



Markus Schefer*/Reto Müller**

Schutz der inneren Sicherheit – historische Entwicklung und aktuelle Fragestellungen

Die Gewährleistung des friedlichen Zusammenlebens – und damit der inneren Sicherheit – ist Kernaufgabe des Staates. Das Verfassungsrecht der Schweiz hat sich seit der Staatsgründung 1848 diesbezüglich aber nicht entscheidend fortgebildet. Im Laufe der Zeit ist das Ungenügen der verfassungsrechtlichen Ordnung immer wieder deutlich geworden. Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sollte im Bereich der inneren Sicherheit grundlegend überdacht werden, gerade auch zum Schutz der Grundrechte. Der Diskussion darüber darf nicht länger ausgewichen werden.

Garantir la coexistence pacifique – et par là, la sécurité intérieure – est un devoir essentiel de l'Etat. Le droit constitutionnel suisse n'a cependant pas subi d'évolution significative en la matière depuis la fondation de la Confédération en 1848. Au fil du temps, les lacunes de l'ordre constitutionnel se sont manifestées à diverses reprises. Il convient de procéder à une réévaluation fondamentale de la relation entre la Confédération et les cantons dans le domaine de la sécurité intérieure, en vue également d'assurer la protection des droits fondamentaux. On ne peut pas continuer à éviter le débat sur ce sujet.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Die Bundesverfassung von 1848
 1. Die Bundeskompetenzen
 2. Wahrung der inneren Sicherheit
 3. Strafrechtlicher Staatsschutz
 4. Ordnungsdienst der Armee
 5. Fazit
- III. Entwicklung unter der Bundesverfassung von 1874
 1. Die Grenzen des statuierten Systems
 2. Insbesondere der Umgang mit dem Anarchismus
 3. Die Bundeskompetenz zum Erlass eines Strafgesetzbuches
- IV. Vom Notrecht zum Notrecht
 1. Der Erste Weltkrieg – eine doppelte Zerreihsprobe
 2. Vorübergehende Normalisierung
 3. Das Dringlichkeitsrecht der 1930er Jahre
 4. Der Zweite Weltkrieg und die mühsame Rückkehr zum demokratischen Rechtsstaat
 5. Staatsschutz im Kalten Krieg
 6. Gescheiterte Vorhaben zum Ausbau der zivilen Polizeikräfte mit Beteiligung des Bundes
 7. Folgen des Scheiterns
 8. Die Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 und die aktuelle Gemengelage
 9. Ein aktuelles Beispiel: Die Aufsicht über die kantonalen BWIS-Beamten
 - 9.1. Das Problem: Mangelnde Klarheit der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuteilung im Bereich des Staatsschutzes
 - 9.2. Die Verordnung des Kantons Basel-Stadt über den Vollzug des BWIS
 - a) Ausgangslage
 - b) Integration der Aufsicht in die kantonale BWIS-Behörde
 - c) Transparenz über die internen Verfahrensabläufe
 - d) Aktuelle Situation
 - e) Würdigung
- V. Schluss

I. Einleitung

Die Gewährleistung der inneren Sicherheit gehört zu den Kernaufgaben des Staates. Dabei stellen sich elementare verfassungsrechtliche Fragen, insbesondere der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen und der Grundrechtskonformität. Der vorliegende Aufsatz skizziert zunächst die Entwicklung von Recht und Praxis der inneren Sicherheit seit der Gründung des Bundesstaates¹ und geht anschliessend näher auf aktuelle Fragestellungen im Zusammenhang mit der Aufsicht über den Inlandnachrichtendienst ein, soweit den Kantonen entsprechende Vollzugsaufgaben zukommen.

II. Die Bundesverfassung von 1848

Die Bundesverfassung von 1848 (BV 1848)² war Ausdruck originärer Verfassungsgebung durch die Tagsat-

* Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Basel.

** Dr. iur., «Fachspezialist Recht» im Fachsekretariat der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom, Bern (der Autor gibt ausschliesslich seine persönliche Meinung wieder).

¹ Siehe weiterführende Darstellung bei RETO PATRICK MÜLLER, Innere Sicherheit Schweiz – Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, Diss. Basel 2009, Egg bei Einsiedeln 2009; eine zitierfähige «Bildschirmversion» ist auf <http://www.rechtssicherheit.ch/oeffentliche-sicherheit.html> öffentlich zugänglich (zuletzt besucht am 10. Juli 2010).

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 12. Herbstmonat 1848), AS I 3–35, ausserdem abgedruckt in BBl 1849 I 3–40, oder bei ALFRED KÖLZ, Quellenbuch zur neueren

zung und eine Mehrheit der Kantone.³ Trotz des erst dadurch entstandenen verfassungsrechtlichen Fundaments und der neuen, fortschrittlichen Institutionen (National- und Ständerat als Zweikammerparlament, Bundesrat, Bundesgericht) stellte der Übergang vom Staatenbund zum Bundesstaat auch rechtlich keinen vollständigen Bruch mit der Vergangenheit dar. Einerseits blieben die kantonalen Rechtsordnungen und Konkordate bestehen,⁴ andererseits setzte die Gesetzgebung des Bundes erst allmählich ein und konzentrierte sich auf die Errichtung eines gemeinsamen Marktes⁵ und Fragen der nationalen Infrastruktur.⁶

1. Die Bundeskompetenzen

Zu den prägenden Elementen der Bundesverfassung gehörten der Föderalismus und der Erhalt einer gewissen Staatlichkeit der Kantone. Staatliche Aufgaben fielen primär in den Zuständigkeitsbereich der Kantone. Verbandskompetenzen des Bundes bedurften (und bedürfen) hingegen einer Verankerung in der Bundesverfassung selber. Für die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen bildete der noch heute gültige Art. 3 BV (mittlerweile in Verbindung mit Art. 42, 43 und 43a BV 1999) die zentrale Norm.⁷

Zu den massgeblichen, von Anfang an und unbestritten dem Bund übertragenen Aufgaben gehörten einerseits jene über die Ausgestaltung der eidgenössischen Institutionen, andererseits die Aussenpolitik (Art. 8 BV 1848), die Schaffung eines Bundesheeres (Art. 19), Kompetenzen zur Umsetzung eines gemeinsamen Marktes

schweizerischen Verfassungsgeschichte: Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, 447–481.

³ Aus der Literatur ALFRED KÖLZ, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, 610 f.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Band I, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Basel 1991, Rz. 66; FRITZ FLEINER, *Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848*, in: Ders. (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, insbes. 78; WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl., Bern 1931, 5–7; JOHANN JACOB SCHOLLENBERGER, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berlin 1905, 31–35.

⁴ Art. 4 ÜBest BV 1848.

⁵ Zur verfassungsmässigen Vereinheitlichung der Zölle als wichtige Forderung der radikal-liberalen Staatsgründer eingehend KÖLZ (FN 3), 591–594.

⁶ Vgl. die Hinweise auf die ersten Bundesgesetze bei JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Die Schweizerische Bundesversammlung 1848–1998*, Basel 1998, Rz. 115–118 sowie Rz. 121, ausserdem JÜRGEN DÜBLIN-HÖNIGGER, *Die Anfänge der Schweizerischen Bundesversammlung*, Diss. phil. hist. Basel 1978, 73.

⁷ Zwar anerkannte die Lehre – mit Blick auf die verfassungsrechtliche Entwicklung in den USA – auch ungeschriebene Bundeskompetenzen, doch mussten diese zumindest einen klaren Bezug zur Bundesverfassung aufweisen. So JAKOB DUBS, *Das Öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zweiter Theil, *Das Bundesstaatsrecht*, Zürich 1878, 187. Zu den stillschweigenden Bundeskompetenzen vgl. insbes. auch JOHANN JACOB BLUMER/JOSEPH MOREL, *Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes*, Erster Band, 3. Aufl., Basel 1891, 210 (m.H. auf einen Meinungswechsel Blumers); LUDWIG RUDOLF VON SALIS, *Schweizerisches Bundesrecht*, Band I, Bern 1891, 72 f., sowie FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, 76–80.

(das Zoll- und das Postwesen in den Art. 23 ff.; das Münzregal in Art. 36 oder etwa die Vereinheitlichung von Massen und Gewicht in Art. 37), das Pulverregal (Art. 38), die Regelung des Heimatlosenwesens (Art. 56), ein Teil der Fremdenpolizei (Art. 57) sowie Fragen der Infrastruktur in einem weiten Sinn (Art. 21 f.; Art. 35; Art. 59).

Der junge Bundesstaat stellte ein relativ bescheidenes Staatswesen dar: Mit wenigen Kompetenzen, knappen finanziellen Mitteln und einem minimalen Beamtenapparat versehen (insbesondere kannte der Bund keine eigene Sicherheits- oder Kriminalpolizei), bildeten die Kantone wesentliche Stützen der Eidgenossenschaft. Aus Gründen der Effizienz innerhalb des Bundesstaates waren – und sind nach wie vor (vgl. Art. 46 BV 1999) – ausserdem vor allem die Kantone um den Vollzug des Bundesrechts besorgt.

