

Sicherheitsverfassung

Daniel Moeckli*

I.	›Sicherheitsverfassung‹	629
II.	Zentrale Konzepte	630
	1. Sicherheit	630
	2. Äussere – innere Sicherheit	631
	3. Verhältnis Sicherheit – Freiheit	632
III.	Föderale Kompetenzverteilung	633
	1. Grundsätze	633
	2. Kompetenzen des Bundes	633
	3. Kompetenzen der Kantone	636
	4. Kompetenzen der Gemeinden	638
	5. Koordination bzw. Kooperation	639
	6. Fazit	640
IV.	Organkompetenzen im Bund	641
V.	Auslagerung von Sicherheitsaufgaben auf Private	643
VI.	Sicherheitspolitische Instrumente	647
	1. Grundsätze	647
	2. Armee	647
	3. Nachrichtendienst	649
	4. Polizei	650
VII.	Rechtsschutz	650
VIII.	Schluss	651

I. ›Sicherheitsverfassung‹

Der Begriff ›Sicherheitsverfassung‹ wird unterschiedlich verwendet. Manche beschreiben 1 damit jene Verfassungsnormen, welche die Aufgaben und Zuständigkeiten in den Bereichen der inneren und äusseren Sicherheit regeln.¹ Andere fassen darunter eine ganze Reihe weiterer Bestimmungen der Bundesverfassung, von den Zielvorgaben betreffend Nachhal-

* Ich danke meiner Mitarbeiterin MLaw Alessandra Chies für ihre wertvolle Unterstützung bei der Recherche.

1 Hansjörg Meyer, Grundaufgaben des modernen Rechtsstaates, Teil II: Grundaufgabe der Armee und weitere Aufgaben des Staates, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, N. 40.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

tigkeit über das Post- und Fernmelderegal bis hin zu (fast) allen Grundrechten.² Darüber hinaus sollen etwa grosse Teile der UN-Charta, die Menschenrechtspakte und zahlreiche weitere völkerrechtliche Verträge Teil der ›materiellen Sicherheitsverfassung‹ bilden.³ Man kann sich mit Fug und Recht fragen, ob die – auch dem vorliegenden Werk zugrunde liegende – Aufteilung der Bundesverfassung in verschiedene Bereichsverfassungen überhaupt sinnvoll erscheint.⁴ Soweit auf das Konzept einer ›Sicherheitsverfassung‹ abgestellt wird, muss dieses auf jeden Fall einigermaßen eng gefasst werden, sollen seine Konturen nicht völlig verwischen. Es umfasst die der Sicherheit des Landes und der Bevölkerung gewidmeten Art. 57–61 BV, die Zielvorgabe von Art. 2 Abs. 1 BV, die Kompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 BV) und des Strafrechts (Art. 123 BV), die Bestimmung zur Bundesintervention (Art. 52 Abs. 2 BV) sowie die Zuständigkeitsregelungen von Art. 166, Art. 173 Abs. 1 lit. a–d, Art. 184 und Art. 185 BV. Über die Bundesverfassung hinaus entfalten auch das kantonale Verfassungsrecht und gewisse Menschenrechtsverträge, insbesondere die EMRK, eine grosse Tragweite im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit; die Sicherheit ist ein geradezu typischer Regulationsgegenstand einer ›Mehrebenenverfassung‹⁵.

II. Zentrale Konzepte

1. Sicherheit

- 2 Eine politisch neutrale Definition von ›Sicherheit‹ ist unmöglich; es lässt sich keine Einigkeit darüber herstellen, was genau unter dem Begriff zu verstehen ist.⁶ Gemeinhin wird ›Sicherheit‹ sehr abstrakt als Abwesenheit von Gefahr umschrieben.⁷ Nach dem traditionellen Verständnis von Sicherheit liegt der Fokus dabei auf dem Staat: seinem Territorium, seinen Institutionen, seiner Bevölkerung. Der Staat ist Schutzobjekt, andere Staaten stellen die Gefahrenquelle dar.⁸ Diesem Konzept der *nationalen* Sicherheit wird in letzter Zeit vermehrt jenes der ›menschlichen Sicherheit‹ (*human security*) entgegengestellt. Zentraler Referenzpunkt ist demnach der einzelne Mensch: sein Leben, sein wirtschaftliches Auskommen, seine Rechte. Staatliche Sicherheitsgewährleistung soll den grundlegenden Bedürfnissen

2 Markus H.F. Mohler, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, N. 70 f.

3 Schweizer/Mohler, St. Galler BV-Komm., Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, N. 1.

4 Vgl. Biaggini, Komm. BV, Einleitung, N. 10.

5 Siehe zu diesem Begriff z.B. Ingolf Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam, Common Market Law Review 1999, S. 703 ff.

6 Steve Smith, The Contested Concept of Security, in: Ken Booth (Hrsg.), Critical Security Studies and World Politics, Boulder 2005, S. 27 ff.

7 Alexander Ruch, Sicherheit in der freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, N. 13.

8 Stephen M. Walt, The Renaissance of Security Studies, International Studies Quarterly 1991, S. 211 ff.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

des Individuums dienen, als Gefahrenquelle rücken auch nichtstaatliche Akteure in den Fokus.⁹

In der Bundesverfassung wird der Begriff ›Sicherheit‹ uneinheitlich verwendet, die Bedeutung hängt vom jeweiligen Kontext ab. So ist etwa die Rede von »Sicherheit des Landes« (Art. 2 Abs. 1, Art. 57 Abs. 1 und Art. 121 Abs. 2 BV), von Teilhabe an der »sozialen Sicherheit« (Art. 41 Abs. 1 lit. a BV) oder von der »wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung« (Art. 94 Abs. 2 BV). Im Rahmen der ›Sicherheitsverfassung‹ bedeutet Sicherheit den Schutz der Rechtsgüter des Einzelnen (Leben, Freiheit, Eigentum, Gesundheit usw.) sowie der Gemeinschaftsgüter der territorialen Integrität, der staatlichen Souveränität, der verfassungsmässigen Ordnung und des internationalen Friedens.¹⁰ Dementsprechend hat die schweizerische Sicherheitspolitik gemäss Bundesrat zum Ziel, »die Handlungsfähigkeit, Selbstbestimmung und Integrität der Schweiz und ihrer Bevölkerung sowie ihre Lebensgrundlagen gegen Bedrohungen und Gefahren zu schützen sowie einen Beitrag zu Stabilität und Frieden jenseits unserer Grenzen zu leisten.«¹¹

2. Äussere – innere Sicherheit

Die in Art. 173 Abs. 1 lit. a und Art. 185 Abs. 1 und 3 BV erwähnte »äussere Sicherheit« und die in Art. 57 Abs. 2, Art. 58 Abs. 2, Art. 173 Abs. 1 lit. b sowie Art. 185 Abs. 2 und 3 BV angesprochene »innere Sicherheit« sind Teilgehalte des oben umrissenen Sicherheitsbegriffs. »Äussere Sicherheit« meint Schutz vor Gefahren, die ihre Quelle im Ausland haben (z.B. militärische Bedrohungen), »innere Sicherheit« Schutz vor Gefahren aus dem Inland (z.B. Kriminalität).¹² Allerdings bedroht nicht jede Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die »innere Sicherheit«; sie zielt nur auf Störungslagen von staatspolitischer, also qualifizierter Bedeutung.¹³ Wahrung der inneren Sicherheit bedeutet »das Sicherstellen der grundlegendsten Normen des friedlichen Zusammenlebens, den Schutz der Institutionen des Staates, die Bewahrung der Gesellschaft und des Einzelnen vor elementaren Gefährdungen, die Abwendung sozialer Notstände.«¹⁴

Hintergrund der begrifflichen Differenzierung ist die traditionelle Kompetenzabgrenzung zwischen Militär und damit Bund (äussere Sicherheit) einerseits sowie Polizei und

9 United Nations Development Programme (UNDP), Human Development Report 1994; Ruti G. Teitel, *Humanity's Law*, Oxford 2011.

10 Diggelmann/Altwicker, Basler BV-Komm., Art. 57, N. 19, 22.

11 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23.6.2010 (SIPOL B 2010), BBl 2010 5133 ff., 5143.

12 Biaggini, Komm. BV, Art. 57, N. 4; Diggelmann/Altwicker, Basler BV-Komm., Art. 57, N. 20.

13 Pierre Tschannen, Normenarchitektur des Bundes, in: Regina Kiener/René Bühler/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, SBVR Bd. III/2, Basel 2018, N. 4.

14 Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Botschaft BV), BBl 1997 I 1 ff., 399.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

damit Kantone (innere Sicherheit) andererseits.¹⁵ Aufgrund des zunehmend grenzüberschreitenden Charakters verschiedener Gefahren (Terrorismus, organisierte Kriminalität, *cybercrime* usw.) ist faktisch eine klare Trennung der beiden Bereiche allerdings schwierig.¹⁶ Sowieso ist die erwähnte Kompetenzabgrenzung eine blosser Faustregel: Die Kantone wirken an der Aussenpolitik mit (Art. 55 BV) und können in ihren Zuständigkeitsbereichen Verträge betreffend die grenzüberschreitende Zusammenarbeit schliessen (Art. 56 BV), zudem nehmen sie in den Bereichen der Armee und des Zivilschutzes Vollzugsaufgaben wahr.¹⁷ Umgekehrt trägt der Bund die Letztverantwortung für die verfassungsmässige Ordnung in den Kantonen¹⁸ und übernimmt immer mehr Aufgaben im Bereich der inneren Sicherheit (vgl. unten N. 9 ff.).

3. Verhältnis Sicherheit – Freiheit

- 6 Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat sich in Art. 2 Abs. 1 BV nicht nur die Wahrung der Sicherheit des Landes, sondern zugleich auch den Schutz der Freiheit und der Rechte des Volkes zum Zweck gesetzt. Wie lassen sich die beiden Staatsziele vereinbaren?
- 7 Die Idee der ›menschlichen Sicherheit‹ kann als Versuch gelesen werden, Menschenrechte in das Konzept der Sicherheit zu integrieren.¹⁹ Umgekehrt wird versucht, Sicherheit in das Konzept der Menschenrechte hineinzulesen, indem ein ›Grundrecht auf Sicherheit‹ postuliert wird.²⁰ Bei beiden Ansätzen scheint es vor allem darum zu gehen, sich den Sicherheits- bzw. Menschenrechtsdiskurs anzueignen, um damit die Attraktivität eines spezifischen Anliegen zu erhöhen. Wirklich weiterführend sind diese Ansätze nicht. Sie können nichts daran ändern, dass zwar Freiheit einen gewissen Grad an Sicherheit voraussetzt, letztlich aber Sicherheit auf der einen Seite und Freiheit bzw. Menschenrechte auf der anderen Seite in einem Spannungsverhältnis stehen. Um sich das zu vergegenwärtigen, genügt etwa ein Blick in den 2017 präsentierten Entwurf eines Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, das Freiheitseinschränkungen wie Kontaktverbote, Ausreiseverbote und Hausarrest vorsieht. Das Bundesgericht hat denn auch festgehalten, dass das in Art. 57 BV zum Ausdruck gebrachte Sicherheitsinteresse zur Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen angerufen werden kann.²¹

15 Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3.3.2010: Innere Sicherheit: Klärung der Kompetenzen vom 2.3.2012 (Bericht »Malama«), BBl 2012 4459 ff., 4476 f.

16 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 7.6.1999 (SIPOL B 1999), BBl 1999 7657 ff., 7671.

17 *Andreas Lienhard/Philipp Häsler*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, N. 20.

18 *Rainer J. Schweizer/Patrick Sutter/Nina Widmer*, Grundbegriffe, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, N. 33.

19 Vgl. *Bertrand G. Ramcharan*, Human Rights and Human Security, Den Haag 2002.

20 So bereits *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983.

21 BGE 140 I 2 E. 10.5.2 S. 33.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

III. Föderale Kompetenzverteilung

1. Grundsätze

Die Wahrung der Sicherheit ist eine »originäre und primäre Staatsaufgabe«.²² Dementsprechend setzt die zentrale Norm der »Sicherheitsverfassung«, Art. 57 BV, die Verteilung der Kompetenzen im Bereich der Sicherheit als gegeben voraus, anstatt sie zu begründen.²³ Aus der Gebietshoheit der Kantone über ihr Territorium fliesst ihre sogenannte Polizeihochheit: Sie sind für die innere Sicherheit auf ihrem Gebiet zuständig, sofern sich aus der BV nicht Zuständigkeiten des Bundes ergeben (Art. 3 und Art. 42 BV).²⁴ Im Bereich der inneren Sicherheit besitzt der Bund nur gewisse punktuelle Zuständigkeiten. Trotzdem hat er wiederholt relativ weitgehende Rechtsetzungskompetenzen für sich beansprucht. Im Bereich der äusseren Sicherheit verfügt der Bund hingegen über eine umfassende Kompetenz. Im Resultat ergibt sich eine »Gemengelage von teils ausschliesslichen, teils konkurrierenden und teils parallelen Kompetenzen« des Bundes.²⁵ Die Unübersichtlichkeit der Kompetenzverteilung im Bereich der Sicherheit ist im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip problematisch.

2. Kompetenzen des Bundes

Zunächst ist noch einmal zu betonen, dass Art. 57 BV nicht als Grundlage für ein Tätigwerden des Bundes auf dem Gebiet der Sicherheit herangezogen werden kann. Abs. 1 erteilt zwar Bund und Kantonen einen Handlungsauftrag, regelt aber nicht die entsprechenden Kompetenzen. Soweit die Bundesverfassung dem Bund nicht explizit oder implizit Zuständigkeiten zuweist, sind die Kantone aufgrund ihrer subsidiären Generalkompetenz für die Sicherheitsgewährleistung verantwortlich.²⁶ Abs. 2 auferlegt dem Bund und den Kantonen eine Koordinationspflicht, begründet aber – wie sich aus seinem Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte²⁷ ergibt – ebenfalls keine Kompetenzen.²⁸ Nichtsdestotrotz verweisen mehrere sicherheitsrechtliche Bundesgesetze in ihren Ingressen auf Art. 57 Abs. 2 BV.²⁹ Der Bundesrat begründet dies damit, die verfassungsrechtliche Koordinationspflicht des

22 Botschaft BV (Anm. 14), 399.

23 Biaggini, Komm. BV, Art. 57, N. 4.

24 Botschaft BV (Anm. 14), 130, 237; vgl. Christian Linsi, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, LeGes 2008, S. 465 ff., 467.

25 Diggelmann/Altwicker, Basler BV-Komm., Art. 57, N. 26.

26 Botschaft BV (Anm. 14), 237; Bericht »Malama« (Anm. 15), 4485 f.

27 Dazu Linsi (Anm. 24), S. 475 f.

28 So z.B. auch Biaggini, Komm. BV, Art. 57, N. 10; Diggelmann/Altwicker, Basler BV-Komm., Art. 57, N. 23; Schweizer/Mohler, St. Galler BV-Komm., Art. 57, N. 1.

29 Siehe etwa BG vom 23.12.2011 über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG; SR 312.2); BG vom 18.6.2010 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST; SR 745.2); BG vom 13.6.2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI; SR 361).

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

Bundes verschaffe ihm eine Gesetzgebungskompetenz, »wenn es sich um Sicherheitsbelange handelt, die mindestens teilweise in die Zuständigkeit des Bundes fallen und die aus dessen Sicht eine Koordination unter Einbezug oder Leitung des Bundes erfordern«. ³⁰ Wäre dem tatsächlich so, dürfte der Bund nach fast freiem Belieben (»aus dessen Sicht«) auf dem Gebiet der inneren Sicherheit gesetzgeberisch tätig werden, was mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden wäre.

- 10 Ebenfalls nicht als Verfassungsgrundlage dienen kann Art. 173 Abs. 2 BV, der eine Organkompetenz (der Bundesversammlung) festlegt, aber nicht eine Verbandskompetenz (des Bundes) schafft. Trotzdem führen etwa das NDG³¹ und das BPS³² in ihren Ingressen Art. 173 Abs. 2 BV an.³³
- 11 Klarerweise kompetenzbegründend ist hingegen Art. 54 Abs. 1 BV, der die auswärtigen Angelegenheiten zur Sache des Bundes erklärt. Gestützt auf diese umfassende (und grundsätzlich ausschliessliche) Kompetenz³⁴ wahrt der Bund die äussere Sicherheit, indem er z.B. völkerrechtliche Verträge abschliesst, Sicherheitskooperationen unterhält oder Friedensförderungseinsätze anordnet.
- 12 Über eine umfassende und ausschliessliche Kompetenz verfügt der Bund zudem im Bereich der Armee, auch wenn der Verfassungstext dies nicht ausdrücklich erwähnt.³⁵ Die Armee dient gemäss Art. 58 Abs. 2 BV der Kriegsverhinderung bzw. Friedenserhaltung und der Landesverteidigung; zudem unterstützt sie die zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen. Sie ist also nicht nur zentrales Mittel zur Aufrechterhaltung der äusseren Sicherheit, sondern kann subsidiär zum Schutz der inneren Sicherheit herangezogen werden.
- 13 Im Bereich des Zivilschutzes ist zu differenzieren: In Bezug auf den Zivilschutz *bei bewaffneten Konflikten* verfügt der Bund nach Art. 61 Abs. 1 BV über eine umfassende, aber nicht ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz.³⁶ *Bei Katastrophen und Notlagen* beschränkt sich die Kompetenz des Bundes auf die Regelung *des Einsatzes* des Zivilschutzes (Art. 61 Abs. 2 BV), im Übrigen bestehen parallele Kompetenzen von Bund und Kantonen.³⁷

30 Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Bekämpfung von Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen (Hooliganismus) sowie zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), BBl 2007 6465 ff., 6477.

31 BG vom 25.9.2015 über den Nachrichtendienst (NDG; SR 121).

32 BG vom 27.9.2013 über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS; SR 935.41).

33 Für eine Begründung siehe Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz (Botschaft »Nachrichtendienstgesetz«), BBl 2014 2105 ff., 2228.

34 Biaggini, Komm. BV, Art. 54, N. 5, 11.

35 Botschaft BV (Anm. 14), 236.

36 Diggelmann/Altwicker, Basler BV-Komm., Art. 61, N. 10; anders Schmocker, St. Galler BV-Komm., Art. 61, N. 12.

37 Diggelmann/Altwicker, Basler BV-Komm., Art. 61, N. 13.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

Art. 123 Abs. 1 BV begründet eine umfassende, konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Strafrecht und Strafprozessrecht. Für die Strafverfolgung sind hingegen gemäss Art. 123 Abs. 2 BV die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Die StPO bestätigt in Art. 22 die allgemeine Zuständigkeit der Kantone für die Strafverfolgung, unterstellt aber in Art. 23 f. gewisse Straftaten der Bundesgerichtsbarkeit. Dazu gehören die organisierte Kriminalität, Delikte gegen den Staat, Straftaten mit Auslandsbezug und weitere Delikte. Die entsprechenden kriminalpolizeilichen Aufgaben werden von der Bundeskriminalpolizei wahrgenommen. Art. 123 Abs. 1 BV wurde z.B. als verfassungsrechtliche Grundlage für das ZentG³⁸, das ZAG³⁹, das SIaG⁴⁰ und das ZeugSG⁴¹ herangezogen. 14

Über diese expliziten Kompetenzen hinaus fällt dem Bund »als notwendige mitgegebene primäre Staatsaufgabe« die Zuständigkeit zu, für seine Sicherheit zu sorgen.⁴² Diese inhärente, »im Bestand des gesamtschweizerischen Gemeinwesens als solchem«⁴³ begründete verfassungsrechtliche Verantwortung entspricht dem völkerrechtlichen Konzept der *responsibility to protect*. Gemäss der unbestritten gebliebenen ersten Komponente dieses – ansonsten kontroversen – Konzepts tragen die Staaten die primäre Verantwortung für den Schutz ihrer eigenen Bevölkerung.⁴⁴ Diese Letztverantwortung des Bundes für die Sicherheit des Gesamtstaates kommt insbesondere in Art. 52 Abs. 2 BV zum Ausdruck. Danach greift der Bund als *ultima ratio* zur sogenannten Bundesintervention, wenn die verfassungsmässige Ordnung eines Kantons gestört oder unmittelbar bedroht ist und der Kanton sie nicht selber oder mit Hilfe anderer Kantone schützen kann.⁴⁵ Dabei kommen nicht nur nichtmilitärische Mittel (wie etwa die Entsendung eines Bundeskommissärs) in Betracht, sondern auch solche militärischer Art.⁴⁶ Ein weiterer Anwendungsfall der Verantwortung des Bundes für die Sicherheit des Gesamtstaates ist der Ordnungsdienst gemäss Art. 58 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 BV und Art. 83 MG: Die Armee unterstützt die zivilen Behörden (z.B. die kantonale Polizei), wenn die Mittel Letzterer zur Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit nicht mehr ausreichen. 15

38 BG vom 7.10.1994 über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes und gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten (ZentG; SR 360).

39 BG vom 20.3.2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (ZAG; SR 364).

40 BG vom 12.6.2009 über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten (SIaG; SR 362.2).

41 BG vom 23.12.2011 über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG; SR 312.2).

42 BGE 117 Ia 202 E. 4a S. 211.

43 BGE 117 Ia 202 E. 4a S. 211.

44 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, 2001, UN Doc. A/57/303 (2002), § 2.15.

45 *Frédéric Bernard*, *État de droit et situations extraordinaires*, in diesem Werk, Bd. 2, IV.4, N. 45.

46 *Tschannen*, *Staatsrecht*, § 18, N. 45.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

- 16 Die inhärente Kompetenz des Bundes, für den eigenen Schutz sowie den Schutz seiner Organe und Institutionen zu sorgen, umfasst den Bereich des Staatsschutzes. Die entsprechende Regelungskompetenz des Bundes ist umfassend und ausschliesslich.⁴⁷ Das BWIS⁴⁸ verweist denn auch in seinem Ingress auf die »Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft«, ohne dafür auf einen Verfassungsartikel Bezug zu nehmen. Demgegenüber verweist das NDG auf die Organkompetenz der Bundesversammlung gemäss Art. 173 Abs. 2 BV, der gemäss der Botschaft des Bundesrates als Platzhalter für die inhärente Bundeskompetenz dienen soll.⁴⁹
- 17 Gewisse dem Bund zustehende Sachkompetenzen enthalten implizit sicherheitspolizeiliche Zuständigkeiten. Solche »sicherheitsrelevante Teilzuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs« finden sich etwa in den Bereichen des Strassen- (Art. 82 BV), Eisenbahn-, Seilbahn-, Schifffahrts- und Luftverkehrs (Art. 87 BV) sowie des Zollwesens (Art. 133 BV).⁵⁰
- 18 Schliesslich ist der Bund aufgrund des Völkerrechts zum Schutz bestimmter Gebäude (Botschaften, Gebäude internationaler Organisationen) und Personen (diplomatisches Personal, Personal internationaler Organisationen) verpflichtet.⁵¹ Für diesen ist gemäss Art. 22 Abs. 1 und Art. 24 BWIS das Bundesamt für Polizei (fedpol) in Zusammenarbeit mit den kantonalen Behörden besorgt.

3. Kompetenzen der Kantone

- 19 Wie Art. 4 Abs. 1 BWIS unterstreicht, haben die Kantone die primäre Verantwortung, auf ihrem Hoheitsgebiet für die Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit zu sorgen. Sie verfügen über die Polizeihoheit und damit eine generelle Kompetenz im Hinblick auf die Wahrnehmung des umfassenden Auftrags zur Gefahrenabwehr.⁵² Sie haben »das Recht, von den Personen, die sich auf ihrem Gebiet befinden, die Einhaltung der Gesetze zu verlangen; sie haben aber auch die damit verbundene Pflicht, den Einwohnerinnen und Einwohnern Sicherheit zu gewährleisten.«⁵³
- 20 Über die von den kantonalen (bzw. kommunalen und regionalen) Polizeikorps wahrgenommenen Aufgaben hinaus umfasst die originäre Kompetenz der Kantone auch den Bevölkerungsschutz⁵⁴, d.h. die Vorsorge und Bewältigung von Katastrophen und Notla-

47 BGE 117 Ia 202 E. 6b S. 218; *Markus Müller/Christoph Jenni*, Kantonale Aufsicht über die Staatsschutz-tätigkeit, ZBl 2012, S. 2 ff., 5.

48 BG vom 21.3.1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120).

49 Botschaft »Nachrichtendienstgesetz« (Anm. 33), 2228.

50 Bericht »Malama« (Anm. 15), 4487.

51 Siehe z.B. Art. 22 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens vom 18.4.1961 über diplomatische Beziehungen (SR 0.191.01).

52 BGE 140 I 353 E. 5.1 S. 359 f.

53 Botschaft BV (Anm. 14), 130.

54 Strategie Bevölkerungsschutz und Zivilschutz 2015+, Bericht des Bundesrates vom 9.5.2012, BBl 2012 5503 ff., 5526.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

gen⁵⁵. Für den Bevölkerungsschutz sind neben der Polizei weitere kantonale Organisationen wie die Feuerwehr, die Sanität und bestimmte technische Betriebe verantwortlich⁵⁶; einzig der Zivilschutz liegt weitgehend in der Zuständigkeit des Bundes (vgl. oben N. 13).

In den Kantonsverfassungen wird die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit regelmässig explizit als Aufgabe des Kantons (und der Gemeinden) aufgeführt. Die einzigen Ausnahmen sind die Verfassungen der Kantone Appenzell Innerrhoden, Wallis und Zug, die keine Bestimmung über öffentliche Aufgaben enthalten. In zehn Kantonen steht die öffentliche Sicherheit sogar am Anfang des Staatsaufgabenkatalogs.⁵⁷ Die Verfassung des Kantons Genf hält ausdrücklich fest, dass die Aufgabe des Schutzes der Sicherheit und öffentlichen Ordnung vom Staat selbst zu erfüllen ist.⁵⁸

Früher beschränkten sich die polizeirechtlichen Erlasse vieler Kantone auf die Regelung der *Organisation* der Polizei. Die gesetzlichen Grundlagen für polizeiliches Handeln waren – soweit überhaupt vorhanden – auf verschiedene Erlasse (Straf- und Zivilprozessordnungen, Gemeindegesetze, diverse Verwaltungserlasse usw.) verstreut. Wo sich keine explizite Grundlage finden liess, wurde häufig auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen.⁵⁹ Inzwischen verfügen alle Kantone über formelle Gesetze, welche die Aufgaben und insbesondere die Befugnisse der Polizei umfassend regeln.⁶⁰

Über ihre Rechtsetzungskompetenzen hinaus sind die Kantone im schweizerischen System des »Vollzugsföderalismus« (heute genauer: »Umsetzungsföderalismus«⁶¹) auch für die Verwirklichung des Bundesrechts zuständig: Gemäss Art. 46 Abs. 1 BV ist die Regel, dass die Umsetzung des Bundesrechts den Kantonen obliegt. Im hier interessierenden Zusammenhang ist von besonderer Relevanz die Kompetenz der Kantone, Straftaten des Bundesrechts zu verfolgen und zu beurteilen.⁶² Auch in jenen Bereichen des Zivilschutzes, die durch den Bund geregelt werden (vgl. oben N. 13), bleibt der Vollzug grundsätzlich Sache der Kantone.⁶³ Im Militärwesen hingegen verbleiben den Kantonen nur noch einzelne

55 Vgl. Art. 2 BG vom 4.10.2002 über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (BZG; SR 520.1).

56 Vgl. Art. 3 BZG.

57 Art. 27 KV AG; Art. 28 KV AR; Art. 79 KV GR; Art. 11a KV LU; Art. 24 KV OW; Art. 80 KV SH; Art. 13 KV SZ; Art. 92 KV SO; Art. 64 KV TG; Art. 100 KV ZH.

58 Art. 112 und Art. 184 KV GE; vgl. auch Art. 44 KV VD.

59 Für das Beispiel des Kantons Zürich siehe *Benjamin Schindler/Raphael Widmer*, § 1, N. 1, in: Andreas Donatsch/Tobias Jaag/Sven Zimmerlin (Hrsg.), *PolG – Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich*, Zürich 2018.

60 *Alain Griffel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, Zürich 2017, N. 329.

61 *Waldmann/Borter*, *Basler BV-Komm.*, Art. 46, N. 8.

62 Art. 22 StPO.

63 *Schmocker*, *St. Galler BV-Komm.*, Art. 61, N. 7, 18; *Schweizer/Mohler*, *St. Galler BV-Komm.*, *Vorbermerkungen zur Sicherheitsverfassung*, N. 32.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

Vollzugsaufgaben wie etwa die Erfassung der Stellungspflichtigen⁶⁴ oder bestimmte Aufgaben im Schiesswesen ausser Dienst⁶⁵.

4. Kompetenzen der Gemeinden

- 24 Den Kantonen steht es frei, ihnen obliegende Sicherheitsaufgaben den Gemeinden zu übertragen. Die entsprechenden kantonalen Kompetenzausscheidungen variieren beträchtlich. So verbietet es das Polizeigesetz des Kantons Schwyz den Gemeinden und Bezirken, eine eigene Polizei zu unterhalten⁶⁶; das Polizeigesetz des Kantons Obwalden sieht vor, dass die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Auftrag von Kanton und Gemeinden durch die Kantonspolizei wahrgenommen wird⁶⁷. Die Regel ist allerdings, dass die Kantone den Gemeinden zumindest die einfachen Polizeiaufgaben überlassen.⁶⁸ Die Umschreibung dieser Aufgaben erfolgt dabei sehr unterschiedlich. Das Polizeigesetz des Kantons Thurgau sieht z.B. in allgemeiner Weise vor, dass der Regierungsrat den Gemeinden auf Ersuchen zur Erfüllung ihrer Sicherheitsaufgaben verkehrs- oder ordnungsdienstliche Aufgaben übertragen kann.⁶⁹ Andere Polizeigesetze enthalten Kataloge der gemeindepolizeilichen Aufgaben, die – wie im Fall des Kantons Wallis⁷⁰ – offen formuliert oder – wie in den Kantonen Aargau⁷¹ und St. Gallen⁷² – abschliessend sein können. Teilweise finden sich solche Kataloge auch in Polizeiorganisations-⁷³ oder Gemeindegesetzen⁷⁴. Die darin typischerweise enthaltenen Aufgaben umfassen die Aufrechterhaltung der lokalen öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung, die Überwachung des örtlichen Strassenverkehrs und die Ahndung von Übertretungen. In einzelnen Städten wie etwa Zürich, Winterthur oder Lausanne übernimmt die jeweilige Stadtpolizei fast das gesamte Spektrum polizeilicher Aufgaben. Im Allgemeinen ist allerdings eine Tendenz zur Verlagerung von Polizeiaufgaben von der kommunalen auf die kantonale Ebene zu beobachten.⁷⁵ Ungewollte Konsequenz davon kann sein, dass die Gemeinden für die Erbringung gewisser Aufgaben, die

64 Art. 11 Abs. 2 lit. a BG vom 3.2.1995 über die Armee und die Militärverwaltung (MG; SR 510.10).

65 Art. 125 MG.

66 § 23 Abs. 1 Satz 2 Polizeigesetz des Kantons Schwyz vom 22.3.2000 (PolG SZ; SRSZ 520.110).

67 Art. 1 Abs. 1 Satz 2 Polizeigesetz des Kantons Obwalden vom 11.3.2010 (PolG OW; GDB 510.1).

68 *Lienhard/Häsler* (Anm. 17), N. 22.

69 § 4 Abs. 1 Polizeigesetz des Kantons Thurgau vom 9.11.2011 (PolG TG; RB 551.1).

70 Art. 73 f. Gesetz über die Kantonspolizei vom 11.11.2016 (PolG VS; SGS-VS 550.1).

71 § 4 Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6.12.2005 (PolG AG; SAR 531.200).

72 Art. 13 Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vom 10.4.1980 (PG SG; sGs 451.1).

73 § 17 ff. Polizeiorganisationsgesetz des Kantons Zürich vom 29.11.2004 (POG ZH; LS 551.1).

74 § 44 Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden des Kantons Basel-Landschaft vom 28.5.1970 (GOVG BL; SGS-BL 180).

75 Siehe etwa zur Schaffung einer Einheitspolizei im Kanton Bern: Evaluation Police Bern, Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 5.6.2013.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

ihnen verblieben sind, private Sicherheitsdienste engagieren müssen.⁷⁶ Zudem können Koordinationsprobleme entstehen, wenn die administrative Zuständigkeit für einen bestimmten Bereich bei der Gemeinde verbleibt, die Durchsetzung durch die Polizei aber auf den Kanton übertragen wird (z.B. bei Bewilligungen für Kundgebungen im öffentlichen Raum).⁷⁷

5. Koordination bzw. Kooperation

Art. 57 Abs. 2 BV statuiert Pflichten zur Koordination der Sicherheitsbemühungen sowohl im Verhältnis zwischen den Kantonen als auch im Verhältnis zwischen dem Bund und den Kantonen. 25

Interkantonal erfolgt die Zusammenarbeit insbesondere über die Nachbarschaftshilfe, Polizeikonkordate⁷⁸, weitere Konkordate wie z.B. das Hooligan-Konkordat⁷⁹ sowie das Instrument des interkantonalen Polizeieinsatzes^{80, 81} 26

Beispiele für die Kooperation zwischen *Bund und Kantonen* sind die Verpflichtung der Kantone gegenüber dem Bund zur Amts- und Vollzugshilfe im Bereich der inneren Sicherheit⁸², die Koordination zwischen der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) und den Kantonen bei der Ausübung von Sicherheitsaufgaben im Grenzraum⁸³ und die Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen zur Umsetzung des Schengen-Abkommens⁸⁴. 27

Zur Bekämpfung grenzüberschreitender Bedrohungen ist schliesslich die *internationale* Kooperation zentral. Aus diesem Grund wirkt die Schweiz – um bloss ein paar Beispiele zu nennen – in internationalen Sicherheitssystemen wie den Vereinten Nationen, dem Europarat und der OSZE mit⁸⁵, sie hat zahlreiche bilaterale Staatsverträge über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen⁸⁶ und das Übereinkommen des Europarats über die Rechtshil- 28

76 Jan Scheffler, Einheitspolizei: Wegweisendes Modell oder falscher Reformeifer?, Sicherheit & Recht 2012, S. 87 ff., 98.

77 Scheffler (Anm. 76), S. 96 f.

78 Siehe z.B. Konkordat vom 20.1.1995 über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Nordwestschweiz. Mit Ausnahme der Kantone Zürich und Tessin sind alle Kantone in Polizeikonkordaten organisiert.

79 Konkordat vom 15.11.2007 über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen.

80 Siehe Vereinbarung vom 6.4.2006 über die interkantonalen Polizeieinsätze (IKAPOL).

81 Beat Hensler, Interkantonale Zusammenarbeit, Konkordate und Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten der Schweiz (KKPKS), LeGes 2008, S. 495 ff.

82 Art. 4 Abs. 2 BWIS.

83 Art. 96 Abs. 1 Zollgesetz vom 18.3.2005 (ZG; SR 631.0).

84 Vereinbarung vom 20.3.2009 zwischen Bund und Kantonen betreffend Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands (SR 362.1).

85 Dazu Stephan Breitenmoser, Sicherheit durch internationale Kooperation: Vorgaben und Grundlagen des Völker- und Europarechts, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, N. 67 ff.

86 Siehe die in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts unter SR 0.351 aufgeführten Verträge.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

fe in Strafsachen⁸⁷ ratifiziert, sie hat mehrere bi- oder trilaterale Abkommen betreffend die Zusammenarbeit mit ausländischen Polizeibehörden⁸⁸ sowie ein Kooperationsabkommen mit dem Europäischen Polizeiamt (Europol)⁸⁹ abgeschlossen und sie hat sich verpflichtet, den Schengen-Besitzstand zu übernehmen und wirkt bei dessen Weiterentwicklung mit⁹⁰.

- 29 Zur Verbesserung der sicherheitspolitischen Zusammenarbeit innerhalb der Schweiz und mit dem grenznahen Ausland wurde der Sicherheitsverbund Schweiz (SVS) geschaffen, der grundsätzlich alle sicherheitspolitischen Instrumente des Bundes, der Kantone und der Gemeinden umfasst.⁹¹ Er soll bei Grossveranstaltungen, Katastrophen und Notlagen, die mehrere Partner des SVS betreffen, die effiziente Zusammenarbeit sicherstellen.⁹² Institutionalisiert wird diese Kooperation durch eine politische Plattform, eine operative Plattform und einen Delegierten von Bund und Kantonen mit einer Geschäftsstelle.⁹³

6. Fazit

- 30 Entgegen den Beteuerungen des Bundesrates⁹⁴ lässt sich die rege Gesetzgebungstätigkeit des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit nicht auf das Koordinationsgebot von Art. 57 Abs. 2 BV abstützen. Die »Dynamisierung von Artikel 57 Absatz 2 BV«⁹⁵ hat eine erhebliche Ausdehnung von Bundeskompetenzen zu Lasten der Kantone nach sich gezogen. Allerdings sind die Kantone häufig auch selber nur allzu gerne bereit, sicherheitspolizeiliche Aufgaben an den Bund abzutreten. Paradebeispiel dafür sind die gestützt auf Art. 97 ZG zwischen dem EFD und interessierten Kantonen abgeschlossenen Vereinbarungen, mit denen das Grenzwachtkorps ermächtigt wird, polizeiliche Aufgaben zu erfüllen, die im Zusammenhang mit dem Vollzug nichtzollrechtlicher Bundeserlasse stehen. Eine solche Übertragung von Kompetenzen durch Vereinbarung lässt sich kaum mit der Verfassung vereinbaren.⁹⁶

87 Europäisches Übereinkommen vom 20.4.1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1).

88 Siehe die Verträge unter SR 0.360.

89 Abkommen vom 24.9.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt (SR 0.362.2).

90 Abkommen vom 26.10.2004 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 (SR 0362.31).

91 Die Sicherheitspolitik der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 24.8.2016 (SIPOL B 2016), BBl 2016 7763 ff., 7877; SIPOL B 2010 (Anm. 11), 5161 f.

92 SIPOL B 2010 (Anm. 11), 5215.

93 SIPOL B 2016 (Anm. 91), 7878.

94 Bericht »Malama« (Anm. 15), 4550 ff.

95 Bericht »Malama« (Anm. 15), 4551.

96 Siehe dazu *Markus H.F. Mohler/Rainer J. Schweizer*, Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht, Jusletter 7.12.2009, N. 27; *Reto Patrick Müller*, Innere Sicherheit Schweiz, Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, Egg 2009, S. 453, 457.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

IV. Organkompetenzen im Bund

Innerhalb des Bundes ist die Kompetenz zur Gewährleistung der Sicherheit auf Bundesversammlung und Bundesrat aufgeteilt. Die *Bundesversammlung* kann gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit treffen. Unter »Massnahmen« sind die üblichen der Bundesversammlung zur Verfügung stehenden Akte zu verstehen. Diese Verfassungsbestimmungen bieten keine Grundlage für den Erlass von Verordnungen oder einfachen Bundesbeschlüssen.⁹⁷ Nur wenn die Voraussetzungen von Art. 173 Abs. 1 lit. c BV gegeben sind, d.h. ausserordentliche Umstände vorliegen, kann die Bundesversammlung direkt gestützt auf die Verfassung nicht dem Referendum unterliegende Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse erlassen.⁹⁸ »Ausserordentliche Umstände« liegen dann vor, wenn gewichtigen Rechtsgütern (des Staates oder Privater) eine konkrete Gefahr droht, die Bedrohung erheblich ist, sachliche Dringlichkeit (Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts) sowie zeitliche Dringlichkeit (Erfordernis des sofortigen Handelns) besteht und eine Handlungsalternative fehlt.⁹⁹ Bei der gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. c BV erlassenen Verordnung vom 23.12.2011 über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen¹⁰⁰ erachtete die Bundesversammlung diese Voraussetzungen offenbar als gegeben, was zu Recht kritisiert worden ist.¹⁰¹ Der Bundesversammlung kommt nach Art. 173 Abs. 1 lit. d BV des Weiteren die Kompetenz zu, den Aktivdienst anzuordnen und dafür die Armee oder Teile davon aufzubieten. Sobald ein grösseres Truppenaufgebot vorgesehen oder erlassen ist, muss gemäss Art. 85 Abs. 1 MG der General gewählt werden. Auch dafür ist die Bundesversammlung zuständig (Art. 168 Abs. 1 BV).

Die Aufgaben des *Bundesrates* im Bereich der Sicherheit ergeben sich im Wesentlichen aus den einschlägigen Spezialgesetzen. Darüber hinaus beauftragen Art. 185 Abs. 1 und 2 BV mit identischem Wortlaut wie Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV den Bundesrat, Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit zu treffen. Auch hier beschränken sich die »Massnahmen« auf die ordentlichen Instrumente. Nur bei bereits »eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit« kann der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV verfassungsunmittelbare Verordnungen oder Verfügungen erlassen, wobei solche Verordnungen zu befristet sind. In seiner Funktion entspricht Art. 185 Abs. 3 BV der polizeilichen General-

97 Anders *Diggelmann/Altwicker*, Basler BV-Komm., Art. 57, N. 34; *Ruch*, Äussere und Innere Sicherheit, in: *Thürer/Aubert/Müller*, Verfassungsrecht, § 56, N. 30.

98 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 173, N. 7, 12.

99 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 173, N. 13; *Ralph Trümpler*, Notrecht: Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts *de lege lata* und *de lege ferenda*, Zürich 2012, N. 213 ff.

100 AS 2012 1.

101 *Giovanni Biaggini*, »Ausserordentliche Umstände« – oder: Gefangen in der »Notrechts-Falle«?, ZBl 2012, S. 109 f.; *Saxer*, St. Galler BV-Komm., Art. 173, N. 77.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

klausel.¹⁰² Er beinhaltet jedoch keine Ermächtigung des Bundesrates, die Verfassung oder das Gesetz zu brechen.¹⁰³ Schliesslich kann der Bundesrat in dringlichen Fällen, wie bei einem militärischen Angriff auf die Schweiz, Truppen aufbieten. Bei einem Aufgebot von mehr als 4000 Armeeangehörigen oder einem länger als drei Wochen dauernden Einsatz ist unverzüglich die Bundesversammlung einzuberufen (Art. 185 Abs. 4 BV). Der Bundesrat bleibt auch nach der Wahl des Generals die oberste vollziehende und leitende Behörde und erteilt ihm den Auftrag.¹⁰⁴

- 33 Die Organkompetenzen von Bundesversammlung und Bundesrat im Bereich der äusseren und inneren Sicherheit sind als konkurrierende Zuständigkeiten angelegt.¹⁰⁵ Die primäre Kompetenz liegt zwar bei der Bundesversammlung: Ihre Massnahmen verdrängen im Kollisionsfall jene des Bundesrates, und mit Art. 173 BV hat das Parlament ein Instrument zur Hand, mit dem es Massnahmen des Bundesrates modifizieren oder gar annullieren kann.¹⁰⁶ In der Praxis aber kommt dem Bundesrat ein Vorrang zu, weil zeitgerechtes Handeln im Sicherheitsbereich regelmässig von entscheidender Bedeutung ist.¹⁰⁷ Als dauernd aktionsfähiges Organ ist der Bundesrat in dieser Hinsicht im Vorteil gegenüber dem Parlament: »Sicherheit ist exekutivlastig.«¹⁰⁸
- 34 Die Kompetenz der Bundesversammlung gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV und jene des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV bilden zusammen mit der Bundesintervention (Art. 52 Abs. 2 BV), der bundesrätlichen Verordnungs- und Verfügungskompetenz im Rahmen der Beziehungen zum Ausland (Art. 184 Abs. 3 BV) und dem Dringlichkeitsrecht ohne Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 3 BV) das *konstitutionelle Notstandsrecht*. Ob und unter welchen Umständen ein *extrakonstitutionelles Notstandsrecht* anzuerkennen sei, ist umstritten.¹⁰⁹

102 *Saxer*, St. Galler BV-Komm., Art 185, N. 12 ff.

103 *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, N. 1627, 1629; *Regina Kiener*, Bundesrätliches »Notrecht« und Unabhängigkeit der Justiz, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 459 ff., 464 ff.; a.M.: *Saxer*, St. Galler BV-Komm., Art. 185, N. 96 ff.; *Trümpler* (Anm. 99), N. 308 ff.

104 Art. 86 MG.

105 Botschaft BV (Anm. 14), 399.

106 *Ruch*, Äussere und Innere Sicherheit, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 56, N. 29; *Saxer*, St. Galler BV-Komm., Art. 173, N. 7; *Saxer*, St. Galler BV-Komm., Art. 185, N. 63.

107 *Ruch*, Äussere und Innere Sicherheit, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 56, N. 29, 35; *Saxer*, St. Galler BV-Komm., Art. 185, N. 64.

108 *Lienhard/Häsler* (Anm. 17), N. 36.

109 Siehe *Frédéric Bernard*, État de droit et situations extraordinaires, in diesem Werk, Bd. 2, IV.4, N. 41.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

V. Auslagerung von Sicherheitsaufgaben auf Private

Private Sicherheitsunternehmen haben in der Schweiz in den letzten 20 Jahren stark an Bedeutung gewonnen. Heute stehen 18'500 staatlichen Polizistinnen und Polizisten 21'710 private Sicherheitskräfte gegenüber, die bei 807 Unternehmen angestellt sind.¹¹⁰ Diese patrouillieren auf öffentlichen Strassen und Plätzen und in Bahnhöfen, kontrollieren Personen an Grossanlässen, verteilen Parkbussen, bewachen öffentliche Gebäude und führen Gefangenentransporte durch.¹¹¹ 35

Die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben durch Private steht im Kontrast zum Gewaltmonopol des Staates. Das Gewaltmonopol wird zwar von der Bundesverfassung und den meisten Kantonsverfassungen nicht ausdrücklich statuiert¹¹², wird aber – als Bedingung des modernen Staates – von diesen vorausgesetzt und ist somit Teil des materiellen Verfassungsrechts.¹¹³ Es bildet den eigentlichen »Kern der staatlichen Sicherheitsverfassung«.¹¹⁴ 36

Das Gewaltmonopol macht die Androhung und Ausübung legitimer physischer Gewalt zur ausschliesslichen Angelegenheit des Staates.¹¹⁵ Die zulässige Gewaltanwendung durch Private wird auf eng definierte Ausnahmen beschränkt: Privaten Sicherheitsunternehmen stehen ausschliesslich die sogenannten Jedermannsrechte zu, insbesondere die Notwehr bzw. Notwehrhilfe (Art. 15 StGB), der Notstand (Art. 17 StGB), die vorläufige Festnahme (Art. 218 StPO) und die zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe nach Art. 701 ZGB (Eingriff in Grundeigentum Dritter zur Abwehr von Gefahr und Schaden), Art. 926 ZGB (Besitzerschutz: Abwehr von Angriffen) und Art. 52 OR (Haftung bei Notwehr, Notstand und Selbsthilfe). Im privaten Raum kommt allenfalls das Hausrecht hinzu, dessen Ausübung der Inhaber einem Privaten übertragen kann.¹¹⁶ Im halböffentlichen Raum, d.h. im Raum, der sich zwar privat zuordnen lässt, aber nach seiner Zweckbestimmung öffentlich zugänglich ist (Sportstadien, Einkaufszentren, Badeanstalten, privat betriebene Transportmittel usw.), 37

110 Bundesamt für Statistik, Statistik der Unternehmensstruktur STATENT, Stand: 24.8.2017; www.kkjp.d.ch > Themen > Polizei (5.2.2019); *Daniel Gerny*, Gegen den Wildwuchs bei Security-Firmen, NZZ vom 14.3.2018.

111 *Matthias Bieri*, Beständiger Aufstieg: Private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz, in: ETH Zürich Center for Security Studies (Hrsg.), Bulletin 2015 zur schweizerischen Sicherheitspolitik, Zürich 2015, S. 63 ff.

112 Ausnahmen bilden Art. 44 Abs. 1 KV VD (»Dans les limites de ses compétences, l'État détient le monopole de la force publique«) und Art. 184 Abs. 1 KV GE (»Le canton détient le monopole de la force publique«).

113 *Walter Kälin/Andreas Lienhard/Judith Wyttenbach*, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 46, Basel 2007, S. 13.

114 Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (in Beantwortung des Postulats Stähelin 04.3267 vom 1.6.2004 »Private Sicherheitsfirmen« vom 2.12.2005) (Bericht »Private Sicherheits- und Militärfirmen«), BBl 2006 623 ff., 631.

115 *Kälin/Lienhard/Wyttenbach* (Anm. 113), S. 15; Bericht »Private Sicherheits- und Militärfirmen« (Anm. 114), 631.

116 Grundlagen für das Hausrecht bilden Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 186 StGB, Art. 28 ZGB sowie die Eigentums- und Besitzrechte des ZGB.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

können private Sicherheitskräfte zudem jene Massnahmen ergreifen, in die die Besucher bzw. Reisenden mit dem Kauf einer Eintritts- bzw. Fahrkarte vertraglich eingewilligt haben (z.B. Eingangs- und Gepäckkontrollen).¹¹⁷

- 38 Das staatliche Gewaltmonopol setzt der – von Art. 178 Abs. 3 BV und vielen Kantonsverfassungen¹¹⁸ vorgesehenen – Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private Grenzen. Es verbietet es dem Staat, sich »aus seiner ihn legitimierenden, elementaren Verpflichtung, die Gewaltanwendung im privaten und im öffentlichen Raum umfassend zu regeln und zu kontrollieren und die öffentliche Sicherheit zu garantieren«¹¹⁹, zurückzuziehen. Die Pflicht des Staates zur *Gewährleistung* der Sicherheit kann nicht privatisiert werden. Soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird¹²⁰, ist hingegen die Auslagerung der *Erfüllung* einzelner Sicherheitsaufgaben an Private grundsätzlich denkbar. Dabei ist die Zulässigkeit jeweils in Bezug auf die spezifische Aufgabe zu beurteilen.¹²¹ Weitgehend unproblematisch ist der Einsatz von privatem Sicherheitspersonal, das von den Behörden eng kontrolliert wird und nur über einen geringen Handlungsspielraum verfügt. Bei einer solchen blossen Hilfstätigkeit, wie etwa der Gepäckkontrolle an Flughäfen, kann gar nicht erst von einer Delegation gesprochen werden.¹²²
- 39 Bei über eine Hilfstätigkeit hinausgehenden Aufgaben müssen die allgemein für die Übertragung an Dritte geltenden verfassungsrechtlichen Erfordernisse erfüllt sein: Die Auslagerung bedarf einer bereichsspezifischen Grundlage im formellen Gesetz (für den Bund: Art. 178 Abs. 3 BV), das die wichtigen Aspekte (Zuständigkeiten, Tätigkeiten, zulässige Mittel, fachliche Anforderungen, Erscheinungsbild, Aufsicht usw.) zumindest in den Grundzügen umschreiben muss (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV); sie muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV); es muss gewährleistet werden, dass die privaten Sicherheitskräfte die Grundrechte (z.B. den Anspruch auf Datenschutz¹²³) respektieren (Art. 35 Abs. 2 BV); es bedarf einer staatlichen Aufsicht (vgl. Art. 187 Abs. 1 lit. a BV); und der Rechtsschutz muss sichergestellt sein (Art. 29a BV).¹²⁴ Der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass die Sicherheitsgewährleistung auf demselben rechtlichen und faktischen Niveau erfolgt, wie wenn der Staat selbst tätig würde.¹²⁵ Bei seiner Regelung hat er in Bezug auf jede

117 Bericht »Private Sicherheits- und Militärfirmen« (Anm. 114), 648; *Kälin/Lienhard/Wyttenbach* (Anm. 113), S. 35 f. Zur Übertragung von Durchsuchungsbefugnissen siehe BGE 140 I 2 E. 10.2 S. 29 f.

118 Siehe z.B. Art. 95 Abs. 1 lit. c KV BE; Art. 54 KV FR; Art. 98 KV ZH.

119 Bericht »Malama« (Anm. 15), 4541.

120 Siehe z.B. Art. 112 und Art. 184 KV GE.

121 *Kälin/Lienhard/Wyttenbach* (Anm. 113), S. 77 ff.

122 Bericht »Malama« (Anm. 15), 4542.

123 *Andreas Zünd/Christoph Errass*, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit & Recht 2012, S. 162 ff., 177.

124 *Biaggini*, St. Galler BV-Komm., Art. 178, N. 32 ff.; *Kälin/Lienhard/Wyttenbach* (Anm. 113), S. 63 ff.; *Zünd/Errass* (Anm. 123), S. 177 ff.

125 *Zünd/Errass* (Anm. 123), S. 176 f.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

sicherheitsrechtliche Aufgabe eine umfassende Bewertung der verschiedenen sich gegenüberstehenden Interessen vorzunehmen, wobei er sich von folgenden Gesichtspunkten leiten lassen muss: Je schwerwiegender der Grundrechtseingriff, je grösser das Ermessen der ausübenden Person, je geringer die Rechtsschutzmöglichkeiten und je grösser das Konfliktpotential, desto strenger muss die Auslagerung an Private reguliert werden; allenfalls ist sie ganz ausgeschlossen.¹²⁶ Als nicht auslagerungsfähig einzustufen sind insbesondere strafprozessuale Ermittlungshandlungen und polizeiliche Zwangsmassnahmen.¹²⁷ Nur sehr beschränkt auslagerungsfähig sind etwa Wegweisungen und Gefangenentransporte.¹²⁸ Im Grundsatz auf Private übertragbar ist dagegen die reine Überwachungs- und Meldetätigkeit.¹²⁹

Die bestehenden bundesrechtlichen Grundlagen für die Auslagerung von Sicherheitsaufgaben sind vor diesem Hintergrund kritisch zu beurteilen. Die VES¹³⁰ statuiert die Mindestanforderungen, denen private Sicherheitsunternehmen und ihr Personal genügen müssen. Sie enthält aber – wie Art. 2 VES ausdrücklich festhält – keine Rechtsgrundlage für eine Aufgabenübertragung an Private. Der Verordnung selbst mangelt es an einer genügenden Grundlage; gemäss Ingress stützt sie sich auf Art. 182 Abs. 2 BV, der indessen dem Bundesrat keine Kompetenz zum Erlass von Verordnungen ohne Gesetzesgrundlage verleiht.¹³¹ Eine Regelung der Grundsätze der Anwendung polizeilichen Zwangs und verschiedener polizeilicher Massnahmen findet sich im ZAG, das auch für Private gilt, die von den Bundesbehörden für die Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen werden (Art. 2 Abs. 1 lit. e ZAG). Auch das ZAG stellt selbst keine gesetzliche Grundlage für eine Aufgabenübertragung dar (vgl. Art. 7 ZAG). Sofern von der Schweiz aus private Sicherheitsdienstleistungen im Ausland erbracht werden, kommt das BPS zur Anwendung. Dieses sieht eine Meldepflicht für entsprechende Tätigkeiten (Art. 10) und die Möglichkeit ihres Verbots (Art. 14) vor. Zugleich ermächtigt das BPS in Art. 30 die Bundesbehörden, private Sicherheitsunternehmen für den Personen- und Gebäudeschutz im Ausland einzusetzen. Weitere gesetzliche Grundlagen für die Auslagerung von Sicherheitsaufgaben finden sich z.B. im BWIS und im BGST. Gemäss Art. 22 Abs. 2 BWIS kann der Bundesrat für den Schutz der Behörden und Gebäude des Bundes private Schutzdienste einsetzen. Wichtige Aspekte dieser Aufgabenübertragung, wie etwa die von den Sicherheitskräften zu erfüllenden fachlichen Anforderungen, sind auf Gesetzesstufe nicht geregelt. Art. 5 Abs. 3 BGST ermächtigt Transportunternehmen, Aufgaben des Sicherheitsdienstes Privaten zu übertragen. Der Si-

126 Kälin/Lienhard/Wyttenbach (Anm. 113), S. 92 f.; Zünd/Errass (Anm. 123), S. 176 f.

127 Kälin/Lienhard/Wyttenbach (Anm. 113), S. 94 ff. Einige kantonale Polizeigesetze verbieten denn auch eine Übertragung dieser Massnahmen an Private; siehe z.B. § 5 Abs. 2 POG ZH (Anm. 73); § 28 Abs. 3 des Gesetzes vom 27.1.1998 über die Luzerner Polizei (PolG LU; SRL 350).

128 Kälin/Lienhard/Wyttenbach (Anm. 113), S. 99 ff., 106 ff.

129 Kälin/Lienhard/Wyttenbach (Anm. 113), S. 113 f.

130 Verordnung vom 24.6.2015 über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden (VES; SR 124).

131 Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N. 2694 f.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

cherheitsdienst kann für die Erfüllung seiner in Art. 3 BGST umschriebenen Aufgaben Ausweiskontrollen vornehmen, Personen befragen, anhalten, kontrollieren, wegweisen und von ihnen eine Sicherheitsleistung verlangen (Art. 4 Abs. 1 BGST). Insbesondere die Befugnisse zur Anhaltung, Personenkontrolle und Wegweisung vermitteln dem Sicherheitsdienst einen sehr grossen Ermessensspielraum; zudem ist das Konfliktpotential bei der Ausübung dieser Befugnisse regelmässig gross. Vor diesem Hintergrund kann der Staat bei einer Auslagerung den Schutz der Grundrechte nicht gewährleisten, weshalb diese sich als verfassungswidrig erweist.¹³²

- 41 Ebenso unbefriedigend präsentiert sich die Rechtslage auf der kantonalen Ebene. Viele Kantone haben das Sicherheitsgewerbe reguliert, indem sie entsprechende Tätigkeiten einer Bewilligungspflicht unterworfen haben. Dabei unterscheiden sich aber die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung von Kanton zu Kanton.¹³³ Andere Kantone (wie Bern) kennen keine Bewilligungspflicht. Eine einheitliche Regulierung findet sich nur in der Westschweiz, wo sich die Kantone Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis bereits 1996 zu einem Konkordat zusammenschlossen, das die Voraussetzungen für die Zulassung von Sicherheitsunternehmen sowie die Anforderungen an das Sicherheitspersonal regelt.¹³⁴ 2010 hiess die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) das Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (KÜPS)¹³⁵ gut und empfahl allen Kantonen, innert zweier Jahre diesem oder dem Westschweizer Konkordat beizutreten. Weil mehrere Kantone (unter ihnen die grossen Kantone Bern und Zürich, in denen rund 50 % der Sicherheitsunternehmen domiziliert sind) dieser Empfehlung nicht nachkamen, kam die KKJPD 2017 zum Schluss, dass das KÜPS nicht in Kraft gesetzt werden kann.¹³⁶ Folge der gegenwärtigen Rechtszersplitterung ist, dass die Regelungen jener Kantone, welche hohe Anforderungen stellen, umgangen werden können, weil nach dem BGBM¹³⁷ ausserkantonalen Sicherheitsunternehmen der freie Marktzugang grundsätzlich nicht verweigert werden darf.¹³⁸ Im Februar 2018 hielt der Bundesrat deshalb fest, er halte den Zeitpunkt für den Erlass von bundesrechtlichen Mindestvorschriften für gekommen.¹³⁹ Art. 95 Abs. 1 BV bietet eine verfassungsrechtliche Grundlage für eine solche bundesrechtliche Regelung.¹⁴⁰

132 *Zünd/Errass* (Anm. 123), S. 180 f.

133 *Kälin/Lienhard/Wyssenbach* (Anm. 113), S. 41 ff.

134 Konkordat vom 18.10.1996 über die Sicherheitsunternehmen (SR 935.81).

135 Konkordat vom 12.11.2010 über private Sicherheitsdienstleistungen; der Text des Konkordats ist auf der Webseite der KKJPD verfügbar: www.kkjpd.ch > Themen > Private Sicherheitsunternehmen (5.2.2019).

136 www.kkjpd.ch > Themen > Private Sicherheitsunternehmen (5.2.2019).

137 Art. 2 f. des BG vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02).

138 Siehe dazu *Jürg Marcel Tiefenthal*, Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im (halb-) öffentlichen Raum durch private Sicherheitsdienste, Jusletter 12.12.2016, N. 26 ff.

139 Stellungnahme des Bundesrates vom 14.2.2018 zur Motion 17.4101 (Paul Rechsteiner, »Mindeststandards für Sicherheitsfirmen national regeln«).

140 Bericht »Private Sicherheits- und Militärfirmen« (Anm. 114), 662.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

Ebenfalls sehr unterschiedlich gestaltet sich die Rechtslage in den Kantonen in Bezug auf die gesetzlichen Grundlagen für die Übertragung von Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen. Im Kanton Graubünden können jegliche Polizeiaufgaben an Private übertragen werden.¹⁴¹ Andere kantonale Polizeigesetze definieren, welche Aufgaben delegiert werden können; dazu gehören etwa die Verkehrsregelung¹⁴² oder der Transport von Gefangenen¹⁴³. Schliesslich werden in einigen Kantonen gewisse Tätigkeiten, insbesondere strafprozessuale Ermittlungshandlungen und polizeiliche Zwangsmassnahmen, als nicht übertragbar eingestuft.¹⁴⁴

VI. Sicherheitspolitische Instrumente

1. Grundsätze

Gemäss dem Bundesrat sind die acht zentralen Instrumente der schweizerischen Sicherheitspolitik die Aussenpolitik, die Armee, der Bevölkerungsschutz, der Nachrichtendienst, die Wirtschaftspolitik, die Zollverwaltung, die Polizei und der Zivildienst.¹⁴⁵ Im Folgenden kann bloss auf einzelne dieser Instrumente eingegangen werden – und auch dies nur, um auf einige aktuelle verfassungsrechtliche Probleme aufmerksam zu machen.

Mit ihrem föderalen Aufbau, ihrem direktdemokratischen Instrumentarium und ihrem Konkordanzsystem tut sich die Schweiz schwer mit einer effizienten, langfristigen Gesamtausrichtung ihrer Sicherheitspolitik.¹⁴⁶ Dementsprechend ist hinter dem Sicherheitsrecht des Bundes kein wirkliches System erkennbar, es »hinterlässt den Eindruck eines Konvoluts nur dürftig koordinierter Sachgesetze«¹⁴⁷.

2. Armee

Gemäss der Zweckumschreibung¹⁴⁸ von Art. 58 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BV dient die Armee der Kriegsverhinderung und der Friedenserhaltung, wobei es bei beiden Aspekten letztlich um das gleiche Ziel geht.¹⁴⁹ Im Folgenden umschreibt Art. 58 Abs. 2 BV sodann die einzelnen Aufgaben der Armee: Verteidigung des Landes und seiner Bevölkerung (Satz 1 Hs. 2), Unterstützung der zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen (Satz 2) sowie

141 Art. 34 Polizeigesetz vom 20.10.2004 des Kantons Graubünden (BR 613.000).

142 § 52 Abs. 2 Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 28.11.1996 (PolG BL; SGS-BS 700).

143 § 5 Abs. 2 POG ZH (Anm. 73).

144 § 5 Abs. 2 POG ZH (Anm. 73); § 28 Abs. 3 PolG LU (Anm. 127).

145 SIPOL B 2010, BBI 2010 (Anm. 11), 5165 ff.

146 *Andreas Wenger*, Sicherheitspolitik, in: Peter Knoepfel et al. (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 645 ff., 667.

147 *Tschannen* (Anm. 13), N. 1.

148 Siehe *Diggelmann/Altwicker*, *Basler BV-Komm.*, Art. 58, N. 10.

149 *Meyer/Müller*, *St. Galler BV-Komm.*, Art. 58, N. 20.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

weitere vom Gesetz vorgesehene Aufgaben (Satz 3). Die weiteren Aufgaben müssen von der Zweckumschreibung gedeckt sein, sodass der Spielraum des Bundesgesetzgebers eng begrenzt ist.¹⁵⁰ Innerhalb dieses Spielraums bewegt er sich, soweit er die Armee mit der »Friedensförderung im internationalen Rahmen« betraut (Art. 1 Abs. 4 MG). Verfassungsrechtlich problematisch ist hingegen die durch die Teilrevision des Militärgesetzes von 2016 erfolgte Erweiterung des Aufgabenfeldes der Armee. Gemäss dem seit 1.1.2018 in Kraft stehenden Art. 1 Abs. 2 MG unterstützt die Armee die zivilen Behörden nicht nur bei der Bewältigung der von der Verfassung umschriebenen Situationen, sondern auch »bei der Bewältigung von Spitzenbelastungen oder von Aufgaben, die die Behörden mangels geeigneter Personen oder Mittel nicht bewältigen können« (lit. e) und »bei der Erfüllung anderer Aufgaben von nationaler oder internationaler Bedeutung« (lit. f). Damit wird die bisherige Praxis auf eine solidere gesetzliche Grundlage gestellt, wonach auch bei planbaren, ja wiederkehrenden Grosseignissen (World Economic Forum, Fussball-Europameisterschaft usw.) eine Unterstützung durch Armeetruppen erfolgt, obwohl nicht von »ausserordentlichen Lagen« die Rede sein kann.¹⁵¹ An der Verfassungswidrigkeit dieser Praxis ändert sich dadurch aber nichts: Die Situationen, die eine Unterstützung durch die Armee nötig machen können, sind in Art. 58 Abs. 2 Satz 2 BV abschliessend geregelt; weitere Unterstützungsaufgaben lassen sich somit auch nicht auf Satz 3 abstützen.¹⁵² Zudem wird mit dem revidierten Militärgesetz das mit dem Element der »ausserordentlichen Lagen« angesprochene Subsidiaritätsprinzip aufgeweicht, indem es neu genügt, dass die Aufgabenerfüllung für die zivilen Behörden wirtschaftlich nicht vertretbar ist (Art. 67 Abs. 2 lit. b MG).¹⁵³

- 46 Mit der jüngsten Revision des Militärgesetzes ist auch eine formell-gesetzliche Grundlage für den Waffeneinsatz gegen Luftfahrzeuge, der bislang nur auf Verordnungsebene geregelt war¹⁵⁴, geschaffen worden. Art. 92a Abs. 3 MG sieht vor, dass bei eingeschränktem Luftverkehr auch gegen Zivilflugzeuge Waffen eingesetzt werden dürfen, wobei die Vorsteherin oder der Vorsteher des VBS den Waffeneinsatz anzuordnen hat (Art. 92a Abs. 5 MG). Die Bestimmung ist verfassungsrechtlich problematisch. Es lässt sich nicht mit Art. 7 BV vereinbaren, gestützt darauf ein entführtes Passagierflugzeug abzuschliessen, um einen terroristischen Anschlag zu verhindern: Opfert der Staat unschuldige Menschen, um (allenfalls) an-

150 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 58, N. 7; *Diggelmann/Altwicker*, Basler BV-Komm., Art. 58, N. 15; *Meyer/Müller*, St. Galler BV-Komm., Art. 58, N. 36.

151 Bericht »Malama« (Anm. 15), 4558.

152 *Meyer/Müller*, St. Galler BV-Komm., Art. 58, N. 29; *Rainer J. Schweizer*, Rechtsdurchsetzung mit militärischen Mitteln, Inlandeinsätze der Armee und Militarisierung der Polizei, Landesbericht Schweiz, in: Uwe Kischel/Sebastian Graf von Kielmansegg (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung mit militärischen Mitteln, Tübingen 2018, S. 57 ff., 106; a.M. *Tschannen* (Anm. 13), N. 46.

153 Siehe dazu Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee (Botschaft »Weiterentwicklung Armee«), BBl 2014 6955 ff., 7012 f.

154 Aufgehobener Art. 14 Verordnung vom 23.3.2005 über die Wahrung der Lufthoheit (AS 2005 1761).

VIII. Teil Bereichsverfassungen

dere Menschen zu retten, degradiert er sie zu Objekten seines Handelns und verletzt somit ihre Würde.¹⁵⁵

3. Nachrichtendienst

Der Staatsschutz ist der einzige sicherheitspolitische Bereich, der dank dem am 1.9.2017 in Kraft getretenen Nachrichtendienstgesetz umfassend reguliert ist. Das Gesetz beauftragt den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) mit der Beschaffung und Bearbeitung sicherheitspolitischer Informationen und mit der Beurteilung der Bedrohungslage zuhanden der betroffenen Dienststellen des Bundes und der Kantone (Art. 6 NDG). Es ermächtigt den Nachrichtendienst, dazu auch in schwerwiegender Weise in die Grundrechte, insbesondere jenes auf Schutz der Privatsphäre, einzugreifen. So darf der NDB den Fernmeldeverkehr überwachen, in Computersysteme eindringen (Art. 26 ff. NDG) und Internetverbindungen mit dem Ausland überwachen (sog. Kabelaufklärung) (Art. 39 ff. NDG). Zudem ermächtigt Art. 74 NDG den Bundesrat, terroristische oder gewalttätig-extremistische Organisationen zu verbieten. Mit dieser im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht vorgesehenen, auf Vorschlag der Sicherheitspolitischen Kommission des Nationalrats eingefügten¹⁵⁶, Ermächtigung sollte es dem Bundesrat ermöglicht werden, ohne Rückgriff auf Notrecht zeitlich unbegrenzte Organisationsverbote auszusprechen¹⁵⁷. Da sich ein Organisationsverbot gemäss Art. 74 Abs. 2 NDG »auf einen entsprechenden Beschluss der Vereinten Nationen oder der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa« abstützen muss, jedoch weder die UNO noch die OSZE Organisationsverbote aussprechen, wird die Bestimmung vorerst ein Papiertiger bleiben. Selbst wenn diese rechtsetzungstechnisch misslungene Einschränkung wie vorgesehen aus dem Gesetzestext gestrichen werden sollte¹⁵⁸, erscheint es zweifelhaft, dass Art. 74 NDG mit seinen zahlreichen unklaren bzw. vagen Begriffen (»terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten«, »mittelbar oder unmittelbar [...] propagiert, unterstützt oder in anderer Weise fördert«) eine den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügende gesetzliche Grundlage für einen schwerwiegenden Eingriff in die von Art. 23 BV garantierte Vereinigungsfreiheit darstellt.

155 Botschaft »Weiterentwicklung Armee« (Anm. 153), 7015; BVerfGE 115, 118 (151 ff.).

156 AB 2015 N 418; AB 2015 S 631.

157 Votum Nationalrätin Eichenberger, AB 2015 N 414; Votum Nationalrat Borer, AB 2015 N 416; Votum Ständerat Kuprecht, AB 2015 S 631.

158 Stellungnahme des Bundesrates vom 6.9.2017 zur Motion 17.3583 »Verbot der salafistischen Organisation »Lies!« und Unterbindung der Verbreitung von dschihadistischem Gedankengut« von Nationalrat Wobmann vom 16.6.2017.

VIII.8 Sicherheitsverfassung (Moeckli)

4. Polizei

- 48 Besonders unübersichtlich präsentiert sich die Rechtslage im Bereich der polizeilichen Aufgaben. Diese werden heute von einer Vielfalt von Polizeieinheiten erfüllt: Neben die kantonalen, regionalen und kommunalen Polizeikorps sind das Grenzwachtkorps, Truppen der Armee, die Transportpolizei, private Sicherheitsdienste öffentlicher Verkehrsbetriebe sowie private Sicherheitsunternehmen im Auftrag des Bundes oder kantonaler bzw. kommunaler Behörden getreten. Da Polizeieinheiten eine Querschnittsaufgabe erfüllen, können auf die Ausübung der entsprechenden polizeilichen Befugnisse gleichzeitig mehrere Erlasse mit inhaltlich unterschiedlichen Vorgaben anwendbar sein.¹⁵⁹ Die daraus resultierende erhebliche Rechtsunsicherheit ist im Hinblick auf Art. 5 BV problematisch.
- 49 Ein Bundesgesetz, mit dem eine übersichtliche und hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage für die polizeilichen Aufgaben des Bundes geschaffen werden sollte, ist nicht über den Vorentwurf herausgekommen.¹⁶⁰ Eine gewisse Harmonisierung des Polizeirechts des Bundes schafft immerhin das ZAG, das allerdings in Art. 3 einen Vorbehalt abweichender Regelungen enthält. Mit dem BPI wurde die Nutzung der verschiedenen polizeilichen Informationssysteme des Bundes auf eine einheitliche gesetzliche Grundlage gestellt.

VII. Rechtsschutz

- 50 Massnahmen zur Wahrung der Sicherheit erfolgen regelmässig nicht in der Form der Verfügung, sondern als Realakte. Diese Realakte greifen ebenso regelmässig in die Grundrechte der Betroffenen ein, können also »Rechtsstreitigkeiten« im Sinn von Art. 29a BV auslösen. Somit besteht gemäss dieser Bestimmung ein Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Allerdings hapert es mit der Umsetzung der Vorgaben der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie: Viele Kantone haben die Anfechtung von (polizeilichen) Realakten auch weiterhin nicht ausdrücklich geregelt.¹⁶¹
- 51 Ausgeschlossen von einer gerichtlichen Überprüfung sind auf Bundesebene »Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes«: Gegen solche Verfügungen bzw. Entscheide sind die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht unzulässig, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG). Gegen entsprechende kantonale Entscheide kann immerhin beim Bundesgericht Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Für diese Begrenzung des

159 Mohler/Schweizer (Anm. 96), N. 37.

160 EJPD, Medienmitteilung: Polizeiaufgabengesetz: Gesetzgebungsarbeiten werden eingestellt, 26.6.2013, www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/aktuell/news/2013/ref_2013-06-261.html (5.2.2019).

161 Siehe Josianne Magnin, *Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung*, Zürich 2017, S. 271 ff.; Benjamin Schindler, *Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht* 2012, S. 215 ff., 219 ff.

VIII. Teil Bereichsverfassungen

gerichtlichen Rechtsschutzes lassen sich zwar Gesichtspunkte der Gewaltenteilung und – teilweise – der mangelnden Justiziabilität ins Feld führen. Trotzdem können sich in gewissen Konstellationen Rechtsschutzlücken öffnen, die im Hinblick auf Art. 29a BV problematisch sind.¹⁶² Daran wird auch die eingeleitete Revision des BGG nichts ändern: Der Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit soll beibehalten werden. Immerhin soll das Gesetz neu ausdrücklich festhalten, dass nur Entschiede, die überwiegend auf politischen Erwägungen beruhen, von der Beschwerde ausgenommen sind.¹⁶³

VIII. Schluss

Als Reaktion auf neue Bedrohungen der Sicherheit der Schweiz und ihrer Bevölkerung hat der Bund in den letzten Jahren eine rege Rechtsetzungstätigkeit entwickelt – im Bereich der inneren Sicherheit häufig trotz Fehlens einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundlage. Das Resultat ist ein Konvolut sich überschneidender – und sich teilweise widersprechender – Erlasse. Ein eigentliches System ist hinter dem schweizerischen Sicherheitsrecht nicht zu erkennen. Deshalb sind vermehrt Rufe nach einer Neuordnung der verfassungsmässigen Kompetenzaufteilung auf dem Gebiet der inneren Sicherheit laut geworden: Die kantonale Polizeihohheit sei explizit in der Bundesverfassung zu verankern, die Aufgaben des Bundes seien klar zu definieren.¹⁶⁴ Angesichts der Tatsache, dass die Gewährleistung der Sicherheit regelmässig Beschränkungen der Freiheit nach sich zieht (vgl. oben N. 7), ist die Herstellung einer klaren Rechtslage in diesem Bereich von grösster Wichtigkeit und Dringlichkeit.

162 Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Rechtsschutzlücken, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Evaluation der Bundesrechtspflege, Zusammenfassung der Studie »Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege« und »Studie Rechtsschutzlücken«, Schriftenreihe des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Bd. 4, Zürich/St. Gallen 2014, S. 35 ff., 71 ff.

163 Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), BBl 2018 4605 ff., 4640.

164 Müller (Anm. 96), S. 503 ff.; Jürg M. Tiefenthal, Kantonale Polizeihohheit – Grundpfeiler des Föderalismus oder folkloristischer Mythos?, Sicherheit & Recht 2017, S. 153 ff., 166.