

# Die polizeilichen Ausgleichsmassnahmen des Bundes und der Kantone nach dem Wegfall der Personenkontrollen an der Landesgrenze in verfassungsrechtlicher Sicht

RAINER J. SCHWEIZER / MARKUS MOHLER

## Inhaltsübersicht

I.	Die Entwicklung der Umsetzung der bilateralen Abkommen über die Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin.....	112
1.	Die Umsetzung im Bereich der öffentlichen Sicherheit gemäss den Verpflichtungen aus den Abkommen von Schengen und Dublin .....	112
2.	Zur Fortentwicklung des Besitzstands von Schengen und Dublin .....	116
II.	Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung der durch Schengen gebotenen innerstaatlichen Sicherheitsaufgaben.....	117
1.	Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen in der Sicherheits- und Ordnungspolizei, insbesondere an der Grenze .....	117
2.	Fehlende verfassungsrechtliche Grundlagen für die sicherheitspolizeilichen Aufgaben der Eidgenössischen Zollverwaltung .....	120
3.	Ist der Bund verfassungsrechtlich befugt zur Übernahme kantonaler Aufgaben nach Art. 97 Zollgesetz? .....	123
4.	Zur Rechtsnatur der im Zollgesetz vorgesehenen Vereinbarung zwischen der Eidgenössischen Zollverwaltung und den einzelnen Kantonen.....	124
5.	Zur Vertragsabschlusskompetenz des Bundes und der Kantone.....	126
6.	Extensive Zuweisung von polizeilichen Zwangsmitteln an das GWK.....	127
7.	Defizite in der Regelung des Rechtsschutzes .....	129
III.	Ausblick.....	131

## I. Die Entwicklung der Umsetzung der bilateralen Abkommen über die Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin

Zur Verwirklichung der grenzüberschreitenden Personenfreizügigkeit im Schengen-/Dublin-Raum wurden bekanntlich die Personenkontrollen an der Grenze aufgehoben und die Schengen-Staaten verpflichtet, innerstaatlich die öffentliche Sicherheit zu verstärken sowie die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheitsorgane zu erleichtern und auszubauen.<sup>1</sup>

### 1. Die Umsetzung im Bereich der öffentlichen Sicherheit gemäss den Verpflichtungen aus den Abkommen von Schengen und Dublin

Im Jahr 2004 hat der Bundesrat der Bundesversammlung den Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung und Umsetzung der bilateralen Abkommen vorgelegt, welche er mit der Europäischen Union (EU) und der Europäischen Gemeinschaft (EG) über die Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin abgeschlossen hat.<sup>2</sup> Nachdem die Bundesversammlung den entsprechenden Bundesbeschluss am 17. Dezember 2004 verabschiedet hat,<sup>3</sup> stimmte auch das Volk diesem in der Abstimmung von 5. Juni 2005 zu.<sup>4</sup> In Art. 1 Abs. 2 und 3 des Bundesbeschlusses wurde Folgendes festgehalten:

„Bund und Kantone regeln im Rahmen der Bundesverfassung und des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes die Beteiligung der Kantone an der Umsetzung und

---

<sup>1</sup> Vgl. namentlich die polizeilichen Ausgleichsmassnahmen nach Art. 39 ff. des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v. 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen v. 19.6.1990, ABl. L 239 v. 22.9.2000, 19, sowie das Abkommen 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 v. 26.10.2004 (SAA), SR 0.360.268.1. Vgl. z.B. ASTRID EPINEY, Schengen, Dublin und die Schweiz, AJP 2002, 300 ff.

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrats zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Bilaterale II“) v. 1.10.2004, BBl 2004 5965 ff.

<sup>3</sup> BBl 2004 7149 ff.

<sup>4</sup> BBl 2005 5183; vgl. den Beitrag von MARKUS MOHLER in diesem Band.

Weiterentwicklung des Schengen- und Dublin-Besitzstands vor Inkrafttreten dieser Abkommen in einer Vereinbarung.

Das Grenzwachtkorps erfüllt Sicherheitsaufgaben in Zusammenarbeit mit der Polizei der Kantone und des Bundes. Die kantonale Polizeihöhe bleibt dabei gewahrt. Das Grenzwachtkorps behält mindestens den Bestand vom 31. Dezember 2003.“

Aus diesem Bundesbeschluss ergibt sich, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten mit der Umsetzung der Abkommen von Schengen und Dublin beauftragt sind und dass sich das Grenzwachtkorps (GWK), welches das Polizeiorgan der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) ist, an den Polizeiarbeiten der Kantone und des Bundes weiterhin verstärkt beteiligen soll. Mit diesem Genehmigungsbeschluss wurden zugleich verschiedene Bundesgesetze geändert, hauptsächlich im Hinblick auf datenschutzrechtliche Garantien. Bezüglich der Personenkontrollen gab es nur geringe Gesetzesanpassungen.

Im Projekt USIS<sup>5</sup> sind zuvor zwei Varianten zur Diskussion gestellt worden: Die erste Variante sah vor, dass die Sicherheit an der Grenze durch die Kantone wahrgenommen werden soll, während nach der zweiten Variante Kantone und GWK im Grenzbereich zusammenarbeiten sollen. Mit dem erwähnten Grundsatzbeschluss entschied sich der Bundesgesetzgeber für die zweite Variante.

Mit dem Beitrittsbeschluss war auch klar, dass Bund und Kantone den gegenseitigen polizeilichen Informationsaustausch neu zu regeln<sup>6</sup> und die Kantone ihre Datenschutzvorschriften zu verbessern hatten.<sup>7</sup> Zudem haben einige Kantone Anpassungen ihrer Polizeigesetze vorgenommen, so etwa der Kanton Solothurn mit der Revision vom 15. Mai 2007<sup>8</sup>, oder sie haben, wie z.B. der Kanton Neuchâtel<sup>9</sup>, ihre neuen Polizeigesetze Schengen-kompatibel gestaltet.

Für den Bund ging es auch darum, die grenzpolizeilichen Aufgaben des GWK zu klären und Lösungen für die Zusammenarbeit der EZV mit den Kantonen zu finden. Nicht zuletzt im Hinblick auf Schengen hatte der Bundesrat im Rahmen der Totalrevision des Zollgesetzes (ZG) den Eidgenössischen Räten mit Botschaft vom 15. Dezember 2003<sup>10</sup> beantragt, dass das neue Zollgesetz die Befugnisse der EZV zur Überwachung und Kontrolle des Personen-

---

<sup>5</sup> Die „Überprüfung des Systems der Inneren Sicherheit der Schweiz“ (USIS) war ein Projekt von Bund und Kantonen, das im Jahr 2004 abgeschlossen wurde. Vgl. [www.usis.ch](http://www.usis.ch).

<sup>6</sup> Vgl. dazu das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes v. 13.6.2008 (BPI), SR 361, sowie ADRIAN LOBSIGER, Die Umsetzung von „Schengen“ auf Bundesebene – Aspekt der Informationshilfe zwischen Polizeibehörden, *Sicherheit&Recht* 2009, 3 ff.

<sup>7</sup> Vgl. BEAT RUDIN, *Datenschutzgesetze – fit für Europa*, Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze, *digma* 2007, passim.

<sup>8</sup> Gesetz über die Kantonspolizei v. 23.9.1990, GS 511.11.

<sup>9</sup> Loi sur la police neuchâteloise (LPol) du 20.2.2007, RSN 561.1.

<sup>10</sup> BBl 2004 567 (im Folgenden: Botschaft ZG).

und Warenverkehrs an der Zollgrenze und im Landesinnern ausbauen soll.<sup>11</sup> Schon in der Vernehmlassung allerdings waren Doppelspurigkeiten zwischen den kantonalen Polizeitätigkeiten und den polizeilichen Aktivitäten des GWK im sog. Grenzraum<sup>12</sup> befürchtet worden.<sup>13</sup> Bedeutsam ist, dass das neue Zollgesetz Überwachung und Kontrolle des Personen- und Warenverkehrs über die Zollgrenze weiterhin als Bundesaufgabe sieht. Gewisse Kontrollaufgaben beansprucht die EZV sogar im ganzen Zollgebiet der Schweiz, etwa die Identitätsfeststellung von Personen (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. a-c ZG) oder Zollkontrollen am Domizil (Art. 31 ZG).<sup>14</sup> Die Ausdehnung des Grenzraumes als Überwachungsraum, geplant auf ca. 30 km Tiefe, soll aber jeweils mit dem betroffenen Kanton vereinbart werden. Um Kompetenzkonflikte zwischen der kantonalen Polizei und der EZV zu vermeiden, sollen detaillierte Vereinbarungen mit den Kantonen abgeschlossen werden können.<sup>15</sup> Schliesslich wurden die polizeilichen Aufgaben des GWK auf gesetzliche Grundlagen gestellt und diesem auch gesetzlich bestimmte Eingriffsbefugnisse einschliesslich polizeilicher Zwangsmassnahmen zugewiesen.<sup>16</sup>

Das mit Datum vom 18. März 2005 revidierte Zollgesetz (ZG)<sup>17</sup>, das am 1. Mai 2007 in Kraft trat, umschreibt in den Artikeln 94 ff. die Aufgaben der EZV. Dabei werden *fünf verschiedene Aufgaben* unterschieden: Nach Art. 94 hat die Zollverwaltung zollrechtliche Aufgaben, nach Art. 95 auch nicht-zollrechtliche Aufgaben, z.B. aus dem Strassenverkehrsrecht<sup>18</sup> oder im Kampf gegen die Geldwäscherei.<sup>19</sup> Dann obliegen ihr nach Art. 96 neu explizit sicher-

<sup>11</sup> Diese waren im alten Zollgesetz v. 1.10.1925 in den Art. 59 und 137 f. nur sehr rudimentär geregelt gewesen.

<sup>12</sup> Zu den Begriffen wie Zollgebiet, Zollgrenze, Grenzzone und Grenzraum vgl. REMO ARPAGAU, *Zollrecht*, SBVR Bd. XII, 2. Aufl. 2007, 242 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Botschaft ZG, 568 f., 585.

<sup>14</sup> HEINZ SCHREIER/RODOLFO CONTIN, *Aufgaben und Funktionsweise des Grenzwachtkorps heute und unter Schengen*, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU (2006)*, 293, 295, 297.

<sup>15</sup> Solche Vereinbarungen wurden schon auf Grund der bilateralen Polizeiabkommen der Schweiz mit ihren Nachbarstaaten entwickelt. Vgl. das Abkommen mit der Französischen Republik v. 11.5.1998 (SR 0.360.349.1), dasjenige mit der Italienischen Republik v. 10.9.1998 (SR 0.360.454.1), dasjenige mit der Bundesrepublik Deutschland v. 27.4.1999 (SR 0.360.136.1) und den am selben Tag abgeschlossenen Vertrag mit der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein (SR 0.360.163.1) sowie die jeweiligen Folgeabkommen mit diesen Ländern. Allerdings kamen *vor* Schengen/Dublin dem GWK als Grenzpolizei nur gewisse punktuelle, spezielle bundesgesetzliche Zuständigkeiten zu, und die Vereinbarungen zwischen GWK und Kantonen dienten insb. der Regelung der Amtshilfe („Zusammenarbeit auf Ersuchen“); vgl. z.B. Vereinbarung zwischen dem Kanton Solothurn und dem Grenzwachtkorps I über die gegenseitige Zusammenarbeit v. 2.7.2001 und v. 14.12.2001 (GS 511.513).

<sup>16</sup> Vgl. Botschaft ZG, 585 f.; ARPAGAU, a.a.O. (Fn. 12), 251 f.

<sup>17</sup> SR 631.0.

<sup>18</sup> Art. 95 ZG i.V.m. Art. 106 Abs. 1 SVG, SR 741.1, und Art. 4 der Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs v. 28.3.2007 (SKV, SR 741.013).

<sup>19</sup> Art. 95 Abs. 1<sup>bis</sup> ZG.

heitspolizeiliche Aufgaben „im Grenzraum in Koordination mit der Polizei des Bundes und der Kantone und zur inneren Sicherheit des Landes, um zum Schutz der Bevölkerung beizutragen.“ Sodann kann die EZV im Grenzraum auch kantonapolizeiliche Aufgaben übernehmen, auf der Basis einer „Vereinbarung“ mit dem jeweiligen Kanton „über die Aufgaben- und Kostenübernahme“.<sup>20</sup> Schliesslich kann der Bundesrat der Zollverwaltung nach Art. 98 auch noch „den Vollzug dringlicher Bundesaufgaben im Bereiche des grenzüberschreitenden Verkehrs übertragen“. Die einschlägigen Bestimmungen der Art. 94 ff. über die Aufgaben der EZV und der Art. 100 - 109 über deren (Eingriffs-)Befugnisse wurden durch den Bundesrat in der Zollverordnung (ZV) vom 1. Nov. 2006<sup>21</sup> sowie in der Zollverordnung des EVD (ZV-EVD) vom 4. April 2007<sup>22</sup> ergänzt (Näheres dazu unten).

Bezüglich der in Art. 97 ZG vorgesehenen Zusammenarbeit der Zollorgane mit den kantonalen Polizeibehörden haben die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) zusammen mit der EZV als Vertreterin der Eidgenossenschaft eine Einigung gefunden. Wie erwähnt, gab es bisher schon 14 verschiedene Verträge des GWK mit den Grenzkantonen. Nun hat man nicht nur den Ausbau der Zusammenarbeit, sondern auch eine Harmonisierung der Vereinbarungen angestrebt, indem eine Mustervereinbarung, eine sog. „Verwaltungsvereinbarung“, als Mindeststandard sowie Muster-Anhänge für die Ausweitung der Zusammenarbeit (je Stand 15. März 2006)<sup>23</sup> entwickelt wurden. Nach der gemeinsamen Mitteilung der KKJPD und der EZV vom 6. April 2006 muss zwischen den einzelnen Kantonen und dem GWK Folgendes definiert werden:

- die gegenseitigen Verantwortlichkeiten, wobei die Kantone Lösungen zu treffen haben, die sicherstellen, dass sie die Führungsverantwortung für sicherheitspolizeiliche Aufgaben im Landesinnern behalten;
- der regelmässige Austausch von Erkenntnissen und Lageanalysen;
- die Koordination der Schwergewichte bei der Einsatzplanung bei Verkehrs-, Personen- und Zollkontrollen;
- die gegenseitige Information über Ort, Zeit und Umfang der eingesetzten Mittel;
- der Einsatz gemischter Teams, die Aufgaben beider Seiten erfüllen können;
- gemeinsame Ausbildungsmassnahmen;
- der gegenseitige Zugriff auf Informationssysteme, soweit er datenschutzrechtlich erlaubt ist;
- der vorgesehene Einsatzraum des GWK.

---

<sup>20</sup> Art. 97 ZG. Vgl. SCHREIER/CONTIN, a.a.O. (Fn. 14), 296.

<sup>21</sup> SR 631.01. Zur Zollverordnung vgl. HANS GEORG NUSSBAUM, Die Ausarbeitung von Verordnungen am Beispiel des neuen Zollrechts, LeGes 2007/2 295 ff.

<sup>22</sup> SR 631.011.

<sup>23</sup> Nicht veröffentlicht, aber beim GWK auf Anfrage erhältlich.

Festgehalten wird zudem, dass die Kantone im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen frei sind, weitergehende Absprachen mit dem GWK zu treffen und zusätzliche Aufgaben im Bereich der öffentlichen Sicherheit an dieses zu delegieren.<sup>24</sup>

## 2. Zur Fortentwicklung des Besitzstands von Schengen und Dublin

Über diese ersten bundesrechtlichen Massnahmen und über die Absprache der KKJPD mit der EZV hinaus haben Bund und Kantone am 20. März 2009 eine grundsätzliche Vereinbarung über die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-/Dublin-Besitzstands abgeschlossen.<sup>25</sup> Diese nimmt Bezug auf Art. 1 Abs. 2 des eingangs erwähnten Genehmigungsbeschlusses vom 17. Dezember 2004 und regelt die Modalitäten der Kooperation von Bund und Kantonen bei der Umsetzung und Fortentwicklung des Schengen-/Dublin-Besitzstands. Sie wurde zwischen dem Bundesrat und der Konferenz der Kantonsregierungen abgeschlossen, welche bekanntlich keine rechtlich eigenständige interkantonale Organisation darstellt. Die staatsrechtlich wohl als gemeinsames politisches Programm zu qualifizierende Vereinbarung kommt weitgehend den Vorgaben von Art. 54 Abs. 3 und 55 BV sowie denjenigen des Bundesgesetzes über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK) vom 22. Dezember 1999<sup>26</sup> nach.<sup>27</sup>

Seit dem Beitritt der Schweiz zu den Schengen- und Dublin-Abkommen hat die EU über 80 Rechtsakte erlassen, die Schengen- bzw. Dublin-relevant sind. Das hat schon zu verschiedenen Umsetzungen in der Schweiz geführt. Erwähnt seien die Genehmigung und Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme des Schengener Grenzkodex, die Änderungen im Ausländer- und Asylrecht<sup>28</sup> sowie der Notenaustausch

---

<sup>24</sup> Vgl. Medienmitteilung KKJPD/EZV v. 6.4.2006 zur „Schengen-Umsetzung im Grenzraum: Einigung über die Aufgabenverteilung zwischen Polizei und Grenzwachtkorps“ (URL: <http://www.kkjpd.ch/images/upload/060406MMPlattformKKJPD-GWKd.pdf>).

<sup>25</sup> AS 2009 1139.

<sup>26</sup> SR 138.1.

<sup>27</sup> Vgl. THOMAS PFISTERER, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer/Philippe Mastroradi/Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 54 Rz. 31 ff., insb. 48 ff. (zit. St. Galler Kommentar); DERS., Art. 55 Rz. 25 ff.

<sup>28</sup> Botschaft v. 24.10.2007, BBl 2007 7937, 7944 ff. Zum Schengener Grenzkodex vgl. den Bundesbeschluss v. 13.6.2008 (AS 2008 5629); Notenaustausch v. 28.3.2008 zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Übertreten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), SR 0.360.268.121.0, mit Änderung des AuG. Diese Vereinbarung wurde übrigens mit dem Notenaustausch v. 24.10.2008 zur Übernahme der Änderung des Schengener Grenzkodex (SR 0.360.268.121.3, betr. VO (EG) Nr. 296/2008 v. 11.3.2008) weiterentwickelt. Zur jüngsten

betreffend die Übernahme und Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Vereinfachung des Informationsaustauschs zwischen den Strafverfolgungsbehörden.<sup>29</sup> Eben hat der Bundesrat die Botschaft über die Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung über das Visa-Informationssystem (VIS) und die Übernahme des Beschlusses über den Zugang der Sicherheitsbehörden zum VIS samt Entwurf eines Bundesbeschlusses sowie einer Ergänzung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer dem Parlament zugeleitet.<sup>30</sup>

Gegenwärtig sind die einzelnen Kantone daran, eine Vereinbarung mit der EZV über die Aufgabenübernahme im Sicherheitsbereich durch das GWK abzuschliessen und umzusetzen. Nachfolgend sollen einzelne dieser Vereinbarungen zusammen mit den auf Grund des Schengener Polizeirechts vorgenommenen Änderungen des Bundesrechts aus verfassungsrechtlicher Perspektive besprochen werden.

## II. Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung der durch Schengen gebotenen innerstaatlichen Sicherheitsaufgaben

### 1. Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen in der Sicherheits- und Ordnungspolizei, insbesondere an der Grenze

Die jetzt vorgenommene Umsetzung der Aufgaben von Schengen und Dublin im Bereich der Sicherheits- und Ordnungspolizei, der Kriminalpolizei und verschiedener Spezialverwaltungspolizeien, wie z.B. im Waffenrecht, verändert die polizeilichen Aufgaben und Befugnisse an der Landesgrenze und in den Grenzkantonen, ja zum Teil auch in den Binnenkantonen, ganz erheblich. Der oben genannte Genehmigungsbeschluss vom 17. Dezember 2004 betont im Hinblick auf den Ausbau der Tätigkeit des GWK in Art. 1 Abs. 3 2. Satz ausdrücklich, dass die kantonale Polizeihöhe gewahrt bleibt. Ungeachtet dieser

---

Entwicklung im Rahmen des Grenzkodex: Bundesbeschluss v. 3.10.2008 (BB1 2008 8357); vgl. dazu den Beitrag von MOHLER in diesem Band.

<sup>29</sup> Rahmenbeschluss 2006/960/JI; BB v. 12.6.2009, BB1 2009 4493. Vgl. das nunmehr verabschiedete Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der andern Schengen-Staaten (SIaG), BB1 2009 4495; vgl. auch LOBSIGER, a.a.O. (Fn. 6), 4 ff., und den Beitrag von MARKUS H.F. MOHLER in diesem Band.

<sup>30</sup> Vgl. Botschaft v. 29.5.2009, BB1 2009 4245.

verfassungsrelevanten, aber bloss deklaratorischen Feststellung seitens des Bundesgesetzgebers ist die verfassungsrechtliche Aufgabenteilung im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Ergebnis je länger desto weniger klar.

Das Zollgesetz beruht vorrangig auf Art. 133 BV. Aus dieser Verfassungsbestimmung kann man jedoch klarerweise keine allgemeinen Aufgaben des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit ableiten. Art. 133 BV ersetzt die Art. 28 - 30 aBV und gibt dem Bund eine Gesetzeskompetenz zur Regelung der Einfuhr- und Ausfuhrzölle und anderer verwandter Abgaben.<sup>31</sup> Die Staatsrechtspraxis hat zwar schon unter der aBV anerkannt, dass es über die Festlegung der Zölle hinaus gewisse ungeschriebene Verfassungskompetenzen in diesem Bereiche gibt, die ergänzende fiskal- und wirtschaftspolitische Massnahmen bezüglich des grenzüberschreitenden Warenverkehrs rechtfertigen.<sup>32</sup> Es war aber niemals davon die Rede, dass Aufgaben der inneren und äusseren Sicherheit auf die Zollgesetzgebungskompetenz gestützt werden können. Dass die EZV, namentlich zur Sicherung der Abgabenerhebung, gewisse verwaltungsrechtliche exekutive Befugnisse und Mittel seitens des Gesetzgebers benötigt, versteht sich von selbst und war nur in Einzelfragen umstritten.<sup>33</sup>

Unbestritten ist auch, dass der Bund, soweit ihm andere, besondere Verfassungskompetenzen Regelungs- und Umsetzungsaufträge erteilen, spezifische verwaltungsrechtliche Kontrollmassnahmen durch Bundesorgane auch an der Grenze anordnen kann. Das gilt z.B. für Massnahmen der Ausländerpolizei auf Grund von Art. 121 BV, für Kontroll- und Sicherheitsmassnahmen im Strassenverkehr gestützt auf Art. 82 BV oder für Strafverfolgungsaufgaben im Bereiche seiner Zuständigkeit gestützt auf Art. 123 BV (und nach Art. 336 ff. StGB). Eine spezifische Zuständigkeit des Bundes für die äussere und die innere Sicherheit an der Landesgrenze hingegen sieht die Bundesverfassung nicht vor; eine solche liesse sich selbst durch eine Fülle von bundesgesetzlichen Vollzugsaufgaben auf Grund von Spezialzuständigkeiten noch nicht kraft Sachzusammenhangs rechtfertigen,<sup>34</sup> weil der Sachzusammenhang dieser sehr verschiedenen Materien nicht in der Kontrolle an der Landesgrenze liegt. Gerade in dieser Frage der Spezialaufgaben zeigt sich im Übrigen, dass die Un-

---

<sup>31</sup> Vgl. KLAUS VALLENDER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 133 Rz. 12 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 133 Rz. 4; ARPAGAUS, a.a.O. (Fn. 12), 193 ff.

<sup>32</sup> Vgl. RENÉ A. RHINOW, Kommentar aBV, Loseblattsammlung, Stand Juni 1988, Art. 28 Rz. 50 ff., 65 ff.

<sup>33</sup> Vgl. REMO ARPAGAUS, Das Schweizerische Zollrecht, in: Thomas Cottier/Remo Arpagaus (Hrsg.), Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR, 1. Aufl. 1999, Rz. 64 ff., m.w.H.

<sup>34</sup> Vgl. dazu CHRISTIAN LINSI, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, LeGes 2008/3, 468 ff.



terscheidung von innerer und äusserer Sicherheit, welche die neue BV perpetuiert, nicht tragfähig ist.<sup>35</sup>

Die vorrangige Zuständigkeit der Kantone für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf ihrem Gebiet ist nach Art. 3 und Art. 43 BV eine originäre Kompetenz, selbst wenn dem Bund gewisse punktuelle Zuständigkeiten im Bereich der inneren Sicherheit zukommen.<sup>36</sup> KURT EICHENBERGER begründet diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung nicht zuletzt damit, dass die Kantone Staatscharakter haben und zu deren Staatlichkeit auch eben die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gehört.<sup>37</sup> Ähnlich betont PETER SALADIN, dass die Wahrung der öffentlichen Sicherheit eine notwendige Staatsaufgabe ist, die insbesondere in Bundesstaaten auf der gliedstaatlichen Ebene wahrzunehmen ist.<sup>38</sup> Insgesamt ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass der Bund im Bereiche der innerstaatlichen öffentlichen Sicherheit nur fragmentarische Zuständigkeiten hat, die ausnahmsweise ausschliesslich sind,<sup>39</sup> sonst aber teils konkurrierend und teils parallel im Verhältnis zu denjenigen der Kantone stehen.<sup>40</sup> Für die breitgefächerten polizeilichen Aufgaben, die mit der Umsetzung und Anwendung des Schengener Besitzstands verbunden sind, gibt es jedoch aus diesen punktuellen, fragmentarischen Bundeskompetenzen ebenfalls keine ausreichende Grundlage für eine generelle Zuständigkeit des Bundes für die öffentliche Sicherheit an und hinter der Landesgrenze.

Demgegenüber wird herkömmlicherweise argumentiert, dass der Bund auf Grund von Art. 54 und Art. 58 BV eine grundsätzlich umfassende und überwiegend ausschliessliche Kompetenz im Bereich der äusseren Sicherheit habe.<sup>41</sup> Auch das wiederum ist differenziert zu sehen. So ist der Bund in den auswärtigen Angelegenheiten zunächst an die materielle Grundordnung der

---

<sup>35</sup> Vgl. ALEXANDER RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 1981, 892; RAINER J. SCHWEIZER/GABRIELA KÜPFER, *St. Galler Kommentar*, a.a.O. (Fn. 27), Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 4; MARKUS H.F. MOHLER, *Vernetzung von Sicherheit*, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.) *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, J, Rz. 122 ff., 230. Zurückhaltend BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 57 Rz. 4.

<sup>36</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit Commentaire de la Constitution Fédérale Suisse*, Zürich 2003, Art. 57 Rz. 2; SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar*, a.a.O. (Fn. 27), Art. 57 Rz. 7 ff.

<sup>37</sup> KURT EICHENBERGER, *Kommentar aBV*, Loseblattsammlung, Stand Juni 1988, Art. 102 Rz. 149 ff., insb. Rz. 156.