2. Wahrung der inneren Sicherheit

Angesichts der kriegerischen Vorgeschichte der Gründung des schweizerischen Bundesstaates stellte die Wahrung der inneren Sicherheit gerade für die damalige Eidgenossenschaft eine elementare Aufgabe dar. Trotzdem verblieb sie primär bei den Kantonen und kam dem Bund nur subsidiär zu. Zudem regelte die Bundesverfassung von 1848 die Bundeskompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit sehr fragmentiert, mit unterschiedlichsten Begriffen («Handhabung von Ruhe und Ordnung im Inneren»; «Ordnung im Innern»; «Sicherheit der Schweiz»; «innere Sicherheit») und in verschiedenen Artikeln (Art. 2; 16 f.; 74 Ziff. 7; 90 Ziff. 10). Anders als noch der Pacte Rossi von 1832 oder die Helvetische Verfassung von 1798 unterschied sie zwischen innerer und äusserer Sicherheit.

Nach den Grundsätzen der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung (Art. 3 BV 1848) oblag dem Bund die Aufrechterhaltung der *äusseren* Sicherheit (ursprünglich verstanden als Abwehr einer militärischen Aggression durch einen fremden Staat),⁸ während die Sorge um die *innere* Sicherheit primär bei den Kantonen verblieb.⁹ Zwar verpflichtete Art. 5 BV den Bund zum Schutze des Gebiets der Kantone und deren verfassungsmässiger Ordnung; ein Eingriff in die kantonale Polizeihöhe war unter den Verfassungsordnungen von 1848 und 1874 damit aber nur *ausnahmsweise*, unter

⁸ (Bundes-) Gesetz über die Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 8. Mai 1850), AS I 366; HANS RUDOLF KURZ, *Geschichte der Schweizer Armee*, Frauenfeld 1985, 28, sowie weiterführend JOHANN ISLER, *Das Wehrwesen der Schweiz*, I. Band: *Die Wehrverfassungen vor 1907*, 4. Aufl., Zürich 1914, 11–23.

⁹ Aus der bis heute herrschenden Lehre vgl. insbes. BLUMER/MOREL (FN 7), 14; LUDWIG RUDOLF VON SALIS, *Schweizerisches Bundesrecht*, Band IV, 2. Aufl., Bern 1903, Rz. 1942; BURCKHARDT (FN 3), 126; FLEINER/GIACOMETTI (FN 7), 148 f.; KURT EICHENBERGER, *Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsausgabe*, ZBl 1977, 445; PETER SALADIN, *Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, ZSR 1984 II, 482 f.; HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, Diss. Bern 1993, 40; BEAT SCHLUBERT, *Die rechtliche Bewältigung ausserordentlicher Lagen im Bund*, Diss. Bern 1986, 173.

den strengen Voraussetzungen des Art. 16 BV in der Form einer *Bundesintervention* zulässig.¹⁰

Demnach konnten Bundesrat (Art. 90 Ziff. 10 BV 1848) oder Bundesversammlung (Art. 74 Ziff. 7 BV 1848) Massnahmen zum Schutze der inneren Sicherheit ergreifen, wenn die Eidgenossenschaft *als Ganze* bedroht war (Art. 16 Abs. 2 BV 1848 – dort als zweite Variante). Ein Eingriff des Bundes zum Schutz der inneren Ordnung eines Kantons (Art. 16 Abs. 1 BV 1848) war nur im Falle einer tatsächlichen Störung und insoweit zulässig, als der betroffene Kanton den Bund um Hilfe ersuchte.¹¹ Die erste Bundesverfassung unterstrich die primäre Verantwortung der Kantone zur Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit sogar in ihren finanziellen Auswirkungen, indem Art. 16 Abs. 4 eine Kostentragungspflicht für jenen Kanton statuierte, der eine Intervention «veranlasste».

Ohne dass sich die BV 1848 dazu ausdrücklich geussert hätte, lag diesen Regelungen fraglos das Konzept einer bei den Kantonen verbliebenen Polizeihöhe zu grunde. Die verfassungsrechtlichen Interventionsregeln ermöglichten die ausnahmsweise Durchbrechung der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung mit dem einzigen Zweck, die verfassungsmässige Ordnung in den Kantonen zu schützen respektive wiederherzustellen.

3. Strafrechtlicher Staatsschutz

So erstaunt es wenig, dass auch die Kompetenz zum Erlass von Straftatbeständen in der Hauptsache bei den Kantonen verblieb.¹² Das Bundesstrafrecht¹³ enthielt zwar (wie das Militärstrafrecht, von welchem es diesbezüglich stark imprägniert war) einen allgemeinen Teil, behandelte aber eigentlich nur die sog. «*politischen*» – im Gegensatz zu den bei den Kantonen verbliebenen «*gemeinen*» – Verbrechen und Vergehen. Es diente damit u.a. zur strafrechtlichen Aufarbeitung von Vorfällen, welche eine bewaffnete Bundesintervention provoziert hatten (also Aufstände, Putschversuche oder bewaffneter Widerstand gegen die Staatsgewalt). Das Bundesstrafrecht enthielt seinem Zwecke nach spezi-

fische Staatsschutzdelikte, welche aber durch eine ganze Reihe weiterer Straftatbestände ergänzt wurden.

Als Anklagebehörde zur Behandlung «politischer Delikte» wurde ein eidgenössischer General-Anwalt bestellt (Art. 107 BV 1848).¹⁴ Um das Amt «auszufüllen», übertrug der damals sparsame Bundesgesetzgeber dem General-Anwalt weitere Aufgaben. Vor allem die Lösung des «Heimatlosenproblems» entwickelte sich schon bald zur bedeutendsten Tätigkeit des General-Anwalts.¹⁵

Nach dem Rücktritt des amtierenden General-Anwalts wegen der politisch motivierten Unterschlagung des Royalisten-Aufstands in Neuenburg im Jahr 1856 verzichtete der Bundesrat auf eine Ersatzwahl und liess das Amt – mit Zustimmung des Parlaments, aber entgegen der Bundesverfassung – vorerst verwaissen.¹⁶ Man hielt die fallweise Ernennung von Bundesanwälten *ad hoc* für zweckmässiger.

Weder die Bundesverfassung noch die Bundesgesetze kannten *präventive* Staatsschutzinstrumente. Allenfalls könnten die (von der Sache her beschränkten) fremdenpolizeilichen Kompetenzen des Bundes, konkret jene zur Ausschaffung von Ausländern wegen Staatsgefährdung nach Art. 57 BV 1848, in diese Richtung charakterisiert werden.

Von diesen Kompetenzen machte der Bundesrat zwar Gebrauch, doch verblieben auch die wesentlichen Teile der Fremdenpolizei bei den Kantonen, welche ihrerseits ebenfalls zur Ausweisung von Ausländern berechtigt waren.¹⁷

4. Ordnungsdienst der Armee

Entsprechend der verfassungsmässigen Ordnung der BV 1848 fehlten dem Bund zivile Polizeikräfte. Ihm stand für Interventionen in den Kantonen lediglich die Entsendung von Zivilkommissären (Art. 74 Ziff. 3 und 90 Ziff. 6 BV 1848) mit Truppen (*bewaffnete* eidgenössische Intervention) oder ohne militärische Machtmittel (*unbewaffnete* eidgenössische Intervention) offen.¹⁸

¹⁰ SIMON KAISER, Schweizerisches Staatsrecht, Drittes Buch, St. Gallen 1860, 121 («Umkehrung [...] der bestehenden staatsrechtlichen Ordnung»); DUBS (FN 7), 199; WALTHER BURCKHARDT, Schweizerisches Bundesrecht, Erster Band, Frauenfeld 1930, Rz. 312; WALTER GNEHM, Das eidgenössische Interventionsrecht, Diss. Zürich 1912, 20.

¹¹ Als Ausnahme von der Ausnahme enthielt Art. 16 Abs. 2 BV 1848 eine Variante, welche dem Bund im Fall einer nicht mehr möglichen Kommunikation mit der betroffenen Kantonsregierung eine selbständige Eingriffsmöglichkeit einräumte; dazu JOHANN JACOB BLUMER, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Erster Band, Schaffhausen 1863, 196, oder DUBS (FN 7), 174.

¹² Zum Bundesstrafrecht siehe HEINRICH PFENNINGER, Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890, 347; zu den kantonalen Strafrechtsskodifikationen – soweit das «gemeine Strafrecht» überhaupt kodifiziert worden war – siehe RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte: ein Grundriss, Zürich 2007, Rz. 339–342, sowie ausführlich CARL STOOSS, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Erster Band, Basel/Genf 1892, *passim*.

¹³ Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (vom 27. August 1851), AS II 743–793.

¹⁴ Allgemein zur Funktion des Generalanwalts und dessen Tätigkeiten die Darstellung des späteren Bundesanwalts WERNER LÜTHI, Die schweizerische Bundesanwaltschaft, Diss. Bern 1923, 19–52, oder JOHANN JACOB SCHOLLENBERGER, Die Schweiz seit 1848, Berlin 1908, 197.

¹⁵ Dazu LÜTHI (FN 14), 43–48, oder SCHOLLENBERGER (FN 14), 197. Illustrativ auch etwa der Jahresbericht des eidg. Generalanwaltes über dessen Amtsführung während dem Jahre 1852 (1. Beilage zum Bericht des schweizerischen Bundesrates an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1852), BBl 1853 II 665–720.

¹⁶ Dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bundesanwaltschaft (vom 15. Juni 1889), BBl 1889 III, 628.

¹⁷ JAKOB DUBS, Zur Bundesrevision, Zürich 1865, 55 f.; ausserdem BLUMER (FN 11), 471, oder SCHOLLENBERGER (FN 3), 471.

¹⁸ ERNST HIRZEL, Der Ordnungsdienstauftrag der schweizerischen Armee, Diss. Basel 1974, 60; RENÉ ZELLER, Ruhe und Ordnung in der Schweiz, Diss. phil. hist. Zürich 1990, 17 f.; CHRISTOPHE LEUENBERGER

Eine bewaffnete Bundesintervention fiel militärrechtlich unter den Begriff des *Ordnungsdienstes*, welcher als Aktivdienst nur mit Genehmigung durch die Bundesversammlung zulässig war (Art. 74 Ziff. 11 BV 1848; entsprechend die Regelung von Art. 77 Abs. 1 des geltenden Militärgesetzes).¹⁹ Da Ordnungsdienstesätze nur als *ultima ratio* erfolgen durften, erkannte der historische Gesetzgeber kein Bedürfnis nach einer weiteren positiv-rechtlichen Normierung derselben. Verfassungs- und Gesetzgeber gingen vielmehr davon aus, die jeweilige konkrete Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung werde die Ausgestaltung der notwendigen, daher «richtigen» – legitimen – Massnahme prägen.²⁰ Die Achtung der vom Bund gewährleisteten «Souveränität» der Kantone (Art. 16 Abs. 3 BV 1848 mit explizitem Hinweis auf Art. 5 BV 1848) bezog sich primär auf das Verhältnis zwischen den beiden beteiligten Gemeinwesen. Grundrechtliche, das betroffene Individuum betreffende Fragen blieben ausgeklammert, generell-abstrakte Verhaltensregeln für die Truppe wurden nicht entwickelt.²¹

5. Fazit

Die Unterscheidung der BV 1848 zwischen innerer und äusserer Sicherheit war aus föderalistischen Gründen bedeutsam. Zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der inneren Sicherheit statuierte die Bundesverfassung Normen, welche der Gliedstaatlichkeit der Kantone in weitem Rahmen Rechnung trugen. Dem Bund war die Rolle eines subsidiären Garanten zur Bewältigung ausserordentlicher Lagen (Aufstände, grosse Unruhen, Staatsstriche etc.) zugeordnet. Als Mittel für Eingriffe – auch in die kantonale Polizeihohheit – standen ihm ausschliesslich Kommissäre oder Truppen zur Verfügung. Eng definierte Voraussetzungen für solche Eingriffe und eine Kostentragungspflicht für jene Kantone, welche ihre primären Aufgaben nachlässig wahrnahmen und dadurch mit einem Grund für eine Intervention setzten, bildeten in diesem Zusammenhang die wichtigsten Elemente der ersten Bundesverfassung. Die Tatbestände des Bundesstrafrechts rundeten diese Regeln im Sinne einer nachträglichen

VERZASCONI, Militärischer Ordnungsdienst – oder die Lehre von der Kontrolle aggressiver Tumultuanten, *Sicherheit & Recht* 1/2009, 36 ff.

¹⁹ Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (Stand am 1. Januar 2009), SR 510.10. Vgl. zum geltenden Recht PATRICK SUTTER, *Recht der militärischen Operationen, Sicherheit & Recht* 1/2008, 19 ff., insbes. 25 f.

²⁰ Zu bewaffneten Bundesinterventionen kam es in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter anderem wegen Aufständen in den Nachbarländern (Badener Wirren 1849 und Aufstände in der Lombardei nach 1850) bei den Neuenburger Wirren (1856), den Genfer Wahlunruhen (1864) sowie anlässlich des Tonhalle-Krawalls in Zürich (1871).

²¹ So enthielten die Dienstreglemente von 1847 und 1866 zwar Bestimmungen zur Handhabung der Sicherheit – teilweise sogar recht ausführliche – doch ging es dabei jeweils ausschliesslich um die Gewährleistung der Sicherheit der Truppe selber (bei Wachaufzug, Patrouillentätigkeit etc.). Die taktischen Anweisungen waren auf Massnahmen im Krieg ausgerichtet.

strafrechtlichen Bewältigung der ausserordentlichen Ereignisse ab.

III. Entwicklung unter der Bundesverfassung von 1874

Ungeachtet der zügig voranschreitenden Industrialisierung, eines starken Bevölkerungswachstums und zunehmender Bezüge zum Ausland wurde das eher auf einen Staatenbund zugeschnittene System der 1848er Verfassung zur Wahrung der inneren Sicherheit – im Kern ein blosses «Interventionssystem» in ausserordentlichen Lagen – unverändert in die BV 1874 übernommen.²² Als einzige Neuerung verzichtete der Verfassungsgeber auf die Erwähnung des General-Anwalts im Verfassungsdokument²³ – und trug damit der Rechtspraxis unter der BV 1848 Rechnung. Das tradierte System stiess aber schon wenige Jahre nach Inkrafttreten der 1874er Verfassung deutlich an seine Grenzen.

1. Die Grenzen des statuierten Systems

Im Kanton Tessin flammten gegen Ende des 19. Jahrhunderts Verfassungskämpfe zwischen Liberalen und Konservativen auf, welche in den anderen Kantonen bereits seit Jahrzehnten beigelegt waren. Auf dem Höhepunkt der gewaltsamen Auseinandersetzungen konnten Ruhe und Ordnung im Kanton Tessin nur noch mit Mühe aufrechterhalten werden. Eine Schiesserei in Stabio im Jahre 1876 beschäftigte die eidgenössischen Räte und das Bundesgericht.²⁴ 1889²⁵ und 1890²⁶ intervenierte der Bund mit Kommissären und schickte Truppen in den Kanton.²⁷

Die erste Intervention im Jahre 1889 war *präventiver* Art und stand damit im Widerspruch zu Art. 16 BV 1874.²⁸

²² Das Schwergewicht der Verfassungsrevision unter dem Schlagwort «ein Recht, eine Armee» lag wiederum in der Stärkung des gemeinsamen Wirtschaftsraumes, einer Zentralisierung der Armee sowie dem Ausbau des Bundesgerichts zum ständigen Gericht. Vgl. PAHUD DE MORTANGES (FN 12), Rz. 287; ANDREAS KLEY-STRULLER, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Bern 2008, 244; AUBERT (FN 3), Rz. 121; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 53 ff.

²³ SCHOLLENBERGER (FN 3), 482 f.; MARTIN MÜLLER, *Die Entwicklung der Bundespolizei und ihre heutige Organisation*, Diss. Zürich 1949, 41.

²⁴ Dazu der Bericht des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, betreffend seine Geschäftsführung im Jahre 1879, BBl 1880 II 647 f. sowie BGE 5, 487 (Mola und Konsorten).

²⁵ EDUARD HIS, *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, Band III, Basel 1938, 166 f., oder GUSTAV VOGT, *Zur Tessiner Frage*, *Schweizer Zeitfragen*, Heft 18, Zürich 1889, 38–42.

²⁶ LUDWIG RUDOLF VON SALIS, *Schweizerisches Bundesrecht*, Band I, 2. Aufl., Bern 1903, 87 ff.

²⁷ PAUL E. MARTIN, *Vom Wienerkongress bis zum Weltkrieg*, in: *Feldmann/Wirz (Hrsg.), Schweizer Kriegsgeschichte*, Heft 12, Bern 1923, 128.

²⁸ Entsprechend verursachte sie massive Differenzen zwischen Bundesrat und Tessiner Staatsrat. Vgl. zum Eingreifen des Bundes die Kritik bei VOGT (FN 25), 38, oder GUSTAV KÖNIG, *Memorial für den Staatsrath des Kantons Tessin an die hohe Bundesversammlung*, Bern 1889, *passim*.

Ihre Wirkung war überdies sehr beschränkt, denn bereits im Jahr darauf wurde ein erneutes Eingreifen erforderlich.²⁹ Die von der Macht verdrängten Liberalen hatten zum bewaffneten Angriff auf das Regierungsgebäude geblasen und ein Mitglied des vollständig mit Konservativen bestellten Regierungsrats «versehentlich» erschossen. Obwohl der Bund diesmal rechtmässig eingriff, zeigten sich Schwierigkeiten beim adäquaten Einsatz der Armee, sobald die dissuasive Wirkung des Ordnungsdienstes versagte.³⁰ Truppeneinsätze des Bundes wurden von der Bevölkerung nicht mehr bejubelt, wie noch bei den Genfer Wahlunruhen von 1864.³¹ Ein blosser Aufmarsch der Armee als schärfstem Machtmittel des Bundes genügte nicht mehr, die Lage zu beruhigen. Folge davon waren im Tessin schwere Zusammenstösse zwischen Truppen und Zivilisten. Da klare Vorschriften für das Vorgehen der Truppe bei solchen Einsätzen im Inneren fehlten, lastete die ganze Einsatzverantwortung bei den Truppenkommandanten, die entsprechend überfordert waren.³²

2. Insbesondere der Umgang mit dem Anarchismus

Aber auch der Bund und die Kantone selbst erwiesen sich von den neuen Problemlagen überfordert. Auf internationaler Ebene forderten Theorie und Praxis des Anarchismus die Staaten heraus.³³ Soziale Spannungen und spontane Unruhen in Orten und Städten wie in Göschenen 1875,³⁴ der Berner Käfigturmkrawall 1893,³⁵ oder der Zürcher Aussersihlkrawall 1896³⁶ traten hinzu.

²⁹ Zum Ganzen die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die bewaffnete eidgenössische Intervention im Tessin und die politische Lage dieses Kantons (vom 22. September 1890), BBl 1890 IV 153 ff.

³⁰ F.C. BLUNTSCHLI/H. HUNGERBÜHLER, Die Vorgänge in Lugano vom 27. Oktober, in: Schweizer Monatsschrift für Offiziere aller Waffen 1890, 368; CARL VON ELGGER, Ein Beitrag zum Waffengebrauch der Truppen, Allgemeine Schweizerische Militär-Zeitung, Nr. 14 vom 4. April 1891, 109 f.; FRITZ BÜHLMANN, Das Recht zum Waffengebrauch in der schweizerischen Armee, Schweizer Monatsschrift für Offiziere aller Waffen 1891, 43–49.

³¹ Vgl. Botschaft und Bericht über die Wahlunruhen von Genf (vom 23. September 1864), BBl 1864 II 742.

³² Zu dieser Problematik insbesondere BÜHLMANN (FN 30), 43–49 (Bühlmann war 1890 Platzkommandant der Interventionstruppen in Lugano gewesen).

³³ Vgl. dazu die zeitgenössischen Darstellungen bei RUDOLF STAMMELER, Die Theorie des Anarchismus, Berlin 1894, *passim*; ERNST VIKTOR ZENKER, Der Anarchismus, Jena 1895, *passim*; CESARE LOMBROSO, Die Anarchisten. Eine kriminalpsychologische und sociologische Studie, Hamburg 1895, *passim*; HERMANN SEUFFERT, Anarchismus und Strafrecht, Berlin 1899, *passim*; ADOLF LENZ, Der Anarchismus und das Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1896, *passim*.

³⁴ Dazu ausführlich der Bericht des eidg. Kommissärs Hr. Hold über die Unruhen in Göschenen am 27. und 28. Juli 1875 (vom 16. Oktober 1875), BBl 1875 IV 621 ff.

³⁵ Dazu der Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1893, BBl 1894 II 75; BGE 20, 19 (Wassilieff und Genossen), sowie HIRZEL (FN 18), 69.

³⁶ OTTO LANG, Der Italienerkrawall in Zürich, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1898, 131 ff.

Der Umgang mit Andersdenkenden, insbesondere Anarchisten, Nihilisten, Kommunisten oder Sozialdemokraten, wurde zunehmend aus dem Ausland beeinflusst. Die Schweiz geriet als beliebter Zufluchtsort für politische Flüchtlinge aus Deutschland, Italien und Russland unter den Druck autoritärer Regierungen. Der Bundesrat versuchte daher vorerst, von Fall zu Fall prominente ausländische Anarchisten und Sozialisten wegen «Staatsgefährdung» auszuweisen.³⁷

Erst nach einem vermeintlichen Anschlag auf das Bundeshaus³⁸ im Jahr 1885 setzte der Bundesrat mit (dem späteren Bundesrat) Eduard Müller einen ausserordentlichen Bundesanwalt zur grundsätzlichen Untersuchung des Anarchismus in der Schweiz ein.³⁹ Der Bundesanwalt erkannte in seinem detaillierten (und noch heute lesenswerten) Bericht teilweise frappante Übertreibungen in der Beurteilung des Anarchismus durch die kantonalen Behörden.⁴⁰ Weit gravierender fielen aber die von ihm festgestellten grundsätzlichen Lücken und Mängel im Schweizer Polizeiwesen aus. Es fehle teilweise an *Sachverstand*, zum Teil an der *Koordination*, und teilweise bestünden schwere *organisatorische Defizite*.⁴¹ Trotz konkreter Vorschläge, etwa zur Schaffung einer eidgenössischen «Centralstelle», zeitige der Anarchistenbericht vorerst keine Wirkung.

Erst die Entdeckung von sog. Lockspitzeln⁴² und zweier in deutschen Diensten stehender, mit Dynamit ausgerüsteter Geheimagenten,⁴³ gepaart mit noch immer massivem Druck aus dem Ausland,⁴⁴ veranlassten den Bund zur zügigen Einsetzung einer «ständigen Bundesanwaltschaft». Die Bundesversammlung verabschiedete zudem mit dem «Sprengstoffgesetz» von 1894 – im europäischen Vergleich sehr spät, und obwohl es in der Schweiz zu keinen Sprengstoffattentaten gekommen war – eine speziell gegen anarchistisch motivierte «Propaganda der Tat» gerichtete Ergänzung des Bundesstrafrechts, welche drakonische Strafen bei Missbrauch von Explosivstoffen vorsah.⁴⁶ Die Räte er-

³⁷ ROBERT GRIMM, Geschichte der sozialistischen Ideen in der Schweiz, Zürich 1931, 126. Diverse Ausweisungsbeschlüsse finden sich im Bundesblatt.

³⁸ Dazu eingehend JOHANN LANGHARD, Die anarchistische Bewegung in der Schweiz, Berlin 1903, 291–303.

³⁹ Bericht des eidgenössischen General-Anwaltes über die anarchistischen Umtriebe in der Schweiz (Mai und Juni 1885), BBl 1885 III 537–721 (nachfolgend: *Anarchistenbericht*).

⁴⁰ Anarchistenbericht (FN 39), 604.

⁴¹ Anarchistenbericht (FN 39), 605 f.

⁴² THEODOR CURTI, Geschichte der Schweiz im XIX. Jahrhundert, Neuenburg 1902, 657.

⁴³ JOHANN LANGHARD, Die politische Polizei der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1909, 220–222.

⁴⁴ Vgl. die Antwort von Bundesrat Droz zur Interpellation über den Konflikt mit Deutschland im schweizerischen Nationalrathe (vom 20. Juni 1889), BBl 1889 III 651 ff.

⁴⁵ Bundesgesetz über die Bundesanwaltschaft (vom 28. Juni 1889), AS 11 243 f.; dazu die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bundesanwaltschaft, BBl 1889 III 627 ff. Bei der Verfassungsrevision von 1874 war jedoch die verfassungsmässige Grundlage für eine ständige Bundesanwaltschaft entfernt worden; sehr kritisch daher SCHOLLENBERGER (FN 3), 482 ff.

⁴⁶ Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft

liessen kurz darauf eine weitere Novelle,⁴⁷ welche sich gegen die *Anstiftung* zu anarchistisch motivierten Verbrechen richtete. Eine dritte, vom Parlament mit grosser Zustimmung beschlossene Gesetzesrevision zum besseren *Schutz der Armee* vor politischen Umtrieben scheiterte in der Referendumsabstimmung⁴⁸; der Bundesrat sah sich daher veranlasst, das Vorhaben in einer abgeschwächten Fassung in Form eines Bundesratsbeschlusses umzusetzen.⁴⁹

3. Die Bundeskompetenz zum Erlass eines Strafgesetzbuches

Diese Entwicklungen waren mit der Kompetenzordnung der BV 1874 zum Teil nicht vereinbar. Die Verschärfungen des Bundesstrafrechts als Antwort auf gesamteuropäische Entwicklungen fanden teilweise keine Grundlage in der Bundesverfassung.⁵⁰ Erst mit der verfassungsrechtlichen Verankerung einer Kompetenz zum Erlass eines Strafgesetzbuches an den Bund in Art. 64^{bis} BV 1874 erfuhren die Gesetzesnovellen wenigstens eine nachträgliche verfassungsrechtliche Abstützung.

IV. Vom Notrecht zum Notrecht

Der Erste Weltkrieg stellte die Eidgenossenschaft vor ernsthafte existenzielle Herausforderungen. Während der Dauer des Krieges überlagerten innenpolitische und wirtschaftliche Schwierigkeiten die Gefahr einer kriegerischen Verwicklung. Die Schweiz stand zunehmend vor einer inneren Zerreihsprobe⁵¹; der Bundesrat

reagierte mit hunderten von Notverordnungen und übernahm damit die Funktion eines Gesetzgebers.⁵² Hinsichtlich der Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit herrschte in diesen Zeiten intensivster innerer Spannungen grösste Unklarheit.

1. Der Erste Weltkrieg – eine doppelte Zerreihsprobe

Mit dem Ausbruch des Weltkrieges 1914 beschloss die Bundesversammlung den Aktivdienst der Armee und wählte Ulrich Wille zum General. Sie erteilte dem Bundesrat ausserordentliche Vollmachten sowie unbeschränkten Kredit zur Bewältigung der Situation⁵³; dieses von der BV nicht vorgesehene Vorgehen⁵⁴ entsprach einer früheren Übung der Bundesversammlung bei existenzgefährdenden Ausnahmesituationen.

Die ausserordentlichen Vollmachten erlaubten dem Bundesrat, umfassend tätig zu werden. Er beauftragte den General nicht nur, die äusseren Gefahren abzuwehren, sondern verpflichtete ihn auch zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Inneren. Bald war jedoch unklar, ob Bund oder Kantone, ob Bundesrat oder General die Hauptverantwortung zur Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit trugen.

Diese Unklarheiten spitzten sich im Jahr 1916 zu, als der General – durchaus im Einklang mit seinem allgemeinen Auftrag – damit begann, Vorkehren zum Einsatz der Armee in den Westschweizer Städten zu treffen.⁵⁵ Dies war auch insofern heikel, da die politischen Vertreter

vom 4. Februar 1853 (vom 12. April 1894), AS 14 322 ff.; dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit im Gebiete der Eidgenossenschaft (vom 18. Dezember 1893), BBl 1893 V 761 ff.

⁴⁷ Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Bundesstrafrechtes vom 4. Februar 1853 in bezug auf die anarchistischen Verbrechen (vom 30. März 1906), AS 22 418 f.; dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend den Erlass eines Bundesgesetzes zur Ergänzung des Bundesstrafrechtes der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853 (vom 15. Dezember 1902), BBl 1902 V 837 ff. sowie GERHART SCHÜRCH, *Der strafrechtliche Schutz der öffentlichen Ordnung*, Diss. Bern 1936, 110.

⁴⁸ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Ergebnis der eidgenössischen Volksabstimmung vom 25. Oktober 1903 (vom 20. November 1903), BBl 1903 V 81; zum Ganzen WALTHER BURCKHARDT, *Schweizerisches Bundesrecht*, Bd. IV, Frauenfeld 1931, 524, oder JOHANN JACOB SCHOLLENBERGER, *Die Schweizerische Eidgenossenschaft: Von 1874 bis auf die Gegenwart*, Berlin 1910, 158.

⁴⁹ Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die antimilitaristische Propaganda (vom 20. Februar 1906), BBl 1906 I 389.

⁵⁰ So insbesondere EMIL ZÜRCHER, *Das Anarchistengesetz*, ZStR 1894, 118–128, 127 f. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion in den Räten und in der juristischen Literatur sei verwiesen auf die Darstellung bei MÜLLER (FN 1), 172 ff. m.w.H.

⁵¹ Die Romandie sympathisierte mit der Entente, die Deutschschweiz mit den Achsenmächten; soziale Spannungen verschärfen sich. Siehe dazu etwa JACOB RUCHTI, *Geschichte der Schweiz 1914–1918*, I. Band, Bern 1928, 103 f.; sinnbildlich das Zeitdokument von CARL SPITTELER, *Unser Schweizer Standpunkt*, Vortrag in der

Neuen Helvetischen Gesellschaft, Gruppe Zürich (vom 14. Dezember 1914), in: *Schriften für Schweizer Art und Kunst*, Zürich 1915, *passim*.

⁵² ZACCARIA GIACOMETTI, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft (Das autoritäre Bundesstaatsrecht)*, in: *Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.)*, Festgabe Fritz Fleiner zum siebzigsten Geburtstag, Zürich 1937, 64 ff.; WALTHER BURCKHARDT, *Die Konzentration der Staatsgewalt in den Händen der Bundesexekutive*, Schweizerische Juristenzeitung 1916/1917, 259 ff.; ALFRED KÖLZ, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004, 666; PAHUD DE MORTANGES (FN 12), Rz. 296.

⁵³ Bundesbeschluss betreffend Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität (vom 3. August 1914), AS 30 347 f. Zur ausserordentlichen Session der eidgenössischen Räte im August 1914 siehe HANS VON GREYERZ, *Der Bundesstaat seit 1848*, Handbuch der Schweizer Geschichte, Band 2, Zürich 1977, 1126 m.w.H., sowie KÖLZ (FN 52), 665 f.

⁵⁴ BURCKHARDT (FN 52), 259 ff.; EDUARD OTTO VON WALDKIRCH, *Die Notverordnungen im schweizerischen Bundesstaatsrecht*, Diss. Bern 1915, 22 f.; ZACCARIA GIACOMETTI, *Über das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate*, in: *Giacometti/Schindler (Hrsg.)*, Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, 360–399; EDUARD HIS, *Bundesbeschluss vom 3. August 1914*, ZSR 1917, 287–298; LILI ZOLLER, *Die Notverordnung und ihre Grundlagen*, Diss. Zürich 1928, 102 ff.; ROBERT HÖRNI, *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, Diss. Genf 1917, 17 f. Der Bundesrat äusserte sich dazu erst im II. Neutralitätsbericht 1916, BBl 1916 I 119–141.

⁵⁵ RUCHTI (FN 51), 221 f.; HANS RUDOLF KURZ, *Dokumente der Grenzbesetzung 1914–1918*, Frauenfeld/Stuttgart 1970, 135; HANS RUDOLF FUHRER, *Die Schweizer Armee im Ersten Weltkrieg*, Zürich 1999, 221.

der Romandie sich seinerzeit in der Bundesversammlung heftig gegen die Wahl Willes gewehrt hatten. Nach einem Ordnungsdiensteneinsatz zum Schutz der deutschen Botschaft in Lausanne gelangten diese Planungen an die Öffentlichkeit und stürzten die Schweiz in eine tiefe innenpolitische Krise.⁵⁶ Erst zu jenem Zeitpunkt erkannte der Bundesrat die Notwendigkeit, das in Zeiten nur «relativen» Friedens rechtlich höchst unbestimmte Verhältnis zwischen ihm und dem General zu klären.

Obwohl der Bundesrat die Kantone zu repressiven Massnahmen gegen Massenkundgebungen vor allem in den Industriestädten anhielt, erhielt gleichzeitig auch die Armee mehrere Aufträge zum Ordnungsdienst.⁵⁷ Nachdem in Zürich bei Zusammenstössen zwischen Demonstranten und Ordnungskräften mehrere Menschen getötet worden waren, reagierte die Armee mit verschärften Vorschriften.⁵⁸

Als mit Kriegsende in Deutschland die Revolution begann⁵⁹ und Österreich-Ungarn innert kürzester Zeit zerfiel,⁶⁰ beehrte die eingeschüchterte Regierung des Kantons Zürich eine bewaffnete Bundesintervention,⁶¹ um einem Ausbruch von Gewalt in der grössten Schweizer Stadt zuvorzukommen. Der darauf folgende Einsatz der Armee wurde von einem Teil der organisierten Arbeiterschaft als Provokation empfunden und begünstigte letztlich die Ausrufung des Landesstreiks,⁶² welcher für drei Tage vor allem die Maschinenindustrie lahm legte.⁶³ Trotz des bis dahin grössten Truppenaufgebots überhaupt⁶⁴ bildeten sich in der ganzen Schweiz gut organisierte, miteinander vernetzte, bewaffnete Bürgerwehren.⁶⁵ Die Behörden zeigten sich im Umgang mit den paramilitärischen Gruppierungen zögerlich.⁶⁶

2. Vorübergehende Normalisierung

Mit der Einführung des Verhältniswahlrechts für den Nationalrat⁶⁷ zu Beginn der 1920er Jahre und einem allgemeinen wirtschaftlichen Aufschwung nach dem Weltkrieg legten sich die innenpolitischen Spannungen allmählich. Fragen der inneren Sicherheit prägten aber die politische Auseinandersetzung im Rahmen von zwei Verfassungsiniciativen sowie verschiedener Gesetzgebungsprojekte.

Die beiden Volksinitiativen verlangten die verfassungsrechtliche Einführung einer Ausweisungspflicht für Ausländer, welche die Landessicherheit gefährdeten,⁶⁸ sowie die Einführung der Schutzhaft⁶⁹ als Instrument der Sicherheitspolitik. Der personell erneuerte Bundesrat bekämpfte die aus dem Umfeld der Bürgerwehren lancierten Volksbegehren mit Hinweisen auf deren rechtsstaatliche Fragwürdigkeit. Beide Initiativen wurden deutlich verworfen. Ebenso blieb dem vom Bundesrat noch während der Kriegszeit erarbeiteten, als umfassendes Staatsschutzgesetz konzipierten «Umsturzgesetz»⁷⁰ in einer Referendumsabstimmung die Annahme verwehrt. Einzig eine Erweiterung des – in der Praxis unbedeutenden – Sprengstoffgesetzes auf die Verwendung giftiger Gase⁷¹ erlangte Rechtskraft.

Die geheimen bundesrätlichen Anordnungen zu möglichen Einsätzen der Armee in Städten (sog. «Scheurer-Erlass») hätte Unklarheiten bei Truppeneinsätzen im Inneren beseitigen sollen. Die taktische Weisung zur Niederschlagung eines Bürgerkrieges führte indes zu heftigem Protest im Parlament.⁷²

⁵⁶ Dazu ausführlich RUCHTI (FN 51), 195–197.

⁵⁷ Zum Beispiel «Bastillensturm von La Chaux-de-Fonds» und der Besetzung Neuenburgs, vgl. KURZ (FN 55), 220; zu den Novemberunruhen in Zürich von 1917 RUCHTI (FN 51), 425 f.

⁵⁸ Etwa mit dem allgemeinen Befehl an die Platzkommandanten für den Ordnungsdienst vom 8. Juli 1918; abgedruckt bei ZELLER (FN 18), 42 f.

⁵⁹ DANIEL FREY, Vor der Revolution? Der Ordnungsdienst-Einsatz der Armee während des Landesstreiks in Zürich, Diss. phil. hist. Zürich 1998, 31 ff.

⁶⁰ FREY (FN 59), 32.

⁶¹ Dazu eingehend WILLI GAUTSCHI, Der Landesstreik 1918, 3. Aufl., Zürich 1968, 207 f. und 227–229.

⁶² GAUTSCHI (FN 61), 283 f. sowie 288.

⁶³ GAUTSCHI (FN 61), 295 f.; zu den unterschiedlichen Reaktionen der verschiedenen Arbeiterorganisationen auch RUCHTI (FN 51), 441–443.

⁶⁴ FREY (FN 59), 17.

⁶⁵ Zu den Gründungen ANDREAS THÜRER, Der Schweizerische Vaterländische Verband und die in ihm zusammengeschlossenen Bürgerwehren 1919–1923, Lizentiatsarbeit phil. hist. Basel 1978, 13; allgemein ZELLER (FN 18), 124 f. Zu den Trägern dieser Organisationen und ihren teilweise engen Verknüpfungen zu staatlichen Behörden (mitgliedern) siehe DANIEL HELLER, Eugen Bircher, Diss. phil. hist., Zürich 1988, 107 f.

⁶⁶ THÜRER (FN 65), 46 ff.; HELLER (FN 65), 72. Mit dem Niedergang der «Fronten» in den 1930er Jahren ging auch der Niedergang der Bürgerwehren einher, wodurch das Problem sich von selber löste.

⁶⁷ Eine Volksinitiative zur Einführung des Verhältniswahlrechts war in der Abstimmung vom 13. Oktober 1918 angenommen worden; Bundesbeschluss betreffend die Erhaltung der Volksabstimmung vom 13. Oktober 1918 über das Volksbegehren betreffend die Einführung der Verhältniswahl für die Wahlen in den schweizerischen Nationalrat (vom 11. Dezember 1918), AS 34 1219 f.; vgl. auch GREYERZ (FN 53), 1140 f., oder PAHUD DE MORTANGES (FN 12), Rz. 293.

⁶⁸ Dazu der Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die «Ausländerinitiative»: Begehren I betreffend Abänderung von Art. 44 der Bundesverfassung (Einbürgerungswesen), Begehren II betreffend Abänderung von Art. 70 der Bundesverfassung (vom 6. Juni 1921), BBl 1921 III 335 ff.

⁶⁹ Dazu der Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Schutzhaftinitiative (vom 6. September 1920), BBl 1920 IV 213 ff.

⁷⁰ Dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend Abänderung des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853 (vom 11. April 1921), BBl 1921 II 249 ff. sowie FRANZ STAMPFLI, Die Novelle zum Bundesstrafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1922, 97 ff.

⁷¹ Bundesgesetz betreffend den verbrecherischen Gebrauch von Sprengstoffen und giftigen Gasen (vom 19. Dezember 1924), AS 41 230–232; dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Entwurf zu einem Bundesgesetz betr. den verbrecherischen Gebrauch von Sprengstoffen und giftigen Gasen (vom 31. März 1924), BBl 1924 I 589 ff.

⁷² Dazu sowie zu den Hintergründen des Erlasses siehe ZELLER (FN 18), 94–101.

3. Das Dringlichkeitsrecht der 1930er Jahre

Nach Ausbruch der Wirtschaftskrise verschärfen sich in den 1930er Jahren auch in der Schweiz die politischen Spannungen wieder erheblich. Bewegungen am linken und rechten Rand des politischen Spektrums suchten – ähnlich wie im nahen Ausland – ihre Ziele mit Massenagitation zu erreichen⁷³ und bekämpften sich teilweise intensiv.

Eine bewaffnete Bundesintervention wegen befürchteter Zusammenstösse zwischen kommunistischen und frontistischen Gruppierungen⁷⁴ endete in einem bis heute im kollektiven Gedächtnis der Schweiz verhafteten Desaster. 13 Menschen kamen im Kugelhagel völlig überforderter, teilweise misshandelter⁷⁵ Rekruten zu Tode.⁷⁶ Der Bundesrat reagierte kurz darauf mit einer vertraulichen Ergänzung des Dienstreglements der Armee sowie der Vorlage des «Ordnungsgesetzes»,⁷⁷ einem zweiten Anlauf zu einem neuen Staatsschutzgesetz. Die Bundesversammlung verschärfte⁷⁸ den eher moderat gebliebenen Entwurf des Bundesrates dermassen stark und in rechtsstaatlich unbefriedigender Art,⁷⁹ dass die Vorlage wiederum in der Referendumsabstimmung zu Fall kam.⁸⁰

Mit weiteren Gesetzen, die je aufgrund konkreter Einzelfälle⁸¹ erlassen wurden, setzte der Bund die Gesetzgebung in eine ähnliche Richtung fort. Ursprünglich noch in Bundesgesetzen, seit Mitte des Jahrzehnts aber vor allem mit flexibel handhabbaren und «referendumsicheren» Bundesratsbeschlüssen.⁸²

⁷³ SCHÜRCH (FN 47), 89; WALTER WOLF, Faschismus in der Schweiz, Diss. phil. hist. Zürich 1969, 215–219 sowie 221–227.

⁷⁴ Zur damaligen politischen Lage in Genf siehe das illustrierte Werk von CLAUDE TORRACINTA, Genève 1930–1939. Le temps des passions, Genf 1978, insbes. 118 ff.

⁷⁵ EIDGENÖSSISCHES MILITÄRDEPARTEMENT (Hrsg.), Die Verwendung von Truppen bei den Vorfällen vom 9. November 1932 in Genf, Bern 1933, 3–5.

⁷⁶ EIDGENÖSSISCHES MILITÄRDEPARTEMENT (FN 75), 5–12; MARIUS H. WIEGANDT, Der Einsatz der Armee, Diss. Bern 1999, 28.

⁷⁷ Dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes zum Schutze der öffentlichen Ordnung (vom 8. Mai 1933), BBl 1933 I 753 ff.

⁷⁸ SCHÜRCH (FN 47), 112.

⁷⁹ Entwurf zum Bundesgesetz über den Schutz der öffentlichen Ordnung (vom 13. Oktober 1933), BBl 1933 II 511 ff.

⁸⁰ Bundesratsbeschluss betreffend die Erhaltung des Ergebnisses der Volksabstimmung vom 11. März 1934 über das Bundesgesetz vom 13. Oktober 1933 über den Schutz der öffentlichen Ordnung (vom 10. April 1934), BBl 1934 I 858 f.

⁸¹ So etwa die Umtriebe des italophilen Journalisten Colombi in der Zeitschrift «Adulla» (dazu FRANZ STÄMPFLI, Das Umsturzgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1937, 15 f.) oder die dumm-dreiste Entführung des Regime-Kritikers Berthold Jacob durch die deutsche Geheime Staatspolizei in Basel 1935 (dazu JOST NIKLAUS WILLI, Der Fall Jacob-Wesemann, Diss. phil. hist. Basel 1972, 86–102 sowie 159).

⁸² So etwa der als «Spitzelgesetz» bekannte Bundesbeschluss betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft (vom 21. Juni 1935), AS 51 482 ff., dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft (vom 29. April 1935), BBl

Bereits am Vorabend des Zweiten Weltkrieges stand ein ausgedehntes Dringlichkeitsrecht⁸³ auch zum Schutz der inneren Sicherheit in Kraft, welches sich gegen politische «Umtriebe» oder gegen den «Missbrauch» der Meinungsfreiheit richtete. Mehrere Volksinitiativen verlangten allerdings eine Einschränkung des Dringlichkeitsrechts.⁸⁴ Der Ausbruch des Krieges bewirkte jedoch das Gegenteil: Die neuerliche Gewährung ausserordentlicher Vollmachten an den Bundesrat⁸⁵ und ein gestützt auf das Vollmachtenregime erlassenes, sämtliche Rechts- und Regelungsgebiete umfassendes Notrecht.

4. Der Zweite Weltkrieg und die mühsame Rückkehr zum demokratischen Rechtsstaat

Anders als 1914 bis 1919 blieben Ruhe und Ordnung im Inneren während des Zweiten Weltkrieges weitgehend gewahrt.⁸⁶ Das Schwergewicht der Massnahmen des Bundes zum Schutz der öffentlichen Ordnung lag in der Verschärfung bestehender Verbote gegen «extremistische Umtriebe».⁸⁷ Diese Massnahmen trafen in erster Linie kommunistische Gruppierungen und der

1935 I 742 ff.; das Bundesgesetz betreffend Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft (vom 8. Oktober 1936), AS 53 37, dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft (vom 23. Juni 1936), BBl 1936 II 171 ff.; der Bundesratsbeschluss zum Schutz der öffentlichen Ordnung (vom 5. Dezember 1938), AS 54 856 ff., dazu FRÉDÉRIC HENRI COMTESSE, Der strafrechtliche Staatsschutz gegen hochverräterische Umtriebe im schweizerischen Bundesrecht, Zürich 1942, 78.

⁸³ PAHUD DE MORTANGES (FN 12), Rz. 297; ebenfalls kritisch KLEYSTRULLER (FN 22), 275; die «exzessive Dringlichkeitspraxis» betraf freilich nicht nur sicherheitsrechtliche Aspekte, sondern zur Hauptsache die Finanz- und Wirtschaftspolitik.

⁸⁴ Dazu KÖLZ (FN 53), 771 ff.

⁸⁵ Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität (vom 30. August 1939), AS 55 769 f. Im Unterschied zu 1914 wurde nun nicht mehr von intrakonstitutionellem Notrecht, sondern ausdrücklich von ausserhalb der Bundesverfassung stehenden, durch die spezielle Situation legitimierten ausserordentlichen Vollmachten – einem «Notrecht sui generis» – gesprochen. Noch in der Gegenwart geniessen die Einwände Giacomettis, welcher das Vollmachtenregime für legitim, nicht jedoch verfassungsmässig hielt, eine grosse Bedeutung: ZACCARIA GIACOMETTI, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945, 33–61, sowie DERS., Rechtsstaat und Notrecht, ZBl 1950, 207–221.

⁸⁶ Siehe dazu HIRZEL (FN 18), 157.

⁸⁷ So mit dem Bundesratsbeschluss betreffend das Verbot der staatsgefährlichen Propaganda in der Armee (vom 4. Dezember 1939), AS 55 1461 f.; dem Bundesratsbeschlusses über Massnahmen gegen die kommunistische und anarchistische Tätigkeit (vom 6. August 1940), AS 56 II 1336 f.; dem Bundesratsbeschluss betreffend die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz (vom 26. November 1940), AS 56 II 1861; dem Bundesratsbeschluss über den Vollzug des Bundesratsbeschlusses betreffend die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz (vom 17. Dezember 1940), AS 56 II 2005 f.; Bundesratsbeschluss über Straf- und Verfahrensbestimmungen zum Schutze der Landesverteidigung und der Sicherheit der Eidgenossenschaft (vom 4. August 1942), AS 58 741–745 (sog. II. Demokratieschutzverordnung); Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen zum Schutze der verfassungsmässigen Ord-

kommunistischen Propaganda beschuldigte Einzelpersonen. Der Nationalrat schloss gar vier Mitglieder der kommunistischen «Fédération des socialistes suisses» aus seinen Reihen aus.⁸⁸ Erst zum Ende des Krieges unternahmen die Behörden umfassende Verbotsmassnahmen gegen nationalsozialistische und frontistische Vereinigungen⁸⁹ – teilweise mit ausdrücklichem Hinweis auf eine sich verändernde Weltlage.⁹⁰

Der Bundesrat bekundete nach Kriegsende abermals Mühe, den Gebrauch der ausserordentlichen Vollmachten einzuschränken.⁹¹ Sicherheitspolitisch prägten Massnahmen zur Abwehr einer aufziehenden Gefährdung durch die Sowjetunion das weitergeführte Notrecht. Erst eine Volksinitiative zwang die Exekutive, die Überführung der Notverordnungen in das ordentliche Recht voranzutreiben.⁹² Als Folge davon ergänzten die Räte das 1942 in Kraft getretene, bereits von den Entwicklungen der 1930er Jahre geprägte Strafgesetzbuch⁹³ um weitere Tatbestände zum Schutz des Staates.⁹⁴ Erst im Jahr 1952 verloren die Noterlasse – darunter sogar noch einzelne aus der Zeit des Ersten Weltkrieges⁹⁵ – ihre Geltung.

nung und die Aufhebung der Parteiverbote (vom 27. Februar 1945), AS 61 117–121 (III. Demokratieschutzverordnung).

⁸⁸ Die FSS wurde mit Bundesratsbeschluss betreffend die Auflösung der Fédération Socialiste Suisse (vom 27. Mai 1941), AS 57 668 aufgelöst; zum Beschluss des Nationalrats vgl. KLEY-STRULLER (FN 22), 285 (m.H. auf das Protokoll des Nationalrats vom 3.–13. Juni 1941 [im AB NR nicht publiziert]).

⁸⁹ Bundesratsbeschluss über die Auflösung der «Eidgenössischen Sammlung» und der Nationalen Gemeinschaft Schaffhausen (vom 6. Juli 1943), AS 59 539 f.; dazu die beiden Verfügungen des EJPD (vom 7. Oktober 1943), AS 59 806 f.; Bundesratsbeschluss über die Auflösung der NSDAP Landesgruppe Schweiz (vom 1. Mai 1945), AS 61 295 (das Verbot betraf gesamthaft 12 namentlich genannte deutsche Vereine, welche gem. Art. 1 «aufgehoben» wurden).

⁹⁰ Nach dem Krieg erstellte der Bundesrat, gestützt auf eine Motion von Nationalrat Börlin (FDP/BL) gesamthaft vier Berichte über den Umgang mit sog. «anti-demokratischen Umtrieben» vor und während des Krieges. Teil I befasste sich mit kommunistischen, Teil II mit (italienisch-)faschistischen, Teile III und IV mit (deutsch-)nationalsozialistischen «Umtrieben». Vgl. den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die antidemokratische Tätigkeit von Schweizern und Ausländern im Zusammenhang mit dem Kriegsgeschehen 1939–1945 (Motion Börlin), dritter Teil (vom 21. Mai 1946), BBl 1946 II 212 ff. sowie den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die antidemokratischen Umtriebe (Motion Börlin), Ergänzung zum Bericht des Bundesrates (vom 25. Juli 1946), BBl 1946 II 1085 ff.

⁹¹ KÖLZ (FN 53), 779 f. oder JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band II, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Basel 1995, Rz. 1545.

⁹² Resultat der Initiative war die Einführung des Art. 89^{bis} Abs. 2 und 3 BV 1874; dazu insbes. auch AUBERT (FN 3), Rz. 167.

⁹³ Schweizerisches Strafgesetzbuch (vom 21. Dezember 1937), AS 54 757 ff.

⁹⁴ Bundesgesetz betreffend Abänderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (vom 5. Oktober 1950), AS 1951 I ff.; dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches (vom 20. Juni 1949), BBl 1949 I 1249 ff.

⁹⁵ KLEY-STRULLER (FN 22), 156.

5. Staatsschutz im Kalten Krieg

Mit dem Kalten Krieg erachteten die Bundesbehörden nicht mehr die gewaltorientierte Massenagitation als grösste Gefahr für die innere Sicherheit der Schweiz, sondern geheime Umsturzvorbereitungen durch ideologisch geprägte, von der Sowjetunion ferngesteuerte Organisationen. Der Schutz der Bundesverwaltung vor Unterwanderung und die präventive Überwachung von politischen Aktivitäten vor allem auf der linken Seite des politischen Spektrums erschienen den Behörden daher wichtig und legitim. Das verfassungsmässig vorgesehene Instrument der Intervention trat demgegenüber stark in den Hintergrund.

Der bedeutsamste Fall einer Schädigung der Schweizer Interessen ging jedoch ausgerechnet vom «obersten Staatsschützer» im Bund aus: Bundesanwalt Dubois, der erste Sozialdemokrat in diesem Amt, hatte geheime Dokumente nicht etwa an die Sowjetunion, sondern an das befreundete Frankreich weitergeleitet.⁹⁶ Die Konsequenzen aus dem Geheimnisverrat zog er gleich selber und erschoss sich im Estrich seines Hauses. Keine Konsequenzen zog hingegen der Bundesrat, denn die Bundesanwaltschaft erhielt weder einen klareren Auftrag, noch wurde ihre Tätigkeit angemessen beaufsichtigt.⁹⁷ Mit Verschärfung des Kalten Krieges weitete die der Bundesanwaltschaft angegliederte Bundespolizei ihre Überwachungstätigkeit im Inneren stetig aus. Genügende rechtliche Grundlagen oder eine klare Strategie fehlten aber.⁹⁸ Diese Mängel wurden zwar seit den 1970er Jahren diskutiert,⁹⁹ eine gewisse Klärung¹⁰⁰ erfolgte jedoch erst durch die Aufarbeitung der sog. «Fichenaftäre» in den frühen 1990er Jahren.

⁹⁶ Zum Ganzen der Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Vorkommnisse, die mit dem Hinschied von Bundesanwalt Dubois in Zusammenhang standen und zur Verurteilung des Bundespolizei-Inspektors Max Ulrich führten (vom 23. August 1958), BBl 1958 II 676 ff.

⁹⁷ Bundesratsbeschluss betreffend den Polizeidienst der Bundesanwaltschaft (vom 29. April 1958) AS 1958 267 f.

⁹⁸ Zum Ganzen eingehend GEORG KREIS/JEAN-DANIEL DELLEY/OTTO K. KAUFMANN, Staatsschutz in der Schweiz: Die Entwicklung von 1935–1990, eine multidisziplinäre Untersuchung im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, Bern 1993, *passim*, sowie Vorkommnisse im EJPD – Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (vom 22. November 1989), BBl 1990 I 637 ff.

⁹⁹ So etwa die kritischen Bemerkungen bei PETER NOLL, Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1975, 45 ff. Das Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimnisse (vom 23. März 1979), AS 1979 II 1170 ff., vermochte seinen Zweck noch nicht zu erfüllen.

¹⁰⁰ So bewirkte etwa die Bepitzelung der Revolutionären Marxistischen Liga (RML) und der anschliessende BGE 100 Ib 13 eine politische und juristische (vgl. PETER NOLL, Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1975, 45–73) Diskussion und letztlich zum Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimnisse (vom 23. März 1979), AS 1979 II 1170–1179.

6. Gescheiterte Vorhaben zum Ausbau der zivilen Polizeikräfte mit Beteiligung des Bundes

Der Präventionsgedanke prägte das Verhalten des Bundes auch auf anderer Ebene. Seit den 1960er Jahren strebte er nach einem Ausbau der zivilen Polizeikräfte. Seine völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie Bedürfnisse¹⁰¹ in ausserordentlichen Situationen standen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den knappen personellen Ressourcen der kantonalen Polizeikorps. Gemäss einem breiten Konsens – und der Bundesverfassung entsprechend – sollten Einsätze der Armee zugunsten der inneren Sicherheit auf Not- und Ausnahmesituationen beschränkt bleiben.¹⁰² Der Bund befand sich damit in einem doppelten Dilemma: Einerseits war die zivile Polizei Sache der Kantone, andererseits entsprachen Einsätze mit militärischen Machtmitteln im Innern nicht mehr den sich herausbildenden verfassungs- und insbesondere grundrechtlichen Anforderungen.¹⁰³ Doch sowohl das Konzept einer «Interkantonalen Mobilen Polizei»¹⁰⁴ als auch jenes einer «Bundessicherheitspolizei» (BuSiPo)¹⁰⁵ scheiterten in Volksabstimmungen.¹⁰⁶ In der politischen Diskussion um die BuSiPo bildeten auch verfassungsrechtliche Bedenken wichtige Abstimmungsargumente.

7. Folgen des Scheiterns

Als Folge dieser politischen Fehlschläge tat der Bundesrat genau das, was er eigentlich hätte verhindern

wollen: Er plante, die Armee wieder vermehrt zur Erfüllung von Aufgaben im Bereich der inneren Sicherheit heranzuziehen. Mit der Verordnung über den Ordnungsdienst¹⁰⁷ schuf er entsprechende Normen, welche tiefer liegende rechtliche Mängel überdecken sollten, letztlich jedoch in wesentlichen Punkten im Widerspruch zur Verfassung standen.¹⁰⁸ Einsätze des Militärs erfolgten seit den 1970er Jahren zum Schutze der Landesflughäfen gegen terroristische Angriffe,¹⁰⁹ 1985 anlässlich des Gipfeltreffens zwischen Ronald Reagan und Michail Gorbatschow in Genf¹¹⁰ und seit Ende der 1990er Jahre zum Schutz diplomatischer Vertretungen in der Schweiz¹¹¹ sowie anlässlich der jährlichen Hauptversammlung des WEF in Davos.¹¹² Dabei geht eine Unterscheidung zwischen ausserordentlichem Einsatz (Gipfeltreffen von 1985) und der Übernahme von Daueraufgaben (Botschaftsschutz) in «normalen» Lagen zunehmend verloren.¹¹³ Einsätze der Armee im Innern wurden von der Ausnahme in bestimmten Bereichen sogar zum Regelfall. Erst in jüngster Zeit werden wieder ernsthaft Anstrengungen zu einer Reduktion – bei gleichzeitiger Professionalisierung – der Armeeeinsätze unternommen. Leider scheint wiederum politische Opportunität die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu überlagern.

¹⁰¹ Art. 21 und 29 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (vom 18. April 1961), SR 0.191.01 (in der damaligen Fassung AS 1964 435 ff.); Art. 31 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (vom 24. April 1963), SR 0.191.02 (in der damaligen Fassung AS 1968 885 ff.).

¹⁰² Eingehend und sehr deutlich die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Unterstützung der «Interkantonalen Mobilen Polizei» (vom 27. November 1968), BBl 1968 II 784 f.

¹⁰³ So ist insbesondere auf den Bedeutungsgewinn des Verhältnismässigkeitsprinzips als Maxime staatlichen Handelns hinzuweisen (heute u. a. in Art. 36 Abs. 3 BV); vgl. dazu MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten: zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, 82 m.w.H.

¹⁰⁴ Dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Unterstützung der «Interkantonalen Mobilen Polizei» (vom 27. November 1968), BBl 1968 II 781 ff., sowie IVO HANGARTNER, Die IMP als Problem des Bundesstaatsrechts, Schweizerische Juristenzeitung 1969, 321 ff.; HANS HUBER, Die Verfassungsmässigkeit der Interkantonalen Mobilen Polizei, Schweizerische Juristenzeitung 1970, 333 ff., sowie MAX FRENKEL, Die Verfassungsmässigkeit von Art. 4/1a und 4/2 der Interkantonalen Übereinkunft zur Verstärkung der polizeilichen Sicherheitsmassnahmen vom 28.3.1968 (IMP-Konkordat), insbesondere im Hinblick auf BV 7/2 letzter Satz, Schweizerische Juristenzeitung 1970, 129 ff.

¹⁰⁵ Bundesgesetz über die Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben des Bundes (vom 9. März 1978), BBl 1978 I 652 (in einer Referendumsabstimmung abgelehnt).

¹⁰⁶ Die BuSiPo in einer eidgenössischen Referendumsabstimmung; vgl. den Bundesratsbeschlusses über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. Dezember 1978 (vom 25. Januar 1979), BBl 1979 I 209 und 213. Die IMP war am Widerstand der Genfer Bevölkerung und des Zürcher Regierungsrats gescheitert; erwähnt in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben des Bundes (vom 20. Juni 1977), BBl 1977 II 1284.

¹⁰⁷ Verordnung über den Ordnungsdienst (vom 6. Dezember 1965), AS 1965 1037 ff.

¹⁰⁸ Dazu insbesondere EICHENBