¹⁹²

¹⁸¹ Vgl. vorstehend 15 f., II/1/d/bb/cc; nach SIPOL B 2000 (FN 100): «Situation, in der in zahlreichen Bereichen und Sektoren normale Verwaltungsabläufe nicht genügen, um die Probleme und Herausforderungen zu bewältigen, beispielsweise bei Naturkatastrophen, die das *ganze Land* schwer in Mitleidenschaft ziehen, oder bei kriegerischen Ereignissen.» (Hervorhebung hier.)

¹⁸² Zu den begrifflichen Unklarheiten in Bezug auf «innere» und «öffentliche Sicherheit» (die zweitgenannte kommt in der BV nicht vor): DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 57, N 20 f.; MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 88 ff., 195, 202; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 9; RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, Grundbegriffe, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, 2008, Rz. 31. Vgl. auch vorstehend 14 f., II/1/d/bb/aaa.

¹⁸³ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 1193; SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 8.

¹⁸⁴ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 1190. Vgl. vorstehend 15 f., II/1/d/bb/cc.

¹⁸⁵ FN 100, 7720 f.

¹⁸⁶ DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, Zürich/St. Gallen 2016, hält dafür, dass der Unterschied zwischen besonderer und ausserordentlicher Lage nur graduell sei, weshalb er sich im Folgenden ausschliesslich mit dem *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen* befasst. *De constitutione lata* erscheint das nach der hier vertretenen Auffassung als nicht verfassungskonform. Vgl. dazu MOHLER, Vernetzung (FN 91), wo *de constitutione ferenda* zwischen normaler und nicht normaler Lage unterschieden wird.

¹⁸⁷ SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 12.

¹⁸⁸ MEYER/MÜLLER, SGK, Art. 58, Rz. 36.

¹⁸⁹ DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 58.

¹⁹⁰ Art. 4 Abs. 2 EMRK (FN 125), Art. 8 Abs. 3 UNO Pakt II (FN 125); MOHLER, Polizeibestände (FN 64), 77; SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 35; RAINER J. SCHWEIZER, Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der Armee und das zukünftige Leistungsprofil sowie ausgewählte Fragen der Militärflicht, VPB 3/2010, 91 ff., 164 m.w.N.; SCHWEIZER/SCHOFFLER (FN 124), 327 m.w.N.

¹⁹¹ MOHLER, Polizeibestände (FN 64), a.a.O.; SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 35, 42 m.w.N.

¹⁹² MEYER/MÜLLER, SGK, Art. 58, Rz. 36.

e) *Verhältnis von Art. 3, 42 und 44 zu Art. 48 Abs. 2, 57 Abs. 2 und 58 Abs. 2 BV*

Bei der (systematischen) Auslegung der BV sollen die einzelnen Normen nicht isoliert betrachtet, sondern in den Gesamtzusammenhang der Verfassung gestellt werden.¹⁹³ Auszugehen ist vom Wortlaut, wie er mit dem gewöhnlichen Sprachsinn übereinstimmt¹⁹⁴ und soweit er klar ist. Spannungen können sich im Rahmen des Methodenpluralismus bei der Gegenüberstellung von systematischer und historischer mit geltungszeitlicher und teleologischer Methode ergeben. In systematischer Hinsicht ergibt sich aus Art. 3 und 42 BV klar, dass die Bundeszuständigkeiten auf begrenzten Einzelermächtigungen beruhen.¹⁹⁵ Die historische Auslegung¹⁹⁶ wird im vorliegenden Zusammenhang durch die geltungszeitliche bestätigt¹⁹⁷ und stimmt mit der systematischen überein, wie aus den Stellungnahmen der Kantone im Rahmen von USIS,¹⁹⁸ zwei Volksentscheiden¹⁹⁹ und ebenso aus der Aufgabe des Projektes eines Polizeiaufgabengesetzes des Bundes hervorgeht.²⁰⁰ Die geltungszeitliche Interpretation darf nicht «auf eine Annektierung neuer Bundeskompetenzen hinauslaufen».²⁰¹ Die teleologische, auf Ziel und Zweck einer Norm ausgerichtete Auslegungsmethode ist, entgegen der Auffassung von LINSI,²⁰² nicht «zentral», denn sie kann nicht zu einer den eindeutigen Bestimmungen von Art. 3 und 42 BV widersprechenden, generellen Ausdehnung der Bundeskompetenzen führen²⁰³. Auch das Gebot der gegenseitigen Unterstützung und des Beistandes nach Art. 44 Abs. 1 und 2 BV ist auf die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten begrenzt.²⁰⁴ Demnach kann aus Art. 48 Abs. 2 BV keine ungeschriebene Zuständigkeit des Bundes für (sicherheits-)polizeiliche Gesetzgebungen oder Verträge abgeleitet werden. Art. 57 Abs. 1 verweist in Übereinstimmung mit Art. 3, 42 und 44 BV auf den «Rahmen ihrer Zuständigkeiten» (je Bund und Kantone).²⁰⁵ Schliesslich sind Einsätze (von Teilen) der Armee auf die Bedeutung von Art. 58 Abs. 2 und 3 BV, vom Wortlaut («schwerwiegende Bedrohungen der inneren Sicherheit», «ausserordentliche Lagen») ausgehend in systematischer, historischer und geltungszeitlich übereinstimmender Auslegung,²⁰⁶ zu begrenzen.²⁰⁷

¹⁹³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 129; TSCHANNEN (FN 18), § 4, Rz. 40.

¹⁹⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 91 f.; TSCHANNEN (FN 18), § 4, Rz. 2.

¹⁹⁵ Vorstehend 7, II/1/c/aa/aaa.

¹⁹⁶ Vorstehend 4, II/1/a.

¹⁹⁷ Vgl. VE 96 (FN 19), 237.

¹⁹⁸ Vorstehend 12, II/1/d/aa mit FN 92 und 93.

¹⁹⁹ Vgl. MÜLLER (FN 15), 353, 363; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 718; vorstehend FN 78.

²⁰⁰ Vorstehend FN 77. Vgl. auch Stellungnahme der Kantone im Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des ZG (Botschaft zur Änderung des Zollgesetzes vom 6. März 2015 [BBl 2015 2883]), 2908.

²⁰¹ TSCHANNEN (FN 18), § 4, Rz. 30.

²⁰² CHRISTIAN LINSI (FN 30), 468.

²⁰³ THOMAS GÄCHTER, in: Biaggini et al. (FN 13), § 20, Rz. 15; FISCHER/TIEFENTHAL (FN 160), Rz. 9; MOHLER/SCHWEIZER, Sicherheitspolitik (FN 39), Rz. 30.

²⁰⁴ Vorstehend 19, II/3/a. SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 6.

²⁰⁵ JAAG, in: Biaggini et al. (FN 13), § 12, Rz. 33.

²⁰⁶ Vorstehend SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 8 ff., 14, 31 f., 34 f.

²⁰⁷ Die Darstellung im BR Ber. Malama (FN 29), 4558: «Eine Beschränkung auf die in der juristischen Lehre unbestrittenen Einsätze erscheint nicht zielführend.(...) Dies betrifft namentlich die Durchführung von internationalen Konferenzen und Sportgrossveranstaltungen. Solche sollen nicht daran scheitern, dass die Schweiz deren sichere Durchführung nicht garantieren könnte.» widerspiegelt eine opportunistisch-pragmatische, dem Verfassungsrecht aber mehrfach widersprechende Auffassung.

f) *Die Auslegung von «impliziten» Bundeskompetenzen*

Wie dargelegt, ist bei den impliziten Bundeskompetenzen zwischen solchen in die Breite und in die Tiefe zu unterscheiden²⁰⁸. Bei der Ausdehnung in die Tiefe geht es um eine akzessorisch *unverzichtbare* Befugnis, damit die primäre Kompetenz *überhaupt* ausgeübt werden kann.²⁰⁹ Klassisches Beispiel ist das Luftfahrtrecht (Art. 87 BV) mit der luftpolizeilichen Zuständigkeit. Demgegenüber bedeutet eine Ausdehnung in die Breite zunächst eine Erweiterung der primären Sachzuständigkeit in eine polizeiliche entgegen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Sie führt regelmässig zu einer *Überlagerung* (teilweise ZAG²¹⁰, ZG²¹¹, MG²¹²) oder *Verdrängung* (teilweise ZAG, BGST²¹³) *der kantonalen Zuständigkeit* und bildet jeweils eine verpönte *schleichende Ausdehnung* von Bundeskompetenzen (Näheres dazu nachfolgend 29 ff., III/2).

Anders argumentiert SEBASTIAN MICHEROLI.²¹⁴ Aus Art. 123 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 1 BV ergebe «sich die Zuständigkeit des Bundes für die Umsetzung der vom Kernstrafrecht vorgegebenen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen durch den Erlass von Polizeirecht und gegebenenfalls auch dessen Vollzug». Diese Polizeikompetenz des Bundes sei «auf Massnahmen beschränkt, deren einziger und unmittelbarer Zweck in der Verhinderung entsprechender Straftaten besteht. Im Verhältnis zur allgemeinen Polizeizuständigkeit der Kantone [handle] es sich um eine subsidiäre (Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV) und parallele Kompetenz des Bundes».²¹⁵ Er begründet diese Vollzugskompetenz als Annex zur Sachkompetenz zur Aufstellung der den Strafnormen vorgelagerten Verboten von Verhaltensweisen.²¹⁶ Das widerspricht dem Verständnis des bundesstaatlichen Verfassungsprinzips diametral und führte dazu, dass sich die Kantone mehr oder weniger aus ihrer Pflicht und Verantwortung des polizeilichen Vollzugs (nicht nur) des Strafrechts *und* der ihm vorgelagerten Gefahrenabwehrpflicht verabschieden könnten.²¹⁷

g) *Parallele Zuständigkeiten von Bund und Kantonen im Polizeirecht*

Parallele Verbandszuständigkeiten im Bereich der inneren Sicherheit bzw. des Polizeirechts sind selten. Solche ergeben sich insbesondere *nicht generell* aus Art. 57 BV.²¹⁸ In Bezug auf den Bund sind

²⁰⁸ Vorstehend 7 ff., II/1/c/aa/aaa und bbb.

²⁰⁹ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 204, 224, 795; TSCHANNEN (FN 18), 1 20, Rz. 13.

²¹⁰ FN 64.

²¹¹ FN 64.

²¹² FN 64.

²¹³ FN 53.

²¹⁴ SEBASTIAN MICHEROLI, Die Bundeszuständigkeit im Bereich des materiellen Strafrechts als Kompetenzgrundlage für Sicherheits- resp. Polizeirecht des Bundes im Zusammenhang mit der Verhinderung von Straftaten, in: Jusletter v. 15. Mai 2017.

²¹⁵ A.a.O., Rz. 74.

²¹⁶ A.a.O., Rz. 49 ff. Andernorts (Rz. 26) bezieht er aber die Bundeszuständigkeit nach Art. 123 Abs. 1 BV auf das «Gebiet des Strafrechts» (wie Art. 123 Abs. 1 BV). Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachgebiet ist gerade für die Beurteilung eines notwendigen *Sachzusammenhangs* für die Begründung einer impliziten Bundeszuständigkeit bedeutungsvoll. Eine so konstruierte implizite Kompetenz des Bundes widerspricht den unbestrittenen Kriterien für eine implizite Kompetenz. Vgl. BGE 140 I 353, E. 5.1, 5.5.1 und 5.5.2 und Urteil des BGR 6B_1295/2015 v. 28.9.2016, E. 2.5.

²¹⁷ BGE 140 I 353, E. 5.1 ff., bes. 5.5.1; MOHLER, Polizeibestände (FN 64), 70; NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 3; SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 7, 14, 32, 37.

²¹⁸ Dem Bund kommt die Letztverantwortung für die Gewährleistung der inneren Sicherheit zu (Art. 52 Abs. 2 BV), vgl. statt vieler: TIEFENTHAL (FN 49), 156 f.

sie *fragmentarisch*.²¹⁹ Zu unterscheiden ist zwischen der Gesetzgebungskompetenz und derjenigen der Zuständigkeit für die Umsetzung.²²⁰ Regelt der Bund die Umsetzung einer ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz nicht, greift Art. 46 Abs. 1 BV: die Kantone haben die Aufgabe und Pflicht, das Bundesrecht umzusetzen. Legt der Bund die Umsetzung durch eigene Organe fest, wie bspw. im ZG, so beschränkt sich diese *Handlungsbefugnis* auf die dem Bund verfassungsrechtlich übertragenen (Gesetzgebungs-)Zuständigkeit. Die *Vollzugsbefugnisse* sind daher *partieller Natur*. Auffallend ist die Argumentation des Bundesrates in der Botschaft zum ZG²²¹, wonach eine Rückdelegation von auf Bundesrecht basierenden kantonalen Vollzugsaufgaben durch die Kantone an eine Bundesbehörde in verfassungsmässiger Hinsicht zulässig sei, da es dem Bundesgesetzgeber freistehe, die Kompetenz zum Vollzug von Bundesrecht in Abweichung des in Artikel 46 Absatz 1 BV festgelegten Grundsatzes zu regeln.²²² Beispiele «nicht zollrechtlicher Erlasse des Bundes» finden sich bei NUSSBAUM.²²³ Dazu gehörten dann aber ebenso bspw. das Umweltrecht (Art. 74 BV), das Strassenverkehrsrecht (Art. 82), das Waffenrecht (Art. 107), das Strafrecht (Art. 123 BV, samt bundesrechtlichem Nebenstrafrecht). Zu Ende gedacht bedeutete dies, dass nach dem Muster der Vereinbarungen zwischen EZV und den Kantonen das durch die Kantone polizeilich zu vollziehende, «nicht zollrechtliche» Bundesrecht landesweit an den Bund zurückdelegiert werden könnte. Nach Art. 97 ZG (Übernahme kantonalen polizeilicher Aufgaben) kann «das EFD (...) mit einem Kanton auf dessen Begehren eine Vereinbarung abschliessen, wonach die EZV ermächtigt wird, polizeiliche Aufgaben zu erfüllen, die im Zusammenhang mit dem Vollzug nichtzollrechtlicher Erlasse des Bundes stehen und den Kantonen durch die Gesetzgebung des Bundes übertragen worden sind.»; m.a.W. könnten sich die Kantone je nach Bedarf ihrer Umsetzungspflichten mehr oder weniger ent schlagen (vgl. vorstehend 20, II/3/b).

III. Verschiedene Einflussfaktoren auf die Rechtsetzung

1. Hinter allem: die Finanzen

Im USIS Bericht III (2002) wurde festgehalten, dass «das Verfassungsrecht seit jeher davon aus[gehe], dass dem Grundsatz nach jedes Gemeinwesen die bei ihm anfallenden Vollzugskosten selbst zu tragen hat, ungeachtet dessen, ob das angewendete Recht vom vollziehenden Gemeinwesen selbst oder einem übergeordneten Gemeinwesen erlassen wurde».²²⁴ Dieses Prinzip wurde nun mit Art. 43a explizit in die BV aufgenommen (fiskalische Äquivalenz»). Es wird im Sicherheits- und Polizeibereich im Verhältnis von Bund und Kantonen jedoch zumeist gänzlich ignoriert.

a) Bestände und Spitzen- oder Dauerbelastungen

Die Übertragung kantonalen polizeilicher Aufgaben an das GWK beruht auf der Annahme von Unterbeständen der kantonalen und städtischen Polizeidienste für den *courant normal*; im USIS IV Bericht

²¹⁹ Vorstehend 11 f., II/1/c/bb. Vgl. die a.A. vorstehend bei MICHEROLI (FN 214), Rz. 51 ff., 74).

²²⁰ HÄFELLIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1082, 1102.

²²¹ BBI 2015 2883.

²²² A.a.O., 2908. Vgl. NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 5.

²²³ A.a.O.

²²⁴ Vorstehend 12 f., II/1/d/aa.

wurde dieser – ohne rechnerische Angaben – auf insgesamt 1600 Kräfte beziffert.²²⁵ Im BR Ber. Maelama wird auf einen Bericht «Polizeiliche Lücke» der KKJPD von 2011 zu den Polizeibeständen verwiesen,²²⁶ der jedoch nicht publiziert wurde. Wie gross diese Lücke damals beurteilt worden ist, muss hier demnach offenbleiben. Zurückzuführen ist diese Lücke auf verschiedene Faktoren;²²⁷ auch der Bevölkerungszuwachs wird genannt.

Eine Übersicht zeigt indessen, dass die Polizeibestände²²⁸ in den Kantonen mit dem Bevölkerungswachstum Schritt gehalten haben:²²⁹

2011				2015					
K+G* ²³⁰	Kapo	Gden**	Bev.***	K+G	Kapo	Gden	Bev.	+% Pol	+% Bev.
16'758	13'191	3'567	7,78	17'664	13'783	3'881	8,21	5,4	5,5

2018						+% Pol.	+% Bev.
K+G	Kapo	Gden	Bev.	+% Pol	+% Bev.	2011-18	2011-18
18'238	14'208	4'030	8,46	3,2	3,0	8,8	8,75

Der Bestand des GWK wurde, gemäss Bericht des BR,²³¹ zwischen 2011 und 2016 von 1'911 auf 2'073 Kräfte (+8,5%) aufgestockt. In diesem Bericht geht es um die Erfüllung der Kernaufgaben durch das GWK. Darin wird indessen die Botschaft zur Änderung des ZG vom 6. März 2015²³² nicht erwähnt, wonach das GWK über den bisherigen gesetzlichen Rahmen hinaus kantonale polizeiliche Aufgaben

²²⁵ USIS IV (FN 83), 38; MOHLER, Polizeibestände (FN 64), 63.

²²⁶ FN 29, 4473.

²²⁷ Vgl. etwa KARIN KELLER-SUTTER, Innere Sicherheit 2020 (12. Forum "Innere Sicherheit" vom 4. November 2011, Bern (<http://www.vspb.org/_frontend/handler/document.php?id=2099&type=42>): anhaltend mehr Grossveranstaltungen mit Gefahr der Randalen, vermehrt Massenmobilisierungen im urbanen Raum, mehr kantonsübergreifende Kriminalität und Internetkriminalität, erhebliche verfahrensrechtliche Mehrbelastung durch die StPO, ebenso wie viel mehr fremdsprachig anzusprechende Personen.

²²⁸ In Vollzeitäquivalenten. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass diese Bestände zufolge des 24 Std./365 Tage-Betriebes nie in diesem Ausmass für den Normaldienst oder anlassbezogene Einsätze zur Verfügung stehen können, also nicht mit Beständen bspw. von Firmen oder Verwaltungen, die zu den Normalarbeitszeiten arbeiten, vergleichbar sind.

²²⁹ Die Zahlen stammen von der jährlichen Zusammenstellung des Generalsekretariates der KKPKS (Polizeibestände per 1.1.2018, abrufbar unter <<https://www.kkpk.ch/de/aktuell/facts-figures>>). Gezählt wurden ausschliesslich Polizeiangehörige mit vollständiger Ausbildung bzw. dem eidg. Fähigkeitsausweis I–IV gemäss dem Bundesgesetz über die Berufsbildung (BBG, SR 412.10), vgl. Schweizerisches Polizeinstitut (<<http://www.institut-police.ch/de/polizeiausbildung>>). Es handelt sich damit ausschliesslich um jene Polizeiangehörige, die zu polizeilichen (Zwangs-)Massnahmen befugt sind.

²³⁰ K+G* = Summe der Angehörigen aller Kantonspolizeien und Stadt-/Gemeindepolizeien, Kapo = Summe der Angehörigen der Kantonspolizeien, Gden** = Summe der Stadt-/Gemeindepolizeiangehörigen, Bev.*** = Wohnbevölkerung Schweiz.

²³¹ BR, Rolle und zukünftiger Bestand des Grenzwachtkorps, Bericht in Erfüllung des Postulates 16.3005 der Sicherheitspolitischen Kommission des Nationalrats vom 26. Januar 2016 (<<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20163005>>), 16.

²³² FN 221.

in allen (und nicht nur in den Binnen-) Kantonen wahrnehmen können soll. Die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) hat diese Praxis bereits in ihrem Bericht vom 11. Juni 2010²³³ als zumindest unausgewogen beurteilt.

b) *Für die Kantone kostengünstige «Schlaumeiereien»*

aa) Das GWK als Gratisverstärkung der Polizei

Bereits im Bericht der GPK-S wurde vermerkt, dass das GWK seine Dienste nicht oder kaum in Rechnung stelle, während dem Unterstützungsleistungen durch andere Kantone abzugelten seien.²³⁴ Vermerkt werden verschiedene Aussagen Befragter, «dass einige Kantone die Unterstützung durch das GWK dazu nutzen, um eigene Sicherheitslücken in ihrem Zuständigkeitsbereich zu schliessen und/oder um entsprechende eigene Ressourcen zu sparen».²³⁵

bb) Assistenzdienst der Armee als Polizeireserve und multifunktionelle Hilfskraft

Bereits vor der Änderung des MG vom 18. März 2016 wurden Teile der Armee immer wieder für weder sicherheits- noch auf andere ausserordentliche Lagen bezogene Tätigkeiten eingesetzt.²³⁶ Angefangen hat dies mit der Einführung des Begriffs der «besonderen Lage» im SIPOL B 2000 mit einer sehr diffusen Umschreibung.²³⁷ Den Tiefpunkt eines Rechtfertigungsversuchs für nicht verfassungskonforme Einsätze von Teilen der Armee lieferte der damalige Vorsteher des VBS im September 2007 im Nationalrat: «Das Verfassungs-Wording ist gar nicht in der Lage, eine entsprechende Unterscheidung [zwischen Frieden und «Nicht-Frieden»] zu machen».²³⁸ Mit der Änderung des MG vom 18. März 2016 wird der Gehalt von Art. 58 Abs. 2 BV, die Vorgabe für einen nur restriktiven Einsatz der Armee im Innern, gänzlich ignoriert. Es geht um die Verwendung der Armee auch aus *rein wirtschaftlichen* Gründen (aus Sicht der Kantone) nach Opportunitätsüberlegungen. Hervorzuheben ist dabei auch eine quasi stillschweigende Änderung eines staatspolitisch bedeutsamen Grundbegriffs in Art. 1 MG: Bis zur Fassung vom 1. September 2017 lautete das Marginale «Auftrag der Armee». Damit wurde ein *der BV entsprechender und begründeter* Auftrag der zuständigen politischen Behörde vorausgesetzt. Nun heisst es «Aufgaben der Armee». Dazu hielt der Vorsteher des VBS im Juni 2015 im Nationalrat fest: «Mit Artikel 1, «Aufgaben der Armee», haben wir die rechtliche Grundlage, um eben Sportgrosanlässe zu unterstützen.»²³⁹ Damit werden ohne weitere Begründung auch das Pistenstampfen am Lauberhornrennen oder reine Taxidienste an Weltcupskirennen *gesetzes-*²⁴⁰ wenn auch nicht

²³³ BBl 2011 1923. Die Stellungnahme des BR (BBl 2011 1989) vermischt die verfassungsrechtliche Frage mit Bezug auf die Mustervereinbarung wieder (1998 f.).

²³⁴ FN 233, 1967.

²³⁵ A.a.O., 1966.

²³⁶ RAINER J. SCHWEIZER, Bundesstaatliche Kompetenzverteilung bei Polizei- und Sicherheitsrecht, in: Sicherheit & Recht, 3/2012, 185 ff., 187.

²³⁷ BBl 1999 6757, 7721 und Glossar, 7728. Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Wird die Armee zu einer Gendarmerie?, in: Sicherheit & Recht, 2/2008, 77 ff., 80 f.

²³⁸ AB 2007 N 1567; vgl. MARKUS H.F. MOHLER, «Raumsicherung» – Verfassungsrechtliche Fragen zur jüngsten Entwicklung in Rechtsetzung, Doktrin und Reglementierung, über den Einsatz der Armee; in: Le Ges 2008/3 (im Folgenden: Raumsicherung), 437 f.

²³⁹ AB 2015 N 1231.

²⁴⁰ Vgl. Verordnung über die Unterstützung ziviler oder ausserdienstlicher Tätigkeiten mit militärischen Mitteln vom 21.8.2013 (VUM, SR 513.74). Art. 2 Abs. 3 Bst. c und d schreiben vor, die eingesetzten Personen leisteten die

verfassungs- und völkerrechtskonform und bedeuten die Missachtung der Kriterien der ausserordentlichen Lage, der Subsidiarität, des Konkurrenzverbotes gegenüber der Wirtschaft²⁴¹ sowie des Gehaltes der Militärdienstpflicht (Art. 59 Abs. 1 BV).²⁴² Eine Gefahr willkürlicher Entscheide zu Lasten der Verfassungsordnung, der eingesetzten Armeeeingehörenden und ihrer Arbeitgeber ist damit geschaffen.²⁴³

2. Gesetzgeberischer Pragmatismus: Das rechtliche Durcheinander

a) Das Zollgesetz (ZG)

Art. 97 Abs. 1 ZG²⁴⁴ lautet: «Das EFD kann mit einem Kanton auf dessen Begehren eine Vereinbarung abschliessen, wonach die EZV ermächtigt wird, polizeiliche Aufgaben zu erfüllen, die im Zusammenhang mit dem Vollzug nichtzollrechtlicher Erlasse des Bundes stehen und den Kantonen durch die Gesetzgebung des Bundes übertragen worden sind».²⁴⁵ Die Entwicklung verblüfft: Sie zeigt ein ständig tieferes Eindringen des GWK in die originären Aufgaben der kantonalen Polizeidienste und je in deren Territorien (vorstehend II/1/c/bb/ddd). Die Kantone sind – entgegen Beteuerungen der KKPJD – Vertragspartner, um sich selber kostengünstig²⁴⁶ zu entlasten. Art. 9 des Ausländergesetzes²⁴⁷ mit der Marginale «Zuständigkeit für die Grenzkontrolle» hält dazu fest: «Die Kantone üben auf ihrem Hoheitsgebiet die Personenkontrolle aus», was offenbar mehr als Recht, denn auch als Pflicht und eigene Verantwortung verstanden wird. Diese *Doppelspurigkeiten* schaffen rechtlich in mehrfacher Hinsicht sehr fragwürdige Verhältnisse:

- Nach Art. 2 des ZAG²⁴⁸ (*Verpflichtete Behörden und Personen*) gilt dieses Gesetz «für alle Bundesbehörden, die bei der Erfüllung ihrer Aufgaben polizeilichen Zwang oder polizeiliche Massnahmen anwenden müssen»; trotzdem enthält das ZG eigene Bestimmungen über (Zwangs-)Massnahmen. Sie stimmen mit jenen des ZAG nicht überein. Insbesondere überlässt das ZG in Art. 106 Abs. 2 – im Gegensatz zum ZAG – die Voraussetzungen für den «Gebrauch der Waffe» und der Zwangsmittel der Regelung durch den Bundesrat, was mit Blick auf die möglichen schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen Art. 36 Abs. 1 BV widerspricht. Art 100 Abs. 1^{bis} ZG bestimmt sodann: «Soweit *das vorliegende Gesetz* keine besonderen Bestimmungen enthält, ist das Zwangsangwendungsgesetz anwendbar». Das Verhältnis der Bestimmungen des ZAG zu jenen in der Zollverordnung²⁴⁹ ist damit ungeklärt und

Unterstützung unbewaffnet und hätten keine Aufgaben zu erfüllen, die Polizeigewalt voraussetzen; die Sicherheit der eingesetzten Personen sei gewährleistet. Damit ist der Widerspruch zu Art. 4 Abs. 3 Bst. b und Art. 8 Abs. 3 Bst. c ii und iii UNO Pakt II (FN 125) explizit.

²⁴¹ Vgl. vorstehend 23, II/3/d.

²⁴² Vorstehend 23, II/3/d; vgl. die berechtigte Kritik von GERHARD M. SALADIN (FN 61), N 12, 31, 34 f., 42, 75, zu diesen Punkten. Siehe nun auch das Protokoll von 2014 zum Übereinkommen über Zwangsarbeit, abgeschlossen in Genf am 11. Juni 2014 (AS 2018 979, 981), insbes. Art. 4.

²⁴³ Vgl. auch SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), Rz. 34.

²⁴⁴ FN 64.

²⁴⁵ Die entsprechende Mustervereinbarung erwähnt die GPK-S (FN 234), 1964 ff.

²⁴⁶ Vorstehend 28, III/1/b/aa.

²⁴⁷ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16.12.2005 (AuG, SR 142.20).

²⁴⁸ FN 64.

²⁴⁹ ZV, SR 631.1.

- dem Entscheid der einzelnen Angehörigen des GWK überlassen.²⁵⁰ Dabei sind die Einschränkungen für den Waffengebrauch in Art. 229 ZV deutlich weniger streng als in Art. 11 ZAG.
- Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b ZAG dieses «für alle *kantonalen* Behörden, die im Bereich der Ausländer- und der Asylgesetzgebung polizeilichen Zwang oder polizeiliche Massnahmen anwenden müssen», gilt. Demnach arbeiten das GWK und die örtlich zuständige kantonale Polizei im gleichen Sach- und Rechtsgebiet nach unterschriftlichen Vorschriften über die Anwendung polizeilichen Zwangs, eine unhaltbare Situation, namentlich, falls gemischte Patrouillen zum Einsatz kommen sollten. Das kantonale Polizeirecht wird zweifach gänzlich verdrängt.
 - Auch wenn das GWK nach diesen Vereinbarungen *kantonale polizeiliche Aufgaben* wahrnimmt, so richtet sich die dabei ausserordentlich wichtige *Datenbearbeitung* in systemwidriger Weise nach dem Bundesdatenschutzgesetz.²⁵¹
 - Die Verwaltungsvereinbarungen zwischen der EZV und den einzelnen Kantonen verwenden die Begriffe «Einsatzverantwortung» und «Führungsverantwortung» gerade umgekehrt zur Terminologie im Vergleich zum Militärgesetz.²⁵² Das ist keine theoretische Spitzfindigkeit, sondern insofern von Bedeutung, als die Behörde, welche die Einsatzverantwortung trägt, auch über Auftrag, Rechtsgrundlagen und Einsatzschränken befindet.²⁵³
 - Auf kantonaler Seite genügen *Verwaltungsvereinbarungen* deren Regelungsinhalt nicht, da einem ausserkantonalen Organ Zwangsmassnahmenbefugnisse übertragen werden, das zudem in polizeirechtlicher Hinsicht andern rechtlichen Vorgaben zu folgen hat. Den zu stellenden Anforderungen genügt – soweit ersichtlich – ausschliesslich der Kanton Solothurn.²⁵⁴
 - Die *finanziellen Regelungen* in den Verwaltungsvereinbarungen widersprechen dem Äquivalenzprinzip, nun explizit in Art. 43a BV festgeschrieben, diametral.²⁵⁵
 - Ebenso widersinnig zeigt sich die *Regelung des Rechtsschutzes*: Vorab ergeben sich im Zusammenhang mit der Erfüllung («Übernahme») kantonaler polizeilicher Aufgaben durch das GWK zwei verschiedene Rechtsschutzwege: für das GWK die Bestimmungen über die Bundesrechtspflege mit den Oberbehörden des Eidg. Finanzdepartementes und dem Bundesverwaltungsgericht, für die kantonale Polizei der kantonale Rechtsweg mit den kantonalen Gerichten.²⁵⁶ Zudem sind die Angehörigen des GWK in strafrechtlicher Hinsicht der Militärjustiz unterstellt.²⁵⁷ Das ZG enthält in Art. 116 keine für Realakte des GWK geeignete Vorschriften, sodass sich Rechtsuchende nach Art. 25a VwVG²⁵⁸ zunächst beim Kommando des GWK

²⁵⁰ Nach NUSSBAUM, SBVR III/2 (FN 61) (FN 216), N 31, hat – mit Verweis auf HANS WIPRÄCHTIGER, in: Martin Kocher/Diego Clavadetscher (Hrsg.), Zollgesetz, Bern 2009, Art. 100, N 9, der die Frage allerdings offen lässt – das ZAG subsidiären Charakter, was eine rechtliche Einordnung ist, die für die Praxis – just in kritischen Momenten! – nicht taugt. Diese Rechtslage ist – wie andere – «zu einem kaum entwirrbaren Rechtsdickicht unterschiedlicher Quellen» geworden (MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 10).

²⁵¹ Art. 2 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19.6.1992, DSG, SR 235.1.

²⁵² Vgl. bspw. Art. 2 der Verwaltungsvereinbarung des Kantons Aargau mit Art. 71 Abs. 1 und 3 MG (FN 64). FISCHER/TIEFENTHAL (FN 160), Fn. 45.

²⁵³ Vgl. Art. 6 der Verordnung über die Polizeibefugnisse der Armee vom 26.10.1994, VPA, SR 510.32.

²⁵⁴ Vgl. vorstehend II/3/b, *in fine*. Für den Kanton Zürich wurde keine vertragliche Vereinbarung abgeschlossen, sondern durch die Kdi der Kantonspolizei und des GWK ein viel weniger weitgehender gemeinsamer Dienstbefehl erlassen.

²⁵⁵ Vgl. vorstehend 26 f., III/1, Einleitung.

²⁵⁶ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 212; SCHWEIZER/MOHLER (FN 120), 21 ff.

²⁵⁷ Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 des Militärstrafgesetzes vom 13.6.1927 (MStG, SR 321.0).

²⁵⁸ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, SR 172.021.

um eine Feststellungsverfügung beantragen müssen. Insbesondere bei allenfalls gemischten Patrouillen ist die Gemengelage kaum entwirrbar.

- Schliesslich liegt die *politische Verantwortung* für kantonale polizeiliche Tätigkeiten des GWK bei der Anwendung und Durchsetzung von Bundesrecht beim Bundesrat und nicht bei den kantonalen Behörden.

Dieser Pragmatismus hat Wirkungen *mit für die Praxis gravierenden Fehlentwicklungen* erzeugt, die *in mehrfachem Widerspruch zur BV* stehen.

b) *Das Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG)*²⁵⁹

Die Entstehung dieses Bundesgesetzes geht auf «verschiedene tragische Vorfälle anlässlich von zwangsweisen Rückführungen, bei denen Personen das Leben verloren haben oder verletzt worden sind»,²⁶⁰ zurück, die mit einem neuen Gesetz zu vermeiden werden sollten. Im Ingress wird wiederum Art. 57 Abs. 2 BV angeführt.²⁶¹ Der Anwendungsbereich des ZAG geht nun aber über das Gebiet des Ausländerrechts (Art. 121 BV) bzw. der ursprünglich anvisierten Zwangsrepatriierungen auf dem Luftweg hinaus. Es gilt nach Art. 2 Abs. 1 Bst. c und d nun auch für kantonale Behörden, die «im Zusammenwirken mit den Strafbehörden des Bundes polizeiliche Aufgaben im Bereich der Bundesgerichtsbarkeit wahrnehmen» und «die im Auftrag einer Bundesbehörde Personen mit Freiheitsbeschränkungen transportieren».²⁶² Ebenso gilt das Gesetz «für Private, die von diesen Behörden für die Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen werden» (Bst. e). Bis zur MG-Änderung v. 18. März 2016 (dazu nachfolgend) galt das ZAG nach Art. 2 Abs. 2 für die Armee, «soweit sie im Inland Assistenzdienst für zivile Behörden des Bundes leistet». Nun gilt es auch für den «Assistenzdienst oder Spontanhilfe für zivile Polizeiorgane des Bundes oder der Kantone oder das Grenzwachtkorps». Erneut ergibt sich eine *rechtliche Gemengelage* sowohl im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen wie auch zwischen Armee und GWK (vgl. vorstehend a). Die Verordnung über die Polizeibefugnisse der Armee (VPA, siehe FN 253) wurde durch Art. 2 Abs. 2 ZAG (in der Fassung 2016) im Zusammenhang mit Assistenzdienst zu Gunsten ziviler Behörden derogiert²⁶³. Darüber hinaus sind weitere Besonderheiten zu vermerken:

²⁵⁹ FN 64.

²⁶⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG) vom 18. März 2006 (BB1 2006 2489), 2492. Ein Nachweis für eine unmittelbar ursächliche Fehlbehandlung wurde nicht erbracht.

²⁶¹ Dazu vorstehend 6, II/1/c; 22, II/3/c. Vgl. SEILER (FN 55), 430.

²⁶² Die konsekutiv geschlossenen Rahmenverträge der KKJPD (ursprünglich auch dem EJPD) und der Arbeitsgemeinschaft SBB/Securitas AG betreffend interkantonale Häftlingstransporte hatten zuvor trotz des Zwangsmassnahmencharakters des Auftrages überhaupt keine gesetzliche Grundlage, vgl. MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 265.

²⁶³ FN 253. Das hat man auch im VBS nicht bemerkt: In der Botschaft zum BB betr. Assistenzdienst zur Unterstützung ziviler Behörden beim Schutz ausländischer Vertretungen (FN 133) wird auf die VPA und die davon abgeleiteten *Rules of Engagement* verwiesen, doch die VPA ist für Assistenzdienste der Armee im Inland nun nicht mehr anwendbar. Nach einer Auskunft des VBS sollen die Verordnungen über Assistenzdienste/subsidiäre Sicherheitseinsätze, insbes. die VPA, erst auf 1.1.2022 angepasst werden; dabei geht es um die Rechtsgrundlagen für polizeiliche (Zwangs-)Massnahmen.

- Nach Art. 29 Abs. 1 ZAG regelt der Bundesrat die *Aus- und Weiterbildungsprogramme* für Personen, die im Geltungsbereich des Gesetzes polizeiliche (Zwangs-)Massnahmen anzuwenden befugt sind. Darunter fallen auch kantonale und städtische Polizeiangehörige. Die Bundesgesetzgebung überlagert oder verdrängt gar das kantonale Recht.²⁶⁴
 - Die *Beschaffung von polizeilichen Zwangsmitteln* auch durch die Kantone unterliegt einer Prüfung der Einsatztauglichkeit durch eine Fachinstitution, die aus Vertretern ausschliesslich von Bundesbehörden zusammengesetzt ist.²⁶⁵
 - Eine *Rechtsschutzbestimmung* enthält das ZAG nicht. Demzufolge beurteilen die kantonalen Behörden Beschwerden gegen Massnahmen der kantonalen oder städtischen Polizei nach diesem Gesetz (nicht nach kant. Polizeirecht). Anfechtungen von Massnahmen durch das GWK nach dem ZAG, die Transportpolizei (dazu nachfolgend) oder Armeeangehörige sind nach Art. 25a VwVG²⁶⁶ zu initiieren. Beschwerden gegenüber Massnahmen von Sicherheitsdiensten im öffentlichen Verkehr sind an das Bundesamt für Verkehr (BAV)²⁶⁷ zu richten.
 - Umgekehrt haftet der Bund nach Art. 31 Abs. 1 ZAG gemäss Verantwortlichkeitsgesetz²⁶⁸ für *widerrechtlich* von Organen des Bundes verursachte Schäden (Bst. a) und für Organe der Kantone oder Private, die unmittelbar im Auftrag oder unter Leitung der Bundesbehörden tätig gewesen sind» (Bst. b). Auch hier ergeben sich unerwünschte Überlagerungen, haften doch verschiedene Kantone (teils gar nach ihren Verfassungen) auch für rechtmässig zugefügte Schäden.²⁶⁹
- c) *Das Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST)*²⁷⁰

Der Entwurf des Bundesrats wurde nach ausgiebigen und sehr konträren Auffassungen insbesondere bezüglich der Abgrenzung zur kantonalen Polizeihöheit und über die Bewaffnung der Transportpolizei vom Nationalrat abgelehnt.²⁷¹ Gestützt auf eine parlamentarische (Kommissions-)Initiative der VKF-N²⁷² hat diese selber einen Entwurf ausgearbeitet. Statt eines Vernehmlassungsverfahrens wurden Anhörungen durchgeführt, in denen die KKJPD die Vorlage aus staats- und sicherheitspolitischen Gründen mit dem Eingriff in die kantonale Polizeizuständigkeit abgelehnt hat.²⁷³ Der Bundesrat hat sich unverständlicherweise bloss zu zwei marginalen formellen Punkten geäussert,²⁷⁴ und das Parlament

²⁶⁴ Vgl. vorstehend 25, II/3/f.

²⁶⁵ Art. 13 Abs. 1 der Verordnung über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 12.11.2008 (Zwanganwendungsverordnung, ZAV, SR 364.3).

²⁶⁶ FN 258.

²⁶⁷ Art. 9 BGST (FN 64).

²⁶⁸ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14.2.1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32).

²⁶⁹ Vgl. MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 1637 ff.

²⁷⁰ FN 64.

²⁷¹ AB 2009 N 593.

²⁷² Verkehrs- und Fernmeldekommission des Nationalrates.

²⁷³ Bericht der VKF-N vom 3. November 2009 (BBl 2010 891), 899.

²⁷⁴ Stellungnahme des BR vom 27. Januar 2010 (BBl 2010 915).

hat sich über die verfassungsrechtlichen Einwände hinweggesetzt. Die Voraussetzungen für eine implizite Bundeszuständigkeit liegen nicht vor,²⁷⁵ weil die Ausdehnung der Bundeskompetenz zur Erfüllung des Kernauftrages von Art. 87 BV nicht unverzichtbar ist. Die Transportpolizei ist eine Organisation ohne eine definierte Rechtsform.²⁷⁶ Anders als der Mutterorganisation SBB AG kommen der Transportpolizei (und den [privaten] Sicherheitsdiensten) jedoch hoheitliche Befugnisse zu.²⁷⁷ Nach Art. 4 Abs. 6 BGST ist das ZAG²⁷⁸ subsidiär anwendbar. Dies entspricht indessen nicht Art. 2 Abs. 1 ZAG, da weder die SBB – schon gar nicht private Transportunternehmen – noch die Transportpolizei eine Bundesbehörde sind (Bst. a) und demnach auch private Sicherheitsorgane nicht von Behörden nach Bst. a «für die Erfüllung ihrer Aufgaben zugezogen werden» (Bst. e). Auch das Bundesamt für Verkehr fällt ausser Betracht, da Private nicht von ihm selber beigezogen werden. Insgesamt ergeben sich verfassungswidrige wie auch anderweitig widersprüchliche Bestimmungen in dieser Rechtsetzung:

- Zu erinnern ist zunächst daran, dass *Fahrkarten* (wie auch Zuschläge bei Benützung ohne Fahrberechtigung) auf *zivilrechtlichen Verträgen* beruhen²⁷⁹ «Vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und Unternehmen» sind durch den Zivilrichter zu beurteilen.²⁸⁰ Gegenüber Benutzerinnen und Benutzer ohne Fahrberechtigung sind nach Art. 4 BGST Zwangsmassnahmen vorgesehen.
- Den Kantonen und Gemeinden steht es frei, (zumindest) für ihre lokalen oder regionalen öffentlichen Transportmittel die eigenen Polizeidienste einzusetzen.²⁸¹ Diese unterstützen nach Art. 9 BGST der *Aufsicht des BAV* und nicht den eigenen politischen Behörden.
- Zum öffentlichen Verkehr gehören auch Tram- und Busbetriebe mit Haltestellen²⁸², kaum oder nicht abgetrennt vom Strassenraum. Wo endet der Einsatzraum der Sicherheitsorgane im öffentlichen Verkehr im kantonalen/städtischen Territorium? Das kann bspw. bei einer Weigerung der Personalienangabe mangels einsichtiger Kompetenz der Sicherheitsorgane im öffentlichen Verkehr zu beschwerde- und strafrechtlich erheblichen Problemen führen, auch wenn die Strafverfolgung diesbezüglich Sache der Kantone ist (Art. 9 Abs. 2 BGST).
- Nach Art. 2 Abs. 7 BGST regelt der Bundesrat Aus- und Weiterbildung sowie Ausrüstung und Bewaffnung der Sicherheitsorgane, was für die kantonalen oder städtischen Polizeidienste wohl nicht zutreffen kann.

²⁷⁵ Vorstehend II/1/c/aa/aaa; vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Kurzkomentar zum Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST) vom 18. Juni 2010, in: Jusletter 6. September 2010 (im Folgenden BGST), Rz. 4.

²⁷⁶ So die Antworten der SBB und des BAV auf Anfragen des Autors. Sie sei ein Teil der spezialgesetzlichen SBB AG. Ein klares Rechtssubjekt nach schweizerischem Bundesstaatsrecht ist damit nicht geschaffen worden.

²⁷⁷ Art. 4 BGST. Art. 3 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20.3.1998 (SBBG, SR 742.31) enthält keinen Zweck polizeilicher Durchsetzung von Betriebs- und Transportbestimmungen. Auch diesbezüglich gilt das Spezialitätsprinzip in Bezug auf eine teilweise Verwaltungsträgerschaft; vgl. z.B. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 Rz. 2 i.V.m. § 5, Rz 5 f. und 29.

²⁷⁸ FN 64.

²⁷⁹ BGE 136 II 457, E. 6.2.

²⁸⁰ Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung vom 20.3.2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1).

²⁸¹ Bericht VKF-N (FN 273), 7.

²⁸² Vgl. Art. 2 Abs. 2 BGST.

- Die *Datenbearbeitungsvorschriften* in Art. 6 f. BGST sind konfus.²⁸³ Es ist zudem nicht ersichtlich, weshalb Sicherheitsorgane nach Art. 54 Abs. 2 PBG²⁸⁴ (selbst durch zusätzlich angeheuerte) private auch besonders schützenswerte Daten bearbeiten sollen.²⁸⁵
- Durch den Einsatz privater Sicherheitsdienste wird das *rechtsstaatliche Gewaltmonopol* in gravierender Weise verletzt.²⁸⁶
- Eine *Rechtsschutzbestimmung* fehlt, was angesichts der Vielfalt der Akteure im transkantonalen Verkehr als gravierender Mangel erscheint.²⁸⁷

d) *Die Regelungen zur Weiterentwicklung der Armee im Militärgesetz (MG)*

Art. 67 des Militärgesetzes²⁸⁸ erweitert in explizit verfassungswidriger Weise die Verwendung der Armee für Zwecke «zur Unterstützung ziviler Behörden»:

«¹Im Inland wird Assistenzdienst zur Unterstützung ziviler Behörden geleistet

- a. bei der Bewältigung ausserordentlicher Lagen, in denen *die innere Sicherheit nicht schwerwiegend bedroht* ist und die keinen Ordnungsdiensteinsatz erfordern;
- b. beim Schutz von Personen und besonders schutzwürdigen Sachen, insbesondere von kritischen Infrastrukturen;
- c. bei der Bewältigung von Aufgaben im Rahmen des Sicherheitsverbundes Schweiz und der koordinierten Dienste;
- d. bei der Bewältigung von Katastrophen, Spitzenbelastungen oder von Aufgaben, die die Behörden mangels geeigneter Personen oder Mittel nicht bewältigen können;
- e. bei der Erfüllung anderer Aufgaben von nationaler oder internationaler Bedeutung.»

- Abs. 1 Bst. a widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 58 Abs. 2 BV direkt, er kehrt dessen Gehalt in sein Gegenteil um.²⁸⁹
- Auch Abs. 1 Bst. b weitet die Vorgabe der BV unzulässig aus, soweit es sich nicht um die Sicherung von Organen und Institutionen einschliesslich Infrastrukturen des Bundes handelt.²⁹⁰ Zudem müssten die Armeeingehörigenden ordentlich für polizeiliche Aufgaben ausgebildet und ausgerüstet sein, wofür «Schnellbleichen» nicht genügen können.²⁹¹

²⁸³ Vgl. Art. 6 Abs. 3 BGST mit Art. 23 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19.6.1992 (DSG, SR 235.1): handelt ein privater Sicherheitsdienst im Auftrag eines privaten Transportunternehmens als Bundesorgan? Vgl. MOHLER, BGST (FN 275), Rz. 19.

²⁸⁴ Art. 2 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung vom 20.3.2009 (Personenbeförderungsgesetz, SR 745.1).

²⁸⁵ Vgl. MOHLER, BGST (FN 275), Rz. 21.

²⁸⁶ Vgl. Voten im Ständerat: AB 2008 S 649 f.

²⁸⁷ MOHLER, BGST (FN 275), Rz. 26 f. Die Praxis wird zeigen müssen, welches Haftungsrecht und welche Rechtswege in solchen Fällen zur Anwendung kommen.

²⁸⁸ Fassung vom 18. März 2016, SR 510.10.

²⁸⁹ Vgl. vorstehend 23, II/3/d. Vgl. SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), N 8 und 12; TIEFENTHAL (FN 49), 159.

²⁹⁰ Vgl. vorstehend 7 f., II/1/c/aa/bbb (fragmentarisch partielle inhärente Zuständigkeit); SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), N 24 f.

²⁹¹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über den Truppeneinsatz zum Schutz von Personen und Sachen vom 3.9.1997 (VSPS, SR 513.73); MOHLER, Raumsicherung (FN 238), 455; BENJAMIN SCHINDLER, Schusswaffeneinsätze der Armee im Friedensförderungsdienst, Rahmenbedingungen des Schweizer Rechts, in: Sicherheit & Recht, 2/2009, 94 ff., 100 (was *mutatis mutandis* auch für Assistenzdiensteinsätze im Inland gilt). Vgl. MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 1227 und Fn. 2307; SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), N 25.

- Der in Abs. 1 Bst. c erwähnte *Sicherheitsverbund Schweiz* hat keine gesetzliche Grundlage und kann daher selber nicht als Rechtfertigung für einen Assistenzdienst im Innern dienen.²⁹²
- Abs. 1 Bst. d impliziert zwar formal das *Subsidiaritätsprinzip*, doch wird hier als Kriterium für einen Assistenzdienst die *Wirtschaftlichkeit* des Mitteleinsatzes eingeführt, was der BV nicht entspricht. Das geschieht auch nur aus der Perspektive der Unterstützung begehrenden Behörden;²⁹³ diese können versucht sein, ihre Mittel in Zeiten des Spardruckes dank dieser «Rückversicherung» (zu) gering zu halten, umso mehr als der Armeeinsatz für sie kostenlos erbracht wird. Aus Sicht des Bundes erscheint dies nicht notwendigerweise «wirtschaftlich», zumal solche Gratisleistungen Art. 43a Abs. 2 BV widersprechen.²⁹⁴
- Abs. 1 Bst. f ermöglicht in ebenso verfassungswidriger Weise den Einsatz von Teilen der Armee als multifunktionale Hilfskraft.²⁹⁵ Assistenzdiensteseinsätze ohne Sicherheitsbezug widersprechen mehrfach verfassungsrechtlichen Bestimmungen.²⁹⁶

Die kurze Übersicht zeigt, dass sich die Militärgesetzgebung zur Weiterentwicklung der Armee hinsichtlich der Einsätze im Landesinnern ohne eine schwerwiegende Bedrohung oder ohne eine andere ausserordentliche Lage von der verfassungsrechtlichen Grundlage weit entfernt hat.²⁹⁷

3. Das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG) im Besonderen²⁹⁸

a) *Fehlende Verfassungsgrundlage*

«Die BV enthält keine Bestimmung, die dem Bund ausdrücklich eine Kompetenz im Staatsschutzbereich zuweist.»²⁹⁹ Eine inhärente Verbandskompetenz kommt dem Bund jedoch zu, wenn *gesamtschweizerische Bedrohungen* abzuwehren sind.³⁰⁰ Diese darf jedoch die grundsätzliche Kompetenzverteilung nicht einfach ignorieren.³⁰¹ Die verfassungsrechtliche Regelung bleibt vorderhand unzulänglich.³⁰²

²⁹² Vgl. dazu nachfolgend 41, V/3.

²⁹³ Vgl. Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee v. 3. September 2014 (BBl 2014 6955; im Folgenden: Botsch. WEA), 7013. Vgl. FN 116.

²⁹⁴ Vgl. vorstehend 7 f., II/1/c/aa/bbb und III/1, Einleitung; SALADIN, SBVR (FN 61), N 31 ff.; TIEFENTHAL (FN 49), 165.

²⁹⁵ Vorstehend 28 f., III/1/b/bb.

²⁹⁶ Vorstehend 23, II/3/d und 28 f., III/1/b/bb.

²⁹⁷ SALADIN, SBVR III/2 (FN 61), N 73 ff.; TIEFENTHAL (FN 49), 165 f.

²⁹⁸ FN 54.

²⁹⁹ BR Ber. Malama (FN 29), 4499, 4597; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 44. A.A. DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 57, Rz. 36 f., wonach der Bund die ausschliessliche und umfassende Verbandskompetenz zur Regelung des Staatsschutzes habe, wozu auch das Nachrichtendienstgesetz gehöre. Das widerspricht jedoch, gestützt auf Art. 3 BV, Art. 4 Abs. 1 des nach wie vor geltenden BWIS (FN 53): «Für die innere Sicherheit seines Gebietes ist in erster Linie der Kanton verantwortlich». Vgl. vorstehend 7 f., II/1/c/aa/bbb.

³⁰⁰ BGE 117 Ia 202, E. 4; MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Kantonale Aufsicht über die Staatsschutzfähigkeit, Gutachten zuhanden der Oberaufsichtskommission des Grossen Rates des Kantons Bern, v. 28.3.2011, 15.

³⁰¹ So auch DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 57, Rz. 41.

³⁰² Vgl. Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz v. 19. Februar 2014 (BBl 2014, 2105), 2228 f. Art. 4 Abs. 1 BWIS wird nicht erwähnt. Der Regierungsrat des Kantons Bern antwortete auf die Motion 151-2016, wonach der kantonale Staatsschutz eine kantonale Rechtsgrundlage brauche, am 26.10.2016: «Die Regelung des Staatsschutzes fällt

b) *Grundsätzliche Problematiken*

aa) Strukturelles

Eine besondere Problematik beschert die bundestaatliche Struktur bei der Erfüllung der Aufgaben, die dem Nachrichtendienst obliegen. Die Abwehr von verbotenen Nachrichtendienst und verfassungswidriger Angriffe (Art. 272–275 StGB³⁰³), des Terrorismus und gewalttätigen Extremismus, von Angriffen auf kritische Infrastrukturen sowie die Verhinderung von Proliferation (Art. 6 Abs. 1 Bst. a NDG) erheischen unter Beachtung der heutigen Risiken homogene und sehr flexible, effiziente Organisationsstrukturen.

Neben dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) haben auch die Kantone nach der verfassungskonformen Regelung von Art. 4 Abs. 1 BWIS für die Sicherheit in diesen Bereichen in ihrem Hoheitsgebiet zu sorgen. Die Angehörigen der kantonalen Nachrichtendienste (KND) müssen in genügender Anzahl einen der Homogenität der Aufgabe entsprechenden Ausbildungs- und Informationsstand haben. Das ist nicht durchwegs einfach zu bewerkstelligen. Die Kantone brauchen auch eine kantonalrechtliche Ermächtigung auf Gesetzesebene. Dem NDB kommt jedoch eine, wenn auch nicht abschliessende, Führungsbefugnis und -pflicht zu. Handeln kantonale Organe im Auftrag des NDB, gilt ausschliesslich das NDG.

bb) Abgrenzung zwischen Tätigkeiten nach NDG einerseits und kantonalrechtlich präventiven Vor- bzw. strafprozessualen Ermittlungen in kantonaler Zuständigkeit

In der Praxis kann die Abgrenzung zwischen Tätigkeiten des NDB und kantonalen Nachrichtendienste (KND) nach NDG einerseits und Vorermittlungen gemäss kantonalem Polizeigesetz oder strafprozessualen Ermittlungen andererseits schwierig sein. Übergänge sind «fliessend»,³⁰⁴ auch wenn die Rechtsgrundlagen jeweils unterschiedlich sind.³⁰⁵

c) *Überforderung kantonalen Ressourcen?*

Die Bestände der kantonalen Staatsschutzeinheiten innerhalb der jeweiligen Kantonspolizei sind entsprechend der Grösse des Kantons und seiner Polizei sehr unterschiedlich, überall aber (zu) gering. Darauf nehmen Akteure staatsschutzrelevanter Tätigkeiten keine Rücksicht – oder dann in gerade unerwünschter Art. Solche kantonal (oder gar regional) dünnen nachrichtendienstlichen Strukturen, die

in die ausschliessliche und umfassende Regelungskompetenz des Bundes»; auch er erwähnte Art. 4 Abs. 1 BWIS nicht.

³⁰³ SR 311.0.

³⁰⁴ Das gilt schon für die Abgrenzung zwischen polizeirechtlich präventiven und strafprozessualen Ermittlungen: BGE 140 I 353, E. 5.2.

³⁰⁵ So bedarf es – *bevor* es zu Straftaten gekommen ist – einer konkreten Befürchtung der Polizei auf die begründbar angenommene bevorstehende Begehung erheblicher Delikte für die Beobachtung bspw. von Demonstrationsteilnehmenden gestützt auf kantonales Polizeirecht. Art. 14 Abs. 1 NDG erlaubt dem NDB, «Vorgänge und Einrichtungen an öffentlichen und allgemein zugänglichen Orten [zu] beobachten und in Bild und Ton fest[zuh]alten. Er kann dazu Fluggeräte und Satelliten einsetzen». Dies bezieht sich nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a NDG auf politische Demonstrationen, sofern Organisationen oder Personen auf der Beobachtungsliste bezüglich Terrorismus oder gewalttätigem Extremismus aufgeführt sind (bzw. ein entsprechendes Prüfverfahren läuft, was einem hinreichenden Anfangsverdacht gleichkommt, Art. 72 i.V.m. Art. 70 Abs. 1 Bst. b NDG).

sich bspw. auch in der Abwehr von Cyber-Attacken höchst negativ auswirken können, werden derzeit selbst durch die Abgeltungsregelung des Bundes nicht wesentlich vermindert oder gar ausgemerzt.³⁰⁶

d) *Kantonale Aufsicht über kantonale Staatsschutzorgane*

In der Praxis dürften sich auch nach dem Inkrafttreten des NDG gewisse Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Bundes- und kantonalen Daten ergeben, was sich bei der (Ober-)Aufsicht über die kantonalen Staatsschutzorgane auswirkt.³⁰⁷

IV. Verfassungskonforme Rechtsetzung

1. Bund

a) *Die Bundesgesetzgebung über die polizeilichen Informationssysteme*

Alle Bundeserlasse über die polizeilichen Informationssysteme sind in der SR unter «3 Strafrecht – Strafrechtspflege – Strafvollzug» eingeordnet.³⁰⁸ Das ist zwar erstaunlich, aber auch verständlich:³⁰⁹ Nach Art. 123 Abs. 1 BV steht dem Bund die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Straf- und des Strafprozessrechts zu, auswärtige Angelegenheiten sind ebenso Sache des Bundes (Art. 54 Abs. 1 BV)³¹⁰. Umgekehrt verfügt der Bund nur über sehr begrenzte, punktuelle und fragmentarische sicherheitspolizeiliche Kompetenzen.³¹¹ Die Gesetzgebung über die polizeilichen Informationssysteme verleiht keine sicherheitspolizeilichen Exekutivbefugnisse an Organe des Bundes. Da alle polizeilichen Informationssysteme heute indessen für die kriminal- ebenso wie für die sicherheitspolizeiliche Aufgabenerfüllung in den Kantonen unerlässlich sind, scheidet eine Trennung der Systeme von vorneherein

³⁰⁶ Art. 85 Abs. 5 NDG. Es gibt Kantone mit einem Vollzeit-Äquivalent von weniger als einer (1 !) Stelle.

³⁰⁷ S. Art. 51 i.V.m. Art. 82 NDG, insbes. Abs. 4 ff.; Art. 11-13 der Verordnung über die Aufsicht über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten vom 16.8.2017 (VAND, SR 121.3); Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21.9.2010 des Kantons Basel-Stadt, BS GS 123.200; vgl. dazu auch den Tätigkeitsbericht des Kontrollorgans über den Staatsschutz im Kanton Basel-Stadt 2016 vom 25. April 2017 (<<http://www.jsd.bs.ch/themen/kontrollorgan-staatsschutz.html>>, im Folgenden: Kontrollorgan BS), 4 (Bst. c) und 5, 8 (Bst. a). Vgl. auch den Jahresbericht 2017 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte v. 30. Januar 2018 (<<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/jahresbericht-gpk-2017-d.pdf>>), 62, 64 f.

³⁰⁸ So das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13.6.2008 (BPI, SR 361); Art. 355e–g StBG, und die Verordnungen, namentlich die Verordnung über das automatisierte Polizeifahndungssystem vom 26.10.2016 (RIPOL-Verordnung, SR 361.0) und die Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro vom 8.3.2013 (N-SIS-Verordnung, SR 362.0)

³⁰⁹ Einschränkung kritisch SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 68, Art. 57, Rz. 23; offengelassen feststellend: BIAGGINI, Komm. BV, Art. 57, N 9.

³¹⁰ Die Mitwirkung der Kantone an der Vorbereitung ausserpolitischer Entscheide ist durch Art. 55 BV gesichert. In den Geltungsbereichen des Schengen- und des Dublin-Assoziierungsabkommens ist die Zusammenarbeit in der Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen betreffend Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands vom 20.3.2009 (SR 362.1) geregelt. Vgl. auch das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22. Dezember 1999 (BGMK, SR 138.1); UHLMANN (FN 16), Rz. 23 ff.

³¹¹ Vorstehend 20, II/3/b.

aus.³¹² Zudem sind sie *gesamtschweizerisch sicherheitsbezogen*. Darüber hinaus gebieten *die internationalen Abkommen* sowohl der präventiven Verbrechensbekämpfung wie der Strafverfolgung³¹³ eine Verknüpfung der Daten im Rahmen der (teils nationalen, teils internationalen) Datenschutzbestimmungen.³¹⁴ Konkordate über Datenbanken scheiden schon wegen der schwerfälligen Erlass- und Änderungsprozesse bei ständigem Anpassungsbedarf auf Gesetzesstufe aus.³¹⁵ Zudem entspricht die Regelung durch den Bund materiell auch Art. 43a Abs. 1 BV, wiewohl diese Bestimmung selber keine Bundeskompetenz begründet.³¹⁶

b) *Verfassungskonforme Armeeinsätze im Innern nach Art. 58 BV*

Da *bewaffnete Feindseligkeiten*, die nicht mehr mit polizeilichen, sondern nur mit militärischen Mitteln bekämpft werden können, im Landesinnern denkbar sind, sind Armeeinsätze in diesem Rahmen (grundsätzlich des *humanitären Völkerrechts*³¹⁷) verfassungskonform. Das trifft insbesondere auf die *Landesverteidigung* zu. Die Landesverteidigung ist ausschliessliche und umfassende Kompetenz des Bundes.³¹⁸

Ebenso kommt dem Bund die Kompetenz zu, bei schwerwiegenden Bedrohungen der inneren Sicherheit unter der (hohen) Schwelle bewaffneter Feindseligkeiten, wenn nach Art. 52 Abs. 2 BV die Lage auch mit Hilfe der Polizeikräfte anderer Kantone nicht mehr bewältigt werden kann, auch mit militärischen Mitteln einzugreifen. Dasselbe gilt bei Naturkatastrophen und andern gleichermassen stark disruptiven Ereignissen.³¹⁹

³¹² Vgl. z.B. Rahmenbeschluss 2006/960 IJ des Rates v. vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. L 386 vom 29.12.2006, 89/Notenaustausch v. 28. März 2008 [SR 0.362.380.024]), welcher auch der Prävention dienende Vorschriften enthält und das Gleichstellungs- und das Verfügbarkeitsprinzip einführt (Art. 355c StGB). Dazu das Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten vom 12.6.2009 (Schengen-Informationsaustausch-Gesetz, SIaG, SR 362.2) mit der bemerkenswerten Umkehr der Derogation in Art. 14.

³¹³ Vgl. die Abkommen bzw. die Notifikationen über Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes in SR 0.362 (Näheres dazu: MARKUS H.F. MOHLER, Polizeiliche Zusammenarbeit Schweiz-EU, in: Sicherheit und Recht 3/2013, 136 ff., m.w.H., passim; DERS., Grenzkodex [FN 10], 91 ff., passim). Einzelverträge über die Zusammenarbeit mit Polizeibehörden anderer Staaten unter SR 0.360. Zur Zusammenarbeit mit INTERPOL: Art. 350–354 StGB/Verordnung über das Nationale Zentralbüro Interpol Bern vom 21.6.2013 (Interpol-Verordnung, SR 366.1)

³¹⁴ Z.B. Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr (ABl L 119 v. 4.5.2016, 89 ff./parlamentarische Genehmigung noch ausstehend).

³¹⁵ Ausnahme: Interkantonale Vereinbarung (bzw. Konkordat) über die computergestützte Zusammenarbeit der Kantone bei der Aufklärung von Gewaltdelikten (FN 69). Vgl. auch RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (FN 3), Rz. 873.

³¹⁶ Vorstehend 10 f., II/1/c/aa/ddd.

³¹⁷ SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 53 ff. (zur Abgrenzung zwischen humanitärem Völkerrecht und Rechtsdurchsetzung [*law enforcement*]).

³¹⁸ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 58, N 2; DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 58, Rz. 1; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbem. Zur Sicherheitsverfassung, Rz. 11.

³¹⁹ SIPOL B 2000 (FN 100), 7728; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 58, N 6; DIGGELMANN/ALTWICKLER, BSK, Art. 58, Rz. 12 f.; ANDREAS LIENHARD/PHILIPP HÄSLER, Verfassungsmässigkeit des Entwicklungsschrittes 2008/11 der Schweizer Armee, in: VPB 2007/2, 9 ff., 46; SCHWEIZER/MOHLER, SGK, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 13 f.

c) *Bundesgesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (BZG, SR 520.1)*

Von der Kompetenzverteilung her wird zwischen Zivilschutz bei bewaffneten Konflikten (Art. 61 Abs. 1 BV) und bei Katastrophen und Notlagen (Art. 61 Abs. 2 BV) unterschieden. Uneinig ist sich die Literatur darüber, ob es sich nach Abs. 1 um eine umfassende oder ausschliessliche Bundeskompetenz handle. Mehrheitlich wird eine umfassende, teilweise aber konkurrierende Bundeskompetenz angenommen.³²⁰ Dies berücksichtigt, dass auch bei bewaffneten Konflikten die Zivilschutzorgane mit der örtlichen Polizei, Feuerwehr und Ambulanzdiensten, welche kantonal oder kommunal geregelt sind, aufs Engste zusammenarbeiten müssen. Abs. 2 bedeutet eine zwar umfassende, jedoch nachträglich konkurrierende Bundeskompetenz.³²¹

2. Kantone

a) *Kantonale Gesetze*

Kantonale Polizeigesetze oder Erlasse über den Bevölkerungsschutz bieten keine verfassungsrechtlichen Kompetenzprobleme, zumal sie – im Gegensatz zu Bundesgesetzen – der Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht unterliegen.

b) *Konkordate*

Auch die Konkordate ausschliesslich unter Kantonen halten sich schon wegen der Beschränkung gemäss Art. 48 Abs. 3 BV und dem Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) an die verfassungsrechtlichen Vorgaben, weshalb sie durch das Bundesgericht auch auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden können (z.B. BGE 140 I 2). Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen (Abs. 3). Betrachtet sich der Bund oder ein Drittkanton als benachteiligt, können der Bundesrat oder der Drittkanton Einsprache bei der Bundesversammlung erheben (Art. 172 Abs. 3 BV).³²²

³²⁰ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 61 N 2.

³²¹ ISABELLE WILDHABER, Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund, in: Sicherheit & Recht, 3/205, 170 ff., 173 f.

³²² BIAGGINI, Komm. BV, Art. 48, N 13; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 35), Rz. 1297; SCHWEIZER/ABDERHALDEN, SGK, Art. 48, Rz. 50; TSCHANNEN, Staatsrecht (FN 18), § 25, Rz. 25. Das Verfahren richten sich nach Art. 61c ff. RVOG. Selbst Private können, falls sie sich in ihren verfassungsrechtlichen Rechten beeinträchtigt sehen, nach Art. 82 Bst. b des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) Beschwerde erheben und insbesondere die Verletzung von Art. 49 Abs. 1 BV rügen.

Kürzlich hat jedoch die WEKO – in einem Gutachten vom Dezember 2016³²³ – das Konkordat der KKJPD über private Sicherheitsdienstleistungen³²⁴ als teilweisen Verstoß gegen das Binnenmarktgesetz³²⁵ und damit als bundesrechtswidrig beurteilt. Damit werden auch das Konkordat der Westschweizer Kantone³²⁶ und alle rein kantonalen Regelungen mit Qualifikationsvoraussetzungen für die Zulassung von Sicherheitsunternehmen in verschiedener Hinsicht (fachliche und persönliche Eignungskriterien, Einzelnachweis der Nichtgleichwertigkeit, Rücküberprüfungen in den Herkunftskantonen, Kostenlosigkeit des Verfahrens) mit wenigen Ausnahmen als dem BGBM widersprechend qualifiziert. Selbst eine stossende Ungleichbehandlung von ausser- und zuungunsten innerkantonalen Anbietern sei hinzunehmen.³²⁷ Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Bundesgesetz und seine Interpretation in einem Rechtsgebiet, das zur Polizeihöhe gehört und bisher vom Bundesrat – trotz der Bundeskompetenz gemäss Art. 95 Abs. 1 BV – den Kantonen zu regeln überlassen worden ist,³²⁸ nicht selber der bundesstaatlichen Kompetenzordnung widerspricht. Somit bleibt für die Regelung des sehr sensiblen Tätigkeitsbereichs nur ein Bundesgesetz, das auch strengere Voraussetzungen als die im Gutachten beanstandeten stipulieren kann.

V. Konferenzen und Plattformen, der Sonderstab Geiselnahme und das Schweizerische Polizeiinstitut

1. Übersicht

Die überaus komplexe föderalistische bzw. bundesstaatliche Rechtslage³²⁹ verlangt erhebliche Koordinationsanstrengungen. Sie äussern sich in einer grossen (in der letzten Zeit noch deutlich zunehmenden) Anzahl von Konferenzen und «Plattformen».³³⁰ Nicht alle können hier dargestellt werden. Im Einzelnen genannt werden im Folgenden die KdK,³³¹ die KKJPD,³³² die KKPks,³³³ der SVS,³³⁴ der Sonderstab Geiselnahme und das Schweizerische Polizeiinstitut. Hinzuweisen ist ferner auf verschiedene weitere, einerseits regional, andererseits auf den unterschiedlichen bundesstaatlichen Ebenen angesiedelten Konferenzen und Vereinigungen.³³⁵ Ihnen allen ist eigen, dass sie als Rechtsform entweder

³²³ Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleisterinnen im Gebiet der KÜPS-Kantone (in: WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/recht-und-politik-des-wettbewerbs--rpw-.html#442620671>>), 130 ff.

³²⁴ Gemäss Beschluss der KKJPD v. 6. April 2017 nicht in Kraft gesetzt, da verschiedene Kantone nicht beigetreten sind und wegen Kritikpunkten im Gutachten WEKO (<<https://www.kkjpd.ch/themen.html>>).

³²⁵ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (BGBM, SR 943.02).

³²⁶ Vom 18. Oktober 1996 (rs/GE I 2 14), das strengere Kriterien aufstellt als dasjenige der KKJPD, vom Bund oder anderen Kantonen jedoch dagegen keine Einsprache erhoben worden ist.

³²⁷ FN 323, 147.

³²⁸ Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (BBI 2006 623), 662 ff., 684.

³²⁹ Vgl. statt vieler BIAGGINI, Komm. BV, Art. 57, N 4.

³³⁰ Vgl. MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 242 ff.

³³¹ Konferenz der Kantonsregierungen (<<http://kdk.ch/de/>>).

³³² Konferenz der Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (<<<https://www.kkjpd.ch/home.html>>>).

³³³ Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (<<https://www.kkpks.ch/de/startseite>>).

³³⁴ Regierungsverbund Schweiz (Verwaltungsvereinbarung v. 4. Dezember 2015, BBI 2015 9305).

³³⁵ Regierungskonferenz Militär, Zivilschutz, Feuerwehr (RK MZF), Conférence latine des Chefs des Départements de justice et police (CCDJP), Konferenz der städtischen Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren (KSPD), Schweizerische Vereinigung Städtischer Polizeichefs (SVSP), Polizeiliche Koordinationsplattform Sport (PKPS). Zu nennen ist auch das neu eingeführte Format «KGSi plus» der Kerngruppe sicherheits des Bundes, in dem auch

Vereine oder einfache Gesellschaften (oder verwaltungsrechtliche Arbeitsgruppen) sind und selber keine gesetzgeberischen oder operationellen Entscheidungsbefugnisse haben.

2. Die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK)

Die KdK hat – soweit ersichtlich – im Bereich des Sicherheits- und Polizeirechts lediglich in der Vereinbarung betreffend Umsetzung der Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen³³⁶ konkrete Spuren hinterlassen. Sie ist auch im Sicherheitsverbund Schweiz für die Kantone nicht federführend.

3. Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)

Die KKJPD ist auf der politischen Ebene die federführende Konferenz und gesamtschweizerische Ansprechpartnerin für die Bundesbehörden im Sicherheits- und Polizeirechtsbereich. Mit Blick auf die finanziellen Interessen der Kantone ist ihre Haltung hinsichtlich der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nicht konsequent. Gemäss der IKAPOL-Vereinbarung³³⁷ leitet der Präsident der KKJPD die Arbeitsgruppe GIP.³³⁸ Hoheitliche Befugnisse kommen ihr jedoch nicht zu.³³⁹

4. Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz

Die Kommandantenkonferenz stellt auf der operationellen und administrativen Stufe das oberste Koordinationsorgan dar.³⁴⁰ Sie verfügt über verschiedene Kommissionen und Fachgruppen, welche die Auswertung und Weiterentwicklung von Ausbildung, Ausrüstung, Taktik und Technik in unterschiedlichen polizeilichen Tätigkeitsfeldern zur Aufgabe haben. Daher ist sie sowohl das Fachorgan der KKJPD wie auch eine direkte Partnerin des Bundes.³⁴¹ Ihr Präsident hat in der IKAPOL-Organisation den Vorsitz der AG OP;³⁴² die Führungsverantwortung im Einsatz bleibt jedoch beim zuständigen Polizeikommandanten.

Vertreter der sicherheitspolitischen Partner einbezogen sind (Geschäftsbericht des Bundesrates 2017 (FN 135), 154.

³³⁶ FN 310.

³³⁷ Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze (IKAPOL) (z.B.: BL SGS 145.37).

³³⁸ GIP: Gesamtschweizerische interkantonale Polizeizusammenarbeit bei besonderen Ereignissen (Art. 6 der IKAPOL-Vereinbarung).

³³⁹ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 250 ff.

³⁴⁰ Ihr gehören auch die Direktorin des Bundesamtes für Polizei (fedpol), der Kommandant der Stadtpolizei Zürich, der Direktor des schweizerischen Polizeiinstituts, der Präsident der Vereinigung der städtischen Polizeichefs sowie der Polizeichef der Landespolizei Fürstentum Liechtenstein an.

³⁴¹ So namentlich die polizeitechnischen Kommissionen und die Informatikkommissionen der KKPKS (SPTK; vgl. z.B. Art. 13 Abs. 1 Bst. b ZAV [FN 265]), die Kommissionen/Arbeitsgruppen in den Bereichen Doktrin, Operationen, internationale Angelegenheiten, Kriminalität, Verkehr. Vgl. dazu nachfolgend VI/1/c/aa.

³⁴² AG OP: Arbeitsgruppe Operationen (Art. 7 der IKAPOL-Vereinbarung).

5. Sicherheitsverbund Schweiz (SVS)

Das jüngste Forum ist der Sicherheitsverbund Schweiz.³⁴³ Die Organe des SVS dienen der Konsultation und Koordination von Bund und Kantonen im Bereich der Sicherheitspolitik.³⁴⁴ Sie befassen sich in einer periodisch festzulegenden sicherheitspolitischen Agenda mit den dafür relevanten Themen.»³⁴⁵ Eine gesetzliche Grundlage fehlt, weshalb sie auch kein Rechtssubjekt des schweizerischen Bundesstaatsrechts ist.³⁴⁶ Der SVS verfügt einen vollamtlichen Delegierten mit einer Geschäftsstelle.

6. Das Schweizerische Polizeinstitut

Ein Ausbund föderalistisch-genossenschaftlicher Interessenwahrnehmung und Zusammenarbeit ist das Schweizerische Polizeinstitut (SPI). Es basiert auf einer Stiftung mit Sitz in Neuchâtel.³⁴⁷ Sein Zweck ist die Erarbeitung und Fortentwicklung einer auf die ganze Schweiz bezogenen, politisch breit abgestützten polizeilichen *Ausbildungsstrategie*. Durch das SPI wird die Kaderausbildung der Polizei auf den Stufen I (Unteroffiziere) und II (höhere Unteroffiziere) sowie, zusammen mit der Hochschule Arc in Neuchâtel und der Hochschule Luzern, die Ausbildung der Offiziere (Stufe III³⁴⁸) organisiert. Das SPI gewährleistet die Durchführung der eidg. Prüfungen (gemäss BBG³⁴⁹ bzw. entsprechend den Anforderungen des SBF³⁵⁰), welche zum eidg. Fachausweis Polizist/Polizistin oder dem Diplom führen (geschützte Titel).

7. Sonderstab Geiselnahme

Der Sonderstab stützt sich auf die entsprechende Verordnung,³⁵¹ welche dessen Aufgaben, Zuständigkeit, Organisation und Einsatz regelt (Art. 1). Eingesetzt wird er indessen nur, sofern es sich um die Begehung oder Vorbereitung einer strafbaren Handlung handelt, die der Bundesgerichtsbarkeit untersteht oder wichtige Interessen des Bundes oder des Auslandes betroffen sind (Art. 2). Die Aufgabenliste in Art. 3 zeigt, dass der Stab über keine entscheidenden operationellen Kompetenzen verfügt und dass auch die Einsatzleiterin oder der Einsatzleiter – trotz der Beschränkung auf Fälle in verfassungsrechtlicher Bundeskompetenz – nicht grundsätzlich bestimmt wird. So zeigte anscheinend auch die

³⁴³ FN 334.

³⁴⁴ Im «Sicherheitsverbund Schweiz» dürfen Gemeinden in Arbeitsgruppen mitwirken. In Art. 67 Abs. 1 Bst. c MG (Fassung v. 18. 3. 2016) wird der Sicherheitsverbund Schweiz erwähnt mit einer auffallend unzureichenden Formulierung: «1. Im Inland wird Assistenzdienst geleistet zur Unterstützung ziviler Behörden: (...) c. bei der Bewältigung von Aufgaben im Rahmen des Sicherheitsverbundes Schweiz und der koordinierten Dienste». Die «pragmatische Lösung» von Fragen der inneren Sicherheit (vgl. Medienmitteilung des BR vom 19. Januar 2011) kann die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung nicht ausser Kraft setzen (MOHLER, Grundzüge [48], Rz. 204, 233).

³⁴⁵ Art. 3 Abs. 2 und 3 der Vereinbarung.

³⁴⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 57, N 13.

³⁴⁷ <<http://www.institut-police.ch/de/portrait>>.

³⁴⁸ Im Rahmen eines CAS (Certificate of Advanced Studies).

³⁴⁹ Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13.12.2002 (Berufsbildungsgesetz, BBG, SR 412.10).

³⁵⁰ Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation.

³⁵¹ Verordnung über den Sonderstab Geiselnahme und Erpressung vom 25.11.1998 (SR 172.213.80).

Strategische Führungsübung 17³⁵² teilweise erschreckende Schwächen auf,³⁵³ deren Gründe seit langem bekannt sind, aber deren Problemlösung nie grundsätzlich angegangen worden ist.

VI. Föderalismus als Quadratur des Zirkels im Sicherheits- und Polizeirecht?

1. Kleinräumigkeit als Föderalismusproblem

Die Kleinräumigkeit der Kantone mit vielfach urbanen oder metropolitanen, die Kantonsgrenzen überschreitenden Siedlungs- und Naherholungsräumen und damit wechselnden Zuständigkeiten in Rechtsetzung und -anwendung bietet zunehmend Probleme. Diese Probleme zeigen sich in einem Unverständnis, weshalb bis zu einer (ohnehin nicht oder kaum wahrnehmbaren Grenze) die Rechtsordnung des Kantons A, wenige Meter weiter eine andere des Kantons B gelten und sinnvoll sein soll. Sie zeigen sich aber in gravierenderer Art durch die Zuständigkeitsgrenzen von Polizei und anderen Strafverfolgungsbehörden: Unsicherheiten und ein rasch ansteigender administrativer Aufwand sind die Folge. Daran ändern auch die Regeln über Verfahrenshandlungen in andern Kantonen nichts.³⁵⁴ Unterschiedliche kantonale Prioritäten in der Verbrechensbekämpfung in zusammenhängenden Räumen erschweren eine gemeinsame Strategie (bspw. Bekämpfung des Menschenhandels). Die auch gelobte Eigenständigkeit der Kantone bspw. in logistischer Hinsicht erschwert oder verhindert und verteuert die Beschaffung von harmonisiertem technischen und IT-Material.³⁵⁵ Alleingänge mit zu wenig sicheren IT-Technologien (Funktelefonie) können Gefahren für die Sicherheit gesamtschweizerischer Datenbanken heraufbeschwören. Der auch schon so bezeichnete «Laubsägeliföderalismus» vermag den heutigen hohen Anforderungen im Sicherheits- und Polizeibereich sowohl von den Bedrohungen als auch von Strategie, Taktik und Technik her nicht mehr zu genügen. Strukturell bedingte Ineffizienz führt zu vermeidbaren Sicherheitsrisiken und erhöhten Kosten.³⁵⁶

a) *Der rasche Ruf nach Bundeslösungen*

Bei mehr oder weniger neu auftretenden unerwünschten oder allenfalls gefährlichen Verhaltensweisen wird die bundesstaatliche Kompetenzregelung von Politikerinnen und Politikern oft ignoriert und rasch nach Bundeslösungen gerufen. So wurden, nachdem ein sechsjähriger Knabe 2005 von drei Pitbull-Terriers zu Tode gebissen wurde, bundesrechtliche Vorschriften *zur Verhütung* solcher Vorkommnisse verlangt.³⁵⁷ Vor der EURO 08 verlangten die Kantone, dass zweifelsfrei in ihre Zuständigkeit fallende polizeiliche Präventivmassnahmen (Rayonverbote, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam) in die Ergänzung des BWIS³⁵⁸ einbezogen werden sollten, da sie die nötigen Vorschriften

³⁵² Medienmitteilung des BR v. 14. 11. 2017 (<<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-68786.html>>).

³⁵³ Vgl. Tagesanzeiger («Notfallübung zeigt Schwächen in Schweizer Terrorabwehr auf») und Der Bund («Leuthard vermeldete zu viele Tote») v. 23.12.2017.

³⁵⁴ Art. 52 f. StPO.

³⁵⁵ Sie führte auch zu einem bundesrechtlichen Eingriff: vorstehend III/2/b mit FN 265. Vgl. dazu nachfolgend 46, VII/1/c/aa.

³⁵⁶ SCHIESS/SCHNEIDER (FN 91), 1 ff.

³⁵⁷ NZZ, 2. und 3.12.2005.

³⁵⁸ FN 53.

innert fünf Jahren nicht rechtzeitig selber erlassen hatten.³⁵⁹ Mit einer reichlich dünnen Begründung³⁶⁰ verlangte eine parlamentarische Initiative, dass gegen das Liegenlassen von Abfällen («Littering») eine Bestimmung ins Umweltschutzgesetz aufgenommen werde. Im September 2017 wurde eine Verfassungsinitiative für ein Burka-Verbot eingereicht, nachdem bereits zwei Kantone ein solches gestützt auf Art. 72 BV eingeführt hatten. Im Nationalrat wurde im Dezember 2017 eine Interpellation zum «Hooligan-Konkordat (Zwischen-)Bilanz des Bundesrates» eingereicht³⁶¹ mit der Absicht, dass sich der Bund mehr engagiere. Der im Vernehmlassungsverfahren unterbreitete Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, der als Ergänzung des BWIS *präventive* polizeirechtliche Massnahmen³⁶² vorsieht, welche grundsätzlich in die kantonale Polizeizuständigkeit fallen, wird mit einer bisher nicht verwendeten und überraschenden Begründung auf Art. 123 BV abgestützt.³⁶³

Verschiedene Gründe können dafür angeführt werden: Zum einen die erwähnte Kleinräumigkeit, zum andern die zunehmende Reserviertheit der *Kantone*, ihren *polizeirechtlichen Pflichten*, nicht zuletzt aus finanziellen Gründen, nachzukommen. Schliesslich bietet auch die Verfassungsrechtslage selber Schwierigkeiten für die Abgrenzung, welche gesetzgeberischen Zuständigkeiten im Sicherheits- und Polizeirecht umfassend, ausschliesslich, bloss fragmentarisch oder punktuell Bund oder Kantonen zustehen, und wie sich diese auf die Umsetzung auswirken, wie das letzte angeführte Beispiel zeigt.

b) *Gesamtschweizerische interkantonale Verträge*

Vorstehend (IV/2) wurde gezeigt, dass *gesamtschweizerische* Konkordate und Verwaltungsvereinbarungen aus unterschiedlichen Gründen wenig geeignet sind, die bestehenden Probleme zu lösen: es besteht keine Pflicht zum Beitritt, Konkordate sind gesetzgeberisch schwerfällig, Verwaltungsvereinbarungen genügen oft den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht.

2. Wer führt in Krisenlagen?

«Gestützt auf Artikel 57 Absatz 2 kann der Bund beispielsweise die Sicherheitskoordination grosser Anlässe (WEF, EURO 2008) an sich ziehen oder gesetzgeberisch tätig werden, wenn Fragen der in-

³⁵⁹ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Massnahmen gegen Gewaltpropaganda und gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen) (BBl 2005 5613) 5639; MARKUS H.F. MOHLER, Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit bei Sportveranstaltungen (staatliche Sicherheitsmassnahmen, Umfang und Grenzen), in: Oliver Arter/Margareta Baddeley (Hrsg.), Sport und Recht. Sicherheit im Sport, 2008, 73 ff., 85 f.

³⁶⁰ Parlamentarische Initiative Verstärkung der Massnahmen gegen das Liegenlassen von Abfällen (Littering) (BBl 2016 1241), 1249 («Gelitterte Abfälle können zu Umweltschäden führen.» [sic!]).

³⁶¹ Ip. 17.4037.

³⁶² Meldepflicht, Art. 23h; Kontaktverbot, Art. 23i; Ein- und Ausgrenzung, Art. 23j; Eingrenzung auf eine Liegenschaft, Art. 23k.

³⁶³ Erläuternder Bericht (<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2917/Polizeiliche-Massnahmen-zur-Bekämpfung-von-Terrorismus-Erl.-Bericht_de.pdf>), 35 f. Nur am Rande sei vermerkt, dass diese Massnahmen, sollten sie im Kampf gegen Terrorismusverdächtige wirksam sein, sehr grosse Personalressourcen der Kantone, die je nach Situation verzugslos und in genügender Stärke einsetzbar sein müssen, voraussetzt. Demgegenüber wird im Bericht ausgeführt, grundsätzlich würden «den Kantonen mit dieser Vorlage keine neuen Aufgaben zugewiesen. Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist primär Aufgabe der Kantone» (34). Vgl. eine ähnliche Argumentation betr. Bundeszuständigkeit im BR Ber Malama (FN 29), 4565, und vorstehend II/3/b.

neren Sicherheit zwingend einer gesamtschweizerischen Abstimmung unter Einbezug oder sogar Leitung des Bundes bedürfen», schrieb der Bundesrat im Bericht über private Sicherheits- und Militärfirmen.³⁶⁴ Dass dies so nicht zutrifft, zeigte nach Medienberichten mit letzter Deutlichkeit die SFU 17.³⁶⁵ Nicht nur waren rund 20 (!) Stäbe der Bundesverwaltung, der Sonderstab Geiselnahme³⁶⁶ und ordentliche Verwaltungseinheiten des Bundes involviert, was auch zu internen Zwisten geführt habe, ebenso sei es zwischen den Bundes- und den Genfer Behörden zu starken Differenzen gekommen. Das ist für die Bewältigung kritischer Situationen mit Gefahren für Leib, Leben und Freiheit die schlechtmögliche Ausgangslage, die allen operationellen Führungsprinzipien widerspricht und vermeidbare Opfer verursachen kann. Sie hat verschiedene Gründe.

VII. Wie weiter? Überwindung der Überkomplexität, Reformen zwingend!

1. Woran liegt es?

a) *Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze*

Für das Bundesgericht sind die Bundesgesetze massgebend (Art. 190 BV). Diese Bestimmung ist für das Bundesgericht zwar ein *Anwendungsgebot*, aber *kein Prüfverbot*.³⁶⁷ Immerhin wäre mittels staatsrechtlicher Klage (Art. 189 Abs. 2 BV, 120 BGG³⁶⁸) ein Feststellungsurteil zur Verfassungsmässigkeit in Bezug auf eine Verletzung der kantonalen Hoheitsrechte (Polizeihoheit)³⁶⁹ auch durch Bundesgesetze möglich.³⁷⁰

b) *Zwiespältige Haltung der Kantone*

Allerdings ist der verfassungsrechtliche Ausschluss der eliminatorischen Prüfung von Bundesgesetzen qua Verfassungswidrigkeit nicht der einzige Grund: Entgegen den Beteuerungen der Verteidigung der kantonalen Polizeihoheit nehmen die Kantone (mit Ausnahmen) polizeiliche Leistungsangebote des Bundes gerne entgegen und schwächen damit ihre eigene Position. Nicht bemerkt wird dabei, dass sich daraus für die Bevölkerung ebenso wie für die Polizei immer *unerfreuliche rechtliche Gemengelage* in Bezug auf die Kompetenzen der eingesetzten Bundesorgane, die Befugnisse (und Grenzen) der Bundes- und kantonalen Organe im Einzelnen (bspw. Zwangsmassnahmen), des Datenrechtes und insbesondere des Rechtsschutzes ergeben.³⁷¹

³⁶⁴ FN 328, 646.

³⁶⁵ FN 353.

³⁶⁶ FN 351.

³⁶⁷ UHLMANN, Gutachten (FN 16), Rz. 31.

³⁶⁸ FN 322. Es geht dabei nicht um Überlappungen von verfassungsrechtlich fixierten Kantonsaufgaben durch eine besonders geregelte Bundeszuständigkeit (vgl. SALADIN, Komm. aBV, Art. 3, Rz. 218; SCHWEIZER, SGK, Art. 3, Rz. 26).

³⁶⁹ Vorstehend 5, II/1/c.

³⁷⁰ UHLMANN, Gutachten (FN 16), Rz. 40, 59.

³⁷¹ Vorstehend 29 ff., III/2/a–c.

c) *Ausblenden der bestehenden Probleme durch die Politik*

aa) Strukturell

Die Politik von Bund und Kantonen blendet die Ursachen für die bestehenden grossen Probleme aus. Sie hat die *Problemimpulse*³⁷² nicht in ihrer Tiefe wahrgenommen oder verdrängt.³⁷³ Mit *nicht verfassungskonformen* Erlassen und (Hilfs-)Konstruktionen wie Konkordate oder Verwaltungsvereinbarungen wird versucht, offenkundige Mängel zu beheben, was jedoch nicht gelingen kann, da es sich um Symptombekämpfung handelt.³⁷⁴ Derzeit wird eine Verwaltungsvereinbarung betreffend Polizeikooperation zwischen dem Bund³⁷⁵ und den Kantonen³⁷⁶ ausgearbeitet, wonach die KKKPS die gesamte Polizeitechnik und -informatik koordinieren, harmonisieren und Beschaffungsprojekte führen, ferner einen *Führungsstab Polizei*³⁷⁷ für die Bewältigung nationaler Polizeilagen operationell rasch einsatzfähig machen und auch leiten soll.

bb) Bekämpfung der Schwerekriminalität

Bei Lichte besehen, sind *nur wenige Kantone in der Lage, schwere Verbrechensformen* (Formen der organisierten Kriminalität, Terrorismus, Cybercrime) *präventiv und strafrechtlich erfolgreich zu bekämpfen*, insbesondere was die Holkriminalität³⁷⁸ angeht. Das führt zu «weissen Feldern» in der Verbrechensbekämpfung. Hauptursachen sind der Ressourcenmangel, Zuständigkeitsgrenzen und die informationelle Zersplitterung. *Dasselbe gilt für die Bewältigung von Lagen während schwerer Gewaltverbrechen* (z.B. terroristische Anschläge). Ist der Bund auch tangiert, komplizieren die Kompetenzprobleme die Führung, wie die SFU 17 anscheinend bewiesen hat,³⁷⁹ was auch *vermeidbar* tragische Folgen haben kann. Sollte es zu gleichzeitigen Bedrohungen oder Schadenereignissen in mehreren Kantonen kommen, wird eine Überforderung der Sicherheitskräfte *voraussehbar* eintreten.

Das Abstützen auf die Armee vermag die Problematik ebenso wenig zu lösen. Die Berufs- und Durchdienerverbandbestände der Militärpolizei sind zahlenmässig für längere Einsätze auch zu gering. Das Aufgebot und der Einsatz von Militärpolizeibataillonen dauerte zu lange und wäre widersinnig, da diese zu einem erheblichen Teil aus Polizeiangehörigen der Kantone und Städte bestehen und also in einer Krisenlage ihren Stammkorps entzogen würden; die Ausbildung der andern genügt nicht. Zudem ist eine Militarisierung der Polizeidienste verfassungsrechtlich bisher unzulässig und unerwünscht, es sei denn, durch eine Änderung der BV solle eine *Gendarmerie* wie z.B. in Frankreich eingeführt werden.³⁸⁰

Denkbar wäre aber auch umgekehrt – in Beachtung der Eckpunkte aus USIS³⁸¹ –, z.B. das Armeebudget (5 Mia.) um 3–5% (150–250 Mio.) zu kürzen, diese Mittel für ziviles Polizeipersonal (Bund

³⁷² KURT SEELMANN, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2014, § 6, Rz. 2.

³⁷³ MOHLER, Vernetzung (FN 91), Rz. 151 ff.; vgl. FN 98.

³⁷⁴ Vgl. MOHLER/GÄTTELIN/MÜLLER (FN 89), 815, 820.

³⁷⁵ Vertreten durch das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement.

³⁷⁶ Vertreten durch die KKJPD.

³⁷⁷ Vgl. Art. 5 Bst. c und Art. 8 der IKAPOL-Vereinbarung (FN 337).

³⁷⁸ Delikte, welche nicht angezeigt werden, sondern die Polizei durch eigene Aufklärung erkennen muss.

³⁷⁹ Vorstehend 44, VI/2.

³⁸⁰ Vgl. FN 237.

³⁸¹ Vorstehend 12, II/1/d/aa.

und/oder Kantone) einzusetzen, gleichzeitig die Militärpolizei zu reduzieren und auf den ursprünglichen Auftrag (Aufgaben innerhalb und Schutz der Armee, ausgenommen ausserordentliche Lagen) zu begrenzen. Ein höherer Wirkungsgrad resultierte.

2. Dringender Reformbedarf: Teilrevision der Sicherheitsverfassung

a) Überkomplexität abbauen

Bisher hat die Politik von Bund und Kantonen – Exekutive und Legislative – auf festgestellte Mängel immer mit zusätzlichen Erlassen die Rechtslage – auch mit unaufgelösten Vorschriftengemengen³⁸² – komplizierter gemacht. Das Gegenteil ist erforderlich: Just in schwierigen oder gefährlichen Situationen und unter Zeitdruck müssen sich die Einsatzkräfte auf einheitliche und klare Rechtsgrundlagen stützen können. Auch die Bevölkerung hat Anspruch darauf, so v.a. was Kompetenzen und Rechtsschutz angeht.

b) Teilrevision der Sicherheitsverfassung

Eine *Teilrevision der Kompetenzbestimmungen der BV* in Bezug auf die Zuständigkeitsregelung im Sicherheits- und Polizeibereich ist *sachlich und zeitlich dringlich*. Dem Bund müssen in einer die bundesstaatlich gebotene Machtteilung nicht aufhebenden Art deutlich mehr Kompetenzen und Mittel zukommen.³⁸³ Denkbar sind verschiedene Möglichkeiten.³⁸⁴ So könnte *statt der generellen Subsidiarität eine (begrenzte) Komplementarität* nach eindeutigen Kriterien in der BV flexible Lösungen ermöglichen. Zu fordern ist, dass alle rechtlichen Vorgaben nicht nur *bedrohungsgerecht*, sondern insbesondere auch *praxistauglich* sind. Dabei sind auch *internationale Verpflichtungen* zu berücksichtigen. Die finanziellen Auswirkungen auf den verschiedenen Stufen sind realitätsgerecht in Rechnung zu stellen. *Der «Ökonomisierung» sowohl im öffentlichen wie auch im Strafprozessrecht ist Einhalt zu gebieten.*³⁸⁵ *Die grundlegenden Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Gesetzmässigkeit und der in der Demokratie unverzichtbaren Öffentlichkeit dürfen nicht durch finanziell widersinnige, gar gefährlich Einschränkungen oder fragwürdige Datenschutzansprüche³⁸⁶ zurückgedrängt werden.*

Ein *Polizeirahmengesetz* des Bundes (auch für die Kantone) als eine mögliche Variante – gestützt auf eine Änderung der BV – erheischte als quasi «flankierende Massnahme» eine Änderung von Art. 190 BV: Zur Sicherung der Grundrechte müsste die Verfassungsgerichtsbarkeit auch auf Bundesgesetze

³⁸² Vorstehend 29 ff., III/2.

³⁸³ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 266 ff.

³⁸⁴ MOHLER, Vernetzung (FN 91), Rz. 210 ff.; DERS., Grundzüge (FN 44), Rz. 269 ff.

³⁸⁵ MARKUS MÜLLER, Denkanstösse über die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung, in: ZSR 5/2016, 411 ff.

³⁸⁶ So schlägt die Rechtskommission des Nationalrates vor, dass Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen nicht mehr öffentlich sind (<<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2018-01-26.aspx>>). Das führt zu einer Kabinettsjustiz (Anzeichen dafür gibt es). Es ist daran zu erinnern, dass in der Praxis bereits 95% aller Strafbescheide in der Form von Strafbefehlen nicht mehr in öffentlich zugänglichen Gerichtsverfahren ergehen.

ausgeweitet werden.³⁸⁷ Andernfalls ergäbe sich eine Verschlechterung gegenüber der jetzigen Situation bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Polizeigesetzen.³⁸⁸

Die politische Unfähigkeit und der Unwille, auch die rechtlichen Institutionen den veränderten Umständen anzupassen, führen nach FUKUYMA zu einem Versagen des Staates.³⁸⁹ Es ist dafür zu sorgen, dass Rechtsgrundlagen und hinreichend ausgestattete Institutionen die Sicherheit gegenüber bekannten und erkennbaren Bedrohungen als Kernaufgabe des Staates zu gewährleisten vermögen und die Schweiz auch international gesehen nicht zu einer Grauzone wird. Daraus könnte auch internationaler Druck entstehen.³⁹⁰ Eine dunkle Grauzone drohte auch unmittelbar, wenn durch eine Aufhebung der Assoziierung an «Schengen» und «Dublin»³⁹¹ u.a. der Zugang zum Schengen-Informationssystem (SIS)³⁹² und den damit verbunden Datenbanken sowie die vereinfachte Amts- und Rechtshilfe (Art. 355c StGB) wegbrächen. Strukturkonservatismus ist keine zielführende Strategie.³⁹³

³⁸⁷ Zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Verfassungsmässigkeitsprüfung (auch über die Einhaltung der föderalistischen Grundsätze hinaus): UHLMANN, Gutachten (FN 16), Rz. 81 ff.

³⁸⁸ MOHLER, Grundzüge (FN 44), Rz. 272.

³⁸⁹ FRANCIS FUKUYMA, *Political Order and Political Decay*, 2014 (paperback edition 2015), 403 ff.

³⁹⁰ Die angebliche Nichtverhandelbarkeit schweizerischer Besonderheiten (Bankgeheimnis, Weigerung der internationalen Rechtshilfe in Fiskalstrafsachen) hat sich wiederholt als Trugschluss erwiesen.

³⁹¹ FN 6,7.

³⁹² FN 308.

³⁹³ MOHLER/GÄTTELIN/MÜLLER, *Unsicherheit über Sicherheit* (FN 89), 830.