<sup>38</sup> PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, Bern et al. 1995, 186 f.

<sup>39</sup> Wohl bezüglich der Normierung des Staatsschutzes; vgl. RAINER J. SCHWEIZER, *Notwendigkeit und Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Staatsschutzes*, ZBI 1991, 300.

<sup>40</sup> Vgl. SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar*, a.a.O. (Fn. 27), Art. 57 Rz. 7 ff.

<sup>41</sup> So RUCH, a.a.O. (Fn. 35), 896; BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 57 Rz. 5.

Verfassung gebunden.<sup>42</sup> Es wäre auch mit Bezug auf die aussenpolitischen Aufgaben des Landes nicht richtig, die sicherheitspolizeiliche Zuständigkeit der Kantone ausschliesslich auf ihr Staatsgebiet beschränkt zu sehen. Denn die Kantone, jedenfalls diejenigen 18 Kantone mit einer Grenze zu einem Nachbarstaat, müssen im Rahmen ihrer originären sicherheitspolitischen Zuständigkeit selbstverständlich befugt sein, mit dem benachbarten Ausland Verträge abzuschliessen, wie dies jetzt Art. 56 Abs. 1 BV auch allgemein anerkennt.<sup>43</sup> Entsprechend haben die Kantone vielerlei Verträge und Absprachen mit dem benachbarten Ausland über Gegenstände der Polizei und des Bevölkerungsschutzes abgeschlossen. Ausgenommen von der Befugnis der Kantone zum Abschluss von polizeirelevanten Verträgen mit dem Ausland sind nur Bereiche, in welchen der Bund bereits eine Regelung getroffen hat.<sup>44</sup> Es wäre sowohl in der Sache – von den Aufgaben der öffentlichen Sicherheit her – als auch im Lichte der Bundesverfassung falsch, wenn man die Vorstellung pflegt, dass der Bund gleichsam allein Hüter des Grenzgebietes ist und die Kantone erst nach der Grenzzone für die öffentliche Sicherheit zuständig sind. Die ganze Problematik dieser offensichtlich gegenwärtig gepflegten Vorstellung wird einem dann bewusst, wenn man sich vorstellt, dass die Schweiz nicht nur Schengen-Mitglied, sondern auch ein EWR- oder ein EU-Mitgliedstaat wäre, womit die Zollkontrollaufgaben an der Landesgrenze weitestgehend dahinfiele.<sup>45</sup> Dann hätten die EZV bzw. ihr Hauptarm, das GWK, nach Bundesverfassungs- und Bundesgesetzesrecht nur noch ganz wenige spezialpolizeiliche Aufgaben an der Grenze zu erfüllen. Doch unabhängig von dieser Perspektive ergeben sich die begrenzten verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes schon aus einer korrekten Auslegung der geltenden BV.

## 2. Fehlende verfassungsrechtliche Grundlagen für die sicherheitspolizeilichen Aufgaben der Eidgenössischen Zollverwaltung

Mit der Totalrevision des Zollgesetzes (ZG) im Jahr 2005 hat das GWK als mit Abstand grösster uniformierter und bewaffneter (Polizei-)Verband des

---

<sup>42</sup> BERNHARD EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 54 Rz. 13; vgl. auch RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 3563 f.

<sup>43</sup> Dies galt bereits im Rahmen von Art. 9 aBV. Vgl. PFISTERER, a.a.O. (Fn. 27), Art. 56 Rz. 10 ff.; MOHLER, a.a.O. (Fn. 35), Rz. 80, m.w.H.

<sup>44</sup> Vgl. Botschaft zur neuen Bundesverfassung, BBl 1997 I 232; MOHLER, a.a.O. (Fn. 35), Rz. 80 ff.

<sup>45</sup> Nach Anhang A Art. 2 Abs.1 des Assoziierungsabkommens muss die Schweiz die Bestimmungen des SDÜ über die Warenkontrolle (Art. 2 Abs. 4, Art. 4 und Art. 120-125 SDÜ) nicht übernehmen. Vgl. SCHREIER/CONTIN, a.a.O. (Fn. 14), 298 ff.

Bundes (Art. 92 Abs. 1 ZG) und als dessen wichtigstes polizeiliches Exekutivorgan endlich eine einigermaßen ausreichende gesetzliche Grundlage für seine polizeilichen Tätigkeiten erhalten.<sup>46</sup> Wie oben erwähnt, wird die EZV mit dem GWK und weiteren Zollverwaltungsorganen auch für sicherheitspolizeiliche Aufgaben im Grenzraum eingesetzt. Der Bundesrat erklärt in der Botschaft vom 15. Dezember 2003, dass Art. 133 BV zwar die bedeutendste Verfassungsgrundlage für das Zollgesetz sei. In der Botschaft wird jedoch weiter ausgeführt:

„Indessen regelt der (Gesetzes-)Entwurf auch die Überwachung und Kontrolle des Personenverkehrs über die Zollgrenze (Art. 1 lit. a). Diese Massnahmen erfolgen im Interesse der Sicherheit der Schweiz. Deshalb ist als weitere Verfassungsgrundlage Art. 57 heranzuziehen, wonach Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung sorgen und ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit koordinieren.“<sup>47</sup>

Bis zur Totalrevision des ZG war die grenzpolizeiliche Kontrolle von Personen im Zollgesetz nicht erwähnt; sie beruhte lediglich auf einem Kreisreiben des EJPD vom 14. Mai 1964 an die Polizeidirektionen der Kantone, wonach die Übertragung von Personenkontrollen an der Grenze auf das GWK gestützt auf Art. 69<sup>ter</sup> aBV (heute Art. 131 BV) als verfassungsrechtlich zulässig erachtet wurde. Doch die Passkontrolle wiederum wurde auch später noch als kantonale Kompetenz angesehen.<sup>48</sup> Aufschlussreich ist vor allem Art. 9 des Ausländergesetzes vom 6. Dezember 2005 (AuG)<sup>49</sup>, dessen Art. 9 Abs. 1 festhält, dass die Kantone auf ihrem Hoheitsgebiet die Personenkontrolle ausüben. Art. 9 Abs. 2 AuG bestimmt, dass der Bundesrat im Einvernehmen mit den Grenzkantonen die Personenkontrolle durch den Bund im Grenzraum regelt.

Zum jetzt vom Bund angerufenen Art. 57 BV ist die Lehre einhellig der Auffassung, die auch durch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung bestätigt wird,<sup>50</sup> dass dieser Verfassungsartikel einen „nicht kompetenzbegründenden Handlungsauftrag“ statuiert.<sup>51</sup> Art. 57 Abs. 1 setzt eine Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in sicherheitspolitischen Fragen voraus. Dieser Auffassung folgt wohl auch die Bundesverwaltung.<sup>52</sup> Hingegen beansprucht der Bund in jüngster Zeit eine Rechtsetzungskompetenz gestützt auf

---

<sup>46</sup> Diese konnten sich bisher nur sehr begrenzt auf Art. 59 und Art. 137 f. aZG stützen.

<sup>47</sup> Botschaft ZG, 675. Zu Art. 96 ZG heisst es in der Botschaft, 658: „Die Zollverwaltung verfügt bis heute auf Gesetzesstufe über keinen eigenständigen sicherheitspolizeilichen Auftrag. In Anbetracht der Bedeutung des Beitrags, den das Grenzschutzkorps im Bereich der inneren Sicherheit leistet, rechtfertigt sich die Aufnahme einer gesetzlichen Bestimmung...“.

<sup>48</sup> BBl 1973 III 757 und 1978 II 201. Vgl. ARPAGAU, a.a.O. (Fn. 33), Rz. 65 Fn. 177.

<sup>49</sup> SR 142.20.

<sup>50</sup> Vgl. namentlich das Votum von Bundesrat KOLLER, Amtliches Bulletin 1998, 928 f.

<sup>51</sup> BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 57 Rz. 2, m.w.H.

<sup>52</sup> Vgl. LINSI, a.a.O. (Fn. 34), 471.

die Koordinationspflicht nach Abs. 2 von Art. 57 BV.<sup>53</sup> Doch auch diese Koordinationspflicht nach Abs. 2 hat nach fast einhelliger Lehre keine kompetenzbegründende Wirkung, sondern knüpft vielmehr an anderweitig begründende (ausdrückliche oder stillschweigende) Kompetenzen an.<sup>54</sup> Damit ergibt sich wiederum, dass der Bund im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, jedenfalls soweit sie im Inland gewährleistet werden muss, sehr wohl verschiedene fragmentarische Kompetenzen hat, aber *keine generelle Verfassungskompetenz für eine Grenzpolizei* im schweizerischen Grenzraum.

Diese Auslegung der BV wird schliesslich durch diejenige von Art. 58 BV bestätigt. Das zentrale Machtinstrument der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Wahrung ihrer Sicherheit gegen aussen ist die Armee. Diese aber hat nach Art. 58 Abs. 2 BV, soweit es nicht um die Wahrung der Unabhängigkeit des Landes und die Landesverteidigung geht, nur einen subsidiären Auftrag zugunsten der zivilen Behörden von Bund und Kantonen bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen (Art. 58 Abs. 2 2. Satz),<sup>55</sup> was allerdings auch mit ihren begrenzten funktionellen Fähigkeiten zur Wahrnehmung von Polizeiaufgaben zusammenhängt.<sup>56</sup> Für die Armee wurde somit in Art. 58 Abs. 2 2. Satz BV ausdrücklich festgehalten, dass sie – ausserhalb des Grundauftrags nach Abs. 2 1. Satz – nur eine subsidiäre und ausserordentliche Zuständigkeit zum Schutz der Landesgrenzen hat. Schon von daher gesehen lässt sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen, dass der Bund für ein in der BV nirgends vorgesehenes polizeiliches Exekutivorgan eine allgemeine, reguläre Zuständigkeit an und hinter der Grenze beanspruchen kann.

Demgegenüber liesse sich einwenden, dass die Staatspraxis im schweizerischen Grenzraum seit Jahren zunehmend auf das GWK als Ergänzung der chronisch personell unterdotierten kantonalen Polizei abstellt. Doch dies hätte nach dem Konzept der Nachführung in der Bundesverfassung vom 19. April 1999 berücksichtigt werden müssen.<sup>57</sup> Aber der Verfassungsgeber hat eben gerade im Bereich der inneren und öffentlichen Sicherheit die Nachführung der Verfassung nicht geleistet, weshalb diese noch ansteht und nicht wenige

---

<sup>53</sup> Vgl. Botschaft zum Zwangsanwendungsgesetz (ZAG), BBl 2006 2515, unter Berufung auf die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit v. 21.3.1997 (BWIS), SR 120, mit Bezug auf Massnahmen gegen Gewalt bei Sportveranstaltungen, BBl 2005 5613, 5638; ähnlich Botschaft zum Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes v. 24.5.2006 (BPI), BBl 2006 5090. Weitere Hinweise bei LINSI, a.a.O. (Fn. 34), 473 f.

<sup>54</sup> BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 57 Rz. 10; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 57 Rz. 10; MARKUS SCHEFER, BWIS I: Kompetenzen und Grundrechte, digma 2006, 61; vgl. zudem ANDREAS LIENHARD/PHILIPPE HÄSLER, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer, a.a.O. (Fn. 35), C, Rz. 5 ff.; nur LINSI, a.a.O. (Fn. 34), 477 f., plädiert immerhin, aber auch nur für eine „pragmatische Lösung für begrenzte Einzelfälle“.

<sup>55</sup> HANSJÖRG MEYER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 58 Rz. 16 ff.

<sup>56</sup> MOHLER, a.a.O. (Fn. 35), Rz. 206.

<sup>57</sup> Zur Kritik der Kantone am E ZG vgl. Botschaft ZG, 586 f.

Jahre später durch Verfassungs(um)interpretation bewältigt werden kann.<sup>58</sup> Dass es im Bereiche der öffentlichen Sicherheit neben den Kompetenzen der Kantone vermehrt parallele Bundesverfassungskompetenzen braucht, ist kaum zu bestreiten.<sup>59</sup> Für die polizeilichen Aufgaben an der Grenze muss aber eine *präzise, ausgemessene Bundeskompetenz noch geschaffen* werden, unter Diskussion aller wesentlichen Sachfragen, wie etwa die der Personenkontrollen in den Zügen durch das GWK.

### 3. Ist der Bund verfassungsrechtlich befugt zur Übernahme kantonaler Aufgaben nach Art. 97 Zollgesetz?

In seiner Botschaft begründet der Bundesrat den Vorschlag von Art. 97 ZG damit, dass *de facto* in den vergangenen Jahren fast alle Grenzkantone mit der EZV bzw. dem GWK Vereinbarungen abgeschlossen hätten, mit denen diese bestimmte polizeiliche Tätigkeiten zur selbständigen Ausführung an der Landesgrenze und im Grenzraum übertragen erhalten hätten.<sup>60</sup> Da sich der Bund nach Art. 48 BV im Rahmen seiner Zuständigkeit an Verträgen, die die Kantone miteinander abschliessen, beteiligen könne, bringe die Verfassung zum Ausdruck, dass der Bund dort einen Vertrag mit den Kantonen abschliessen könne (sic!), wo er in einem bestimmten Bereich auf Grund der BV über Rechtsetzungskompetenzen verfüge.<sup>61</sup> Und danach heisst es:

„Der vorliegende Artikel knüpft an die bestehende verfassungsrechtliche Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen an und bildet die Rechtsgrundlage namentlich für solche Fälle, in denen der Vollzug durch Bundesrecht den Kantonen übertragen worden ist, oder für Bereiche, in denen die Praxis gezeigt hat, dass ein Kanton seine Aufgaben im Grenzbereich oft nur in Zusammenarbeit mit der Zollverwaltung sinnvoll erfüllen kann, oder dass er den Vollzug nicht mit eigenen Kräften zu leisten vermag.“<sup>62</sup>

Dass der Bund für Aufgaben der öffentlichen Sicherheit im Grenzraum keine eigenständige, parallele Verfassungszuständigkeit zum Legiferieren hat, wurde vorstehend dargelegt. Damit bleibt höchstens die verfassungsrechtliche Argumentation, dass der Bund dann durch Vereinbarung Aufgaben der Kantone übernehmen könne, wenn diese ihre eigenen Aufgaben nur in Zusammenarbeit mit der Bundesverwaltung sinnvoll erledigt können oder wenn die Auf-

---

<sup>58</sup> Sie aber aus Art. 57 BV abzuleiten, wäre gerade ein *venire contra factum proprium*, denn: „Für den Bundesrat ist die Polizeihoheit grundsätzlich Sache der Kantone“ (Botschaft ZG, 660).

<sup>59</sup> MOHLER, a.a.O. (Fn. 35), Rz. 238.

<sup>60</sup> Vgl. oben Fn. 15.

<sup>61</sup> Unter Verweis auf PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, in: Thüerer/Aubert/Müller, a.a.O. (Fn. 35), 453 ff.

<sup>62</sup> Botschaft ZG, 659.

gabenerfüllung seitens des Kantons nicht mit eigenen Kräften geleistet werden kann.<sup>63</sup> Man könnte geneigt sein, eine solche Argumentation als durch Art. 43a Abs. 1 BV gerechtfertigt anzusehen, wonach der Bund nur die Aufgaben übernimmt, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen. Doch die Grundsätze der föderalistischen Subsidiarität nach Art. 43a BV (neu) sind Leitlinien für eine verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisung, die sich an den Verfassungsgeber richten.<sup>64</sup> Zudem darf die Wendung „welche die Kraft der Kantone übersteigen“ nicht dahingehend verstanden werden darf, dass das Unvermögen oder der Unwille einzelner Kantone schon ausreicht, dass sich der Bundesverfassungsgeber der entsprechenden Aufgaben annehmen darf.<sup>65</sup>

Die vorliegende Konstruktion des Bundesgesetzgebers ist aber vor allem deshalb verfassungsrechtlich bedenklich, weil es die von der Bundesverfassung festgelegte Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen diesen nicht gestattet, auf eine sachgerechte Ausübung ihrer Kompetenzen zu verzichten und ihre Kompetenzen allenfalls gar, wie im vorliegenden Fall, in Verträgen *à la carte*, dem Bund zu übertragen. Soweit Verträge zwischen Bund und Kantonen verfassungsrechtlich überhaupt möglich sind (dazu nachfolgend), ist es jedenfalls nach einhelliger Lehre nicht zulässig, mit diesen die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zu verändern.<sup>66</sup> Damit kann Art. 97 ZG in verfassungsrechtlicher Sicht nur dann seine Rechtfertigung finden, wenn und soweit es um eine reine Aufgabenkoordination zwischen der EZV und der jeweiligen kantonalen Polizei innerhalb ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten geht.

#### 4. Zur Rechtsnatur der im Zollgesetz vorgesehenen Vereinbarung zwischen der Eidgenössischen Zollverwaltung und den einzelnen Kantonen

Nach dem Musterentwurf der KKJPD und dem durch die EZV vertretenen Eidgenössischen Finanzdepartement vom 15. März 2006 schliesst der Bund mit dem jeweiligen Kanton eine fixe „Verwaltungsvereinbarung“ mit variablen „Anhängen“ ab. Die in Art. 97 Abs. 2 ZG angesprochenen Vereinbarungen sind gegenwärtig teils noch in Ausarbeitung, teils bereits beschlossen, aber

---

<sup>63</sup> Botschaft ZG, 659.

<sup>64</sup> Botschaft zur NFA 1, BBl 2002 2458; RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 43a Rz. 5.

<sup>65</sup> Votum INDERKUM, Amtliches Bulletin 2002 Ständerat 857; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 43a Rz. 13; vgl. auch MOHLER, a.a.O. (Fn. 35), Rz. 207.

<sup>66</sup> RHINOW/SCHEFER, a.a.O. (Fn. 42), Rz. 868; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. Zürich 2008, 364 Rz. 1259 und insb. 369 Rz. 1277.

mancherorts nicht amtlich publiziert.<sup>67</sup> Mit der meistens verwendeten Bezeichnung der „Verwaltungsvereinbarung“ soll ausgedrückt werden, dass es um untergeordnete Vollzugsaufgaben der kantonalen Polizei resp. des GWK gehe, über die eine Abmachung zwischen der Kantonsregierung und dem Chef der EZV getroffen werde.<sup>68</sup>

Herkömmlicherweise wird bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Staaten oder Staatsverbänden zwischen rechtsgeschäftlichen und rechtsetzenden Verträgen unterschieden, wobei als rechtsetzend auch mittelbar rechtsetzende Verträge, sog. *executory treaties*, anzusehen sind. Der Charakter einer Verwaltungsvereinbarung kann rechtsgeschäftlich oder rechtsetzend sein, meint also in der Regel ein Abkommen, das administrative Anordnungen trifft, wie z.B. solche über die Abläufe der Verwaltungsarbeit.<sup>69</sup>

Die Überprüfung der vorliegenden Vereinbarungen und Entwürfe zeigt, dass sie zum Teil Verwaltungsinternes regeln. Aber sie enthalten auch rechtsetzende Vorschriften, z.B. über die grenzpolizeilichen Kontrollen im Bahnverkehr (z.B. Art. 11 der Verwaltungsvereinbarung Kanton Thurgau - GWK bzw. EZV), oder über das Bussenverfahren (so z.B. Art. 27 Accord Canton de Valais - Département fédéral des finances [DFF] et Administration fédérale des douanes) oder über das Haftungsregime (z.B. Art. 13 Vereinbarung Kanton Thurgau - GWK bzw. EZV; Art. 13 Accord République et canton du Jura - Confédération Suisse/DFF). Im Fazit handelt es sich teilweise um verwaltungstechnische Absprachen, aber teilweise um staatsrechtliche Vereinbarungen rechtsetzender Natur mit Rechtswirkungen für Private. Zudem wird in allen Vereinbarungen deutlich, dass die Zollorgane nicht der politischen Führung der Polizei des Kantons unterstehen, sondern dass die Einsätze von GWK und Kantonspolizei separat oder fallweise gemeinsam, z.B. durch gemischte Gruppen, unter der Leitung des kantonalen Polizeikommandos oder des GWK, erfolgen.<sup>70</sup> Schliesslich ist auch die zum Teil erhebliche Ausweitung des

---

<sup>67</sup> Vgl. die nur durch Verweisung publizierte Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Kanton Aargau und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit zwischen der Kantonspolizei Aargau und dem Grenzwachtkorps beziehungsweise der Eidgenössischen Zollverwaltung v. 18.10.2006 (GS 535.011).

<sup>68</sup> Interessant ist die Lösung im Kanton Zürich: Hier haben der Kommandant der Kantonspolizei Zürich und der Chef des GWK für die Zusammenarbeit zwischen der Kantonspolizei Zürich und dem GWK am 1. März 2008 einen „gemeinsamen Dienstbefehl“ erlassen, der die kantonale Polizeihoheit unterstreicht (Ziff. 21.1).

<sup>69</sup> Vgl. URSULA ABDERHALDEN, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 48 Rz. 10-15, m.w.H. Der Begriff der Rechtsetzung bestimmt sich nach dem Staatsrecht des jeweiligen Kantons oder des Bundes, also im Bund nach Art. 22 ParlG (SR 171.10). Einlässlich zu Verwaltungsvereinbarungen WILLI BORTER, Demokratiegebot und interkantonales Vertragsrecht, Diss. Freiburg i.Ue. (1976), 150 f.

<sup>70</sup> Festzustellen ist, dass hinsichtlich Verantwortung für Einsatz und Führung des GWK für polizeiliche Aufgaben in den Kantonen gerade die umgekehrte Terminologie als für den Assistenzdienst von Truppen verwendet wird: gemäss Art. 71 Art. 1 und 3 MG (SR 510.10) und Art. 6 VSPS (SR 513.73) trägt die zivile (bzw. auftragerteilende) Behörde die Einsatz- und die Truppe die Führungsverantwortung, während vorliegend, soweit ersichtlich (Bsp: Verwal-

Grenzraumes in den Kantonen, z.B. in Graubünden von der Südgrenze von Campocologno übers Engadin bis nach Tiefencastel, eine staatsrechtliche Frage von Gesetzesrang.

## 5. Zur Vertragsabschlusskompetenz des Bundes und der Kantone

Für Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen gibt es bundesseits bezüglich der Verhandlungs- und Abschlusskompetenz keine verfassungsrechtlichen oder bundesgesetzlichen Vorgaben, wie sie z.B. in der Aussenpolitik nach Art. 166 BV und Art. 24 Abs. 2 und 152 ParlG bestehen. Vorliegend delegiert Art. 97 Abs. 2 ZG die Kompetenz an das EFD, und Art. 97 Abs. 3 ZG ermächtigt zur Subdelegation an die EZV.<sup>71</sup> Ob eine Subdelegation bis auf Stufe Bundesamt und gar Hauptabteilung (GWK) zulässig ist, muss mangels genereller Regelung offen bleiben.<sup>72</sup>

Die BV sieht nur zwei Formen von Verträgen zwischen Bund und Kantonen vor: a) Programmvereinbarungen nach Art. 46 Abs. 2 BV<sup>73</sup>, sowie b) die Beteiligung des Bundes an Konkordaten der Kantone und an darauf gegründeten interkantonalen Institutionen nach Art. 48 Abs. 2 BV<sup>74</sup>. Einzelverträge zwischen dem Bund und einem Kanton waren immer umstritten und kommen jedenfalls sehr selten vor; verfassungsrechtlich sind sie nicht vorgesehen.<sup>75</sup> Aus Art. 48 Abs. 2 BV lässt sich bezüglich des Verfahrens des Vertragsschlusses nichts ableiten.<sup>76</sup> Zu prüfen wäre, ob solche sachlich doch wichtigen Vereinbarungen nicht dem Parlament vorzulegen sind, damit es darüber mindestens nach Art. 29 ParlG Beschluss fasst, und ob unter Umständen solche Verträge nicht dem fakultativen Referendum nach Art. 141 Abs. 1 lit. d BV zu unterstellen wären.<sup>77</sup> Auf jeden Fall ist dort, wo nicht nur wie im Kanton Zürich Zu-

---

tungsvereinbarung zwischen dem Kanton Graubünden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 12.2.2008 i.d.F. v. 5.6.2009, Art. 2 Abs. 1 und 2; Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Kanton Thurgau und der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 1.4.2009, Art. 2 Abs. 3) der jeweilige Kanton die Führungs- und das GWK die Einsatzverantwortung hat.

<sup>71</sup> Das geschah durch Art. 28 ZV-EFD v. 4. April 2007 (SR 631.011). Vgl. auch Botschaft ZG, 659.

<sup>72</sup> Es fehlt eine Begrenzung entsprechend Art. 48 RVOG (SR 172.010).

<sup>73</sup> REGULA KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 46 Rz. 24 ff.; BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 46 Rz. 8 ff.

<sup>74</sup> ABDERHALDEN, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 48 Rz. 27 ff.

<sup>75</sup> ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, 2, 578/9.

<sup>76</sup> BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 48 Rz. 10, sieht in Abs. 2 „kaum normative Substanz“.

<sup>77</sup> Vgl. BIAGGINI, a.a.O. (Fn. 31), Art. 48 Rz. 10, Art. 141 Rz. 11-13. Ein Beispiel für eine Genehmigung durch die Bundesversammlung ist der Vertrag betr. die Verbesserung des Seeabflusses in Luzern v. 9.10.1858 (SR 721.313). Bezüglich des rechtssetzenden Charakters der Vereinbarung wäre es in formeller Hinsicht besser, im Gesetz selber dem Bundesrat die Kom-



ständigkeitsabgrenzungen und -koordinationen in der Polizeiarbeit vorgenommen werden, sondern Rechtsetzung für Betroffene erfolgt, eine Abschluss-Subdelegation nach Art. 97 Abs. 3 an die EZV und gar das GWK abzulehnen.

Auf der Kantonebene geht es darum, ob die kantonale Behörde, die eine Verwaltungsvereinbarung mit der EZV abschliesst, über die entsprechende Kompetenz verfügt oder ob ein Gesetzes- oder gar Verfassungsvorbehalt in Bezug auf solche Vereinbarungen besteht. Die Übertragung polizeilicher Exekutivbefugnisse an ein nicht der Zentralverwaltung des Kantons angehörendes Organ stützt sich in aller Regel auf eine konkrete gesetzliche Grundlage<sup>78</sup>. Diese kann eine Delegationsnorm enthalten. Häufig enthalten die kantonalen Polizeigesetze aber nur ganz bestimmte Ermächtigungen.<sup>79</sup> Der Einbezug des GWK mit der Kompetenz zu *selbständig* auszuübenden polizeilichen Interventionen in das *sicherheitspolizeiliche* Dispositiv eines Kantons hat indessen, genauso wie die regionalen Polizeikonkordate und die Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze (IKAPOL),<sup>80</sup> *staatsvertraglichen Charakter* und bedarf daher der Genehmigung durch die entsprechende gleiche Instanz<sup>81</sup>.

## 6. Extensive Zuweisung von polizeilichen Zwangsmitteln an das GWK

Der u.E. gravierendste Punkt bei der bundesrechtlichen Neuordnung und Ausweitung der grenzpolizeilichen Aufgaben des GWK und weiterer Zollorgane<sup>82</sup> ist die extensive Regelung der Zwangsmittel. Wie erwähnt, führen Art. 100 - 109 ZG verschiedene polizeiliche Eingriffsbefugnisse bzw. -mittel ein. Diese sind grundsätzlich auf die spezifischen Kontrollaufgaben der Zollverwaltung ausgerichtet. In den Art. 222 - 227 und 229 - 232 der Zollverordnung werden nun aber durch den Verordnungsgeber nicht nur die gesetzlichen Befugnisse von Art. 101 ff. ZG konkretisiert, sondern noch weitere Eingriffsmittel statuiert, darunter eine breite Palette von Waffen und anderen Zwangsmitteln (Art.

---

petenz zum Abschluss entsprechender Verträge zu erteilen, womit allerdings die doppelte verfassungsrechtliche Problematik nicht beseitigt würde.

<sup>78</sup> Vgl. z.B. BS § 111 Abs. 5 BV (SG 111.100); § 5 PolG BS (SG 510.100), Einheit der Polizeigewalt, verunmöglicht ohne Gesetzesänderung eine Übertragung exekutiver Polizeibefugnisse an andere als die Kantonspolizei mit Ausnahme der Gemeinden gemäss § 68 Abs. 1 PolG BS.

<sup>79</sup> Z.B. Art. 19 Polizeigesetz SG (GS 451.1).

<sup>80</sup> Vgl. BE BSG 559.13.

<sup>81</sup> Vgl. § 3 Polizeigesetz TG (SG 551.1) und z.B. ANDREAS BAUMANN Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, 2006, Rz. 125 ff. zu § 8 Abs. 2 Polizeigesetz, i.V.m. § 82 Abs.1 lit. d KV AG und § 10 Organisationsgesetz AG.

<sup>82</sup> Die Polizeiaufgaben werden nicht nur durch das speziell ausgebildete und geführte GWK, sondern bei Bedarf auch durch weitere Organe der Eidgenössischen Zollverwaltung wahrgenommen, vgl. Art. 228 Zollordnung (ZV, SR 631.01).

227 ZV). Damit nicht genug, hat der Bundesgesetzgeber 2008 den Abs. 1<sup>bis</sup> in Art. 100 ZG eingefügt:

„Soweit das vorliegende Gesetz keine besonderen Bestimmungen enthält, ist das Zwangsangwendungsgesetz vom 20. März 2008<sup>83</sup> anwendbar.“

Damit erfahren die ohnehin schon breiten Zwangsbefugnisse der EZV bzw. der GWK eine erhebliche Ausweitung, z.B. indem jetzt auch die Mittel nach Art. 9, 11, 15 oder 20 ZAG zur Verfügung stehen.<sup>84</sup> Art. 16 ZAG bringt - angesichts der verschiedenen in diesem BG vorgesehenen Zwangsmittel - richtigerweise den Grundsatz zum Ausdruck, dass die *Auswahl* der gesetzlich möglichen Zwangsmittel Aufgaben bezogen und spezifisch erfolgen muss; das soll der Bundesrat mit entsprechenden Listen anordnen. Doch die Verordnung zum ZAG<sup>85</sup> dehnt ihrerseits die Eingriffsbefugnisse aus, insbesondere mit weitreichenden Bestimmungen über Waffen und Munition (Art. 7-12 ZAV)<sup>86</sup>, enthält aber nur für den Transport von Personen, die Freiheitsbeschränkungen unterstehen, eine systematische, auf die Aufgaben bezogene Auswahl der Eingriffsmittel.

Der verfassungsrechtliche Befund ist klar: Der Bund hat durch den Verordnungsgeber in der ZV und der ZAV Grundrechtseingriffe legitimiert, die, wie der Schusswaffen- und Munitionsgebrauch, durchwegs *sehr schwer* sein können, und er hat damit gegen Art. 36 Abs. 1 2. Satz BV in verschiedener Beziehung verstossen,<sup>87</sup> ebenso und vor allem aber auch gegen die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu Art. 2 und 3 EMRK entwickelten Grundsätze.<sup>88</sup> Mit der sachlich nicht nachvollziehbaren Ausdehnung der Zwangseingriffe durch Art. 100 Abs. 1<sup>bis</sup> ZG auf das gesamte Zwangsangwendungsrecht wurde das verfassungsrechtliche Verhältnismässigkeitsgebot missachtet. Diesem entspricht auch die Formulierung in Art. 229 Abs. 1 lit. b ZV nicht. Im Sinne von Art. 16 ZAG sollte für die zollpolizeilichen, die sicherheitspolizeilichen und die spezialgesetzlichen Aufgaben (z.B. phytosanitari-

---

<sup>83</sup> SR 364.

<sup>84</sup> Zu den Zwangsmitteln des ZAG: COLETTE ROSSAT-FAVRE, *Autorités et usage de force; quelles limites?*, LeGes 2008/3, 415 ff.

<sup>85</sup> Verordnung über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsangwendungsverordnung, ZAV) v. 12.11.2008 (SR 364.3).

<sup>86</sup> So bestimmt Art 11 Abs. 1 ZAV, dass Destabilisierungsgeräte und Feuerwaffen gegen Personen eingesetzt werden dürfen, „die eine schwere Straftat begangen haben oder ernsthaft im Verdacht stehen. eine schwere Straftat begangen zu haben“. Und Abs. 3 bestimmt: „Als schwere Straftat gilt eine ernsthafte Beeinträchtigung gegen Leib und Leben, der Freiheit, der sexuellen Integrität oder der öffentlichen Sicherheit“ (sic!). Art. 12 ZAV nennt im Weiteren die zulässigen Munitionstypen, incl. der Munition mit kontrollierter Explosionswirkung.

<sup>87</sup> Näheres bei SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 36 Rz. 12 ff.

<sup>88</sup> Vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Aufl. 2008, 135 ff., zu den Ausnahmen von Art. 2 Abs. 2 EMRK, sowie 153 ff., zu Art. 3 EMRK als absolutes Recht; siehe auch Hinweise auf Urteile des EGMR bei SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Art. 10 Rz. 14; Art. 36 Rz. 13 ff.; ferner EGMR, *Leonidis/Griechenland*, Urteil v. 5.6.2009, 43326/05 (FINAL), § 36.

sche Kontrollen oder Verkehrskontrollen) eine je differenzierte und begrenzte Liste der zulässigen Zwangsmittel rechtsverbindlich festgelegt werden. Ferner verfügt das GWK heute bundesrechtlich, namentlich beim Schusswaffengebrauch, über Eingriffsbefugnisse, die teilweise weit über diejenigen der kantonalen Polizeigesetze hinausreichen. Das trifft die Menschen unmittelbar, wenn ein Kanton kantonale sicherheitspolizeiliche Aufgaben nach Art. 97 ZG dem GWK durch eine Verwaltungsvereinbarung überträgt.

Zudem steht Art. 100 Abs. 1<sup>bis</sup> ZG in Bezug auf sicherheitspolizeiliche Zwangsmassnahmen in einem Spannungsverhältnis zu Art. 1 und 3 ZAG. Dieses Gesetz ist auf „Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes“ (Art. 1) bzw. „im Bereich der Verfahrensgesetze des Bundes“ beschränkt, während Art. 100 Abs. 1<sup>bis</sup> ZG als „Auffang-Zwangskompetenzregelung“ für das GWK formuliert ist. Damit ergibt sich ein *Widerspruch zur kantonalen Polizeihohheit*, wenn und soweit das GWK auf Grund einer sicherheitspolizeilichen Kompetenzübertragung *für den Kanton* handelt.

Schliesslich resultiert für die Angehörigen des GWK gerade im heikelsten Bereich polizeilicher Befugnisse eine gänzlich unüberschaubare Rechtslage: Es bestehen damit drei verschiedene Rechtsgrundlagen für die Anwendung polizeilichen Zwangs: das ZG und die ZV, dann das ZAG mit der ZAV sowie und das kantonale Polizeigesetz. Zudem können die Mittel gemäss Art. 14 ff. ZAG noch begrenzt werden (was bisher – soweit ersichtlich – nicht erfolgt ist). Damit ist die *Rechtssicherheit* sowohl für die Anwendungsorgane, z.B. auf gemeinsamen Patrouillen, wie für die betroffene Bevölkerung bedenklich beeinträchtigt.

## 7. Defizite in der Regelung des Rechtsschutzes

Die Kantone mussten den gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber Grundrechtseingriffen kantonaler Polizeibehörden innert zwei Jahren nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG),<sup>89</sup> d.h. bis zum 31. Dezember 2008, regeln.<sup>90</sup> Damit ist der Rechtsschutz zumindest über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG bis vor Bundesgericht gewährleistet; dies ungeachtet von Art. 83 lit. a BGG, wonach auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit die Beschwerde an das Bundesgericht unzulässig ist, soweit das Völkerrecht keinen entsprechenden Anspruch gewährt. Demgegenüber fehlt eine klare Regelung des gerichtlichen Rechtsschutzes in

---

<sup>89</sup> SR 173.110.

<sup>90</sup> Solange in den Kantonen die gemäss Art. 130 Abs. 3 BGG erforderlichen Rechtssätze nicht erlassen sind, können sich Beschwerdeführer direkt gestützt auf Art. 29a BV und Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht wenden; vgl. ESTHER TOPHINKE, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 2006, 88 ff., 106.

Bezug auf Verfügungen und Realakte des GWK. Art. 116 ZG sieht gegenüber Verfügungen der Zollstellen einen Rechtsweg vor, der zunächst über verwaltungsinterne Instanzen, Zollkreisdirektion bzw. Oberzolldirektion, verläuft und dann über das Bundesverwaltungsgericht zum Bundesgericht führt. Der Rechtsschutz gegenüber Realhandlungen des GWK und anderer Zollorgane wird im ZG nicht erwähnt, richtet sich aber offenbar gemäss Art. 116 Abs. 4 ZG nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege.<sup>91</sup> Hier greift zunächst Art. 25a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), der – vereinfachend gesagt – bei Realakten den Erlass einer anfechtbaren Feststellungsverfügung vorsieht, wenn ein Betroffener dies verlangt.<sup>92</sup>

Allerdings schliessen sowohl Art. 32 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) als auch Art. 83 lit. a BGG den gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber Verfügungen und Entscheiden auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes aus.<sup>93</sup> Angesichts dieser derzeitigen gesetzlichen Regelung ergeben sich insbesondere folgende Fragen:

- Welche Realakte des GWK gelten als Entscheide auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes und sind als solche nicht justiziabel (unter Vorbehalt etwa einer Verletzung von Art. 8 EMRK)?<sup>94</sup>
- Wie und nach welchem Verfahrensrecht sind Realakte des GWK im sicherheitspolizeilichen Rahmen eines Kantons gerichtlich überprüfbar?<sup>95</sup>
- Nach welchem Verfahrensrecht werden Realakte von GWK-Angehörigen beurteilt, welche diese im Rahmen gemeinsamer Patrouillen, aber ohne

---

<sup>91</sup> ARPAGAUS, a.a.O. (Fn. 12), 258 f.

<sup>92</sup> Zur Justiziabilität von Realakten vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Zur Anfechtbarkeit polizeilich intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, AJP 2007, 461 ff.

<sup>93</sup> Zur Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit an das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG vgl. JÉRÔME CANDRIAN, La question du recours au Tribunal administratif fédéral dans les affaires relevant des relations extérieures, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, 2008, 323 ff.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. X, 2008, 10 f. sowie BVGer, Urteile v. 14.3.2008, C-7589/2007, E. 11 ff., und v. 11.9.2008, C-1123/2006, E. 1.1. Zur Beschränkung des Rechtswegs an das Bundesgericht nach Art. 83 lit. a BGG vgl. THOMAS HÄBERLI, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, Art. 83 Rz. 17 ff. sowie BGer 1A.210/2005 v. 29.3.2006 zu Art. 100 Abs. 1 lit. a aOG, E. 1; BGE 133 II 450, E. 2.2.

<sup>94</sup> Welche Handlungen des GWK gelten demnach als „actes de gouvernement“? Wie verhält es sich z.B. mit Wegweisungen an der Grenze nach Art. 8 AuG? Zum Ausschlussgrund der inneren und äusseren Sicherheit vgl. auch BGE 132 II 342, 345.

<sup>95</sup> So führt das GWK in den auf der Gotthardlinie verkehrenden internationalen Zügen auf dem Gebiet des Kantons Uri Kontrollen durch, welche auf einer Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bund und dem Kanton Uri betreffend die Zusammenarbeit zwischen dem Grenzwachtkorps und der Kantonspolizei beruhen; vgl. den Regierungsratsbeschluss Nr. 2009-197 R-101-10 v. 17.3.2009.

konkreten Auftrag der beteiligten kantonalen Polizeiangehörigen ausführen?<sup>96</sup>

Es kann nicht sein, dass für gleiche oder vergleichbare intervenierende polizeiliche Realakte mit Bezug auf den gerichtlichen Rechtsschutz unterschiedliche Regeln gelten. Dies entspricht nicht dem Sinn der Justizreform, die insbesondere auf die Vereinfachung von Rechtswegen und Verfahren angelegt war.<sup>97</sup> Es sollte gerade vermieden werden, dass in einer gleichen Rechtssache zwei unterschiedliche Rechtsmittel eingelegt werden müssen.<sup>98</sup>

Es bedarf also einer präziseren Umsetzung der Rechtsweggarantie bei polizeilichen Handlungen oder Unterlassungen namentlich des GWK im Zusammenhang mit der Umsetzung der sicherheitspolizeilichen Aufgaben gemäss SAA und DAA. Bis anhin hat das Bundesverwaltungsgericht lediglich Fälle beurteilt, in denen solche polizeiliche Handlungen ersatzweise angefochten wurden, z.B. im Rahmen von Beschwerden wegen Verletzung von Datenschutzrechten oder im Zusammenhang mit Schadenersatzforderungen nach Staatshaftungsrecht.<sup>99</sup> Eine faktische Beschränkung des Rechtsschutzes gegenüber polizeilichem Handeln im Rahmen von Schengen entspräche jedoch weder dem Sinn der Justizreform noch der völkerrechtlichen Rechtsweggarantie von Art. 13 EMRK.<sup>100</sup>

### III. Ausblick

Der Ausbau der innerstaatlichen Personenkontrollen und anderer präventiver und repressiver Polizeimassnahmen in der Folge der Umsetzung von Schengen ist offensichtlich vorwiegend aus administrativer Perspektive und insbesondere auf Seiten des Bundes ohne eine vertiefte Abklärung der Frage erfolgt, ob die entsprechenden Massnahmen mit den Vorgaben der Bundesverfassung und der EMRK vereinbar sind. Dies, obwohl es vorliegend um exekutives polizeiliches Handeln geht, das täglich zahlreiche Personen unmittelbar persönlich betrifft und alle Personen, die sich in der Schweiz aufhalten, betreffen kann.<sup>101</sup>

---

<sup>96</sup> MOHLER, a.a.O. (Fn. 92), 469.

<sup>97</sup> Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4208.

<sup>98</sup> Botschaft, a.a.O. (Fn. 97), 4213 ff.

<sup>99</sup> Vgl. BVGer, Urteile v. 26.6.2007, A-2482/2007 sowie v. 17.1.2008, A-1790/2006 (letzteres mit einer unvollständigen Rechtsmittelbelehrung zu Art. 85 BGG).

<sup>100</sup> Dazu RAINER J. SCHWEIZER, Art. 13 EMRK, in: Heribert Golsong et al. (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 4. Lfg. 2000.

<sup>101</sup> Vgl. das oben erwähnte Urteil des BVGer v. 17.1.2008, A-1790/2006.

Dass die schweizerische Sicherheitsverfassung<sup>102</sup> dringend der Überprüfung und präzisen Ergänzung bedarf, hat die vorliegende Untersuchung neuerlich gezeigt. Die besprochenen Regelungen zu den sicherheitspolizeilichen Kompetenzen des GWK in den Kantonen scheinen auf einer Vermischung inhärenter und impliziter Kompetenzen des Bundes zu beruhen. Zudem machen sie eine Überdehnung der Vorstellungen über die dem Bund zustehenden impliziten Kompetenzen deutlich. Diese Vorstellungen finden keine Grundlage in der nachgeführten Kompetenzaufteilung, welche die BV im Polizeibereich zwischen Bund und Kantonen vornimmt. Es mangelt hier an der materiellen Verfassungskonformität. Dem entspricht eine starke Tendenz des Bundes, über eine rein teleologische Verfassungsinterpretation zu pragmatischen „Kompetenzabrundungen“ zu gelangen. Diese Argumentationsweise geht mit einer rein formellen Beachtung des Legalitätsprinzips einher, was nicht genügen kann.<sup>103</sup> Als verfassungsrechtlich besonders gravierend erscheint die Vorstellung von Art. 97 ZG, wonach die Kantone in Vereinbarungen geradezu *à la carte*, d.h. nach Belieben, hoheitliche Polizeiaufgaben an die EZV bzw. das GWK abtreten könnten. Starke verfassungsrechtliche Bedenken weckt auch die extensive Ausstattung des GWK mit polizeilichen Zwangsbefugnissen. Diese gehen zum Teil weit über die praktischen Bedürfnisse der einzelnen Kontrollaufgaben hinaus. Zudem könnten die weitgefächerten Polizeibefugnisse des GWK zu Rechtsunsicherheit führen, wenn Grundrechtseingriffe ohne hinreichende Rechtfertigung erfolgen und die Betroffenen Rechtsschutz begehren. Es wäre zu begrüßen, wenn die hier angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragen staatspolitisch diskutiert und vom Verfassungs- und Gesetzgeber in Bund und Kantonen in grundsätzlicher Weise gelöst würden.

---

<sup>102</sup> Zu dieser Teilverfassung vgl. SCHWEIZER/KÜPFER, St. Galler Kommentar, a.a.O. (Fn. 27), Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 1.

<sup>103</sup> Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008/3, 379 ff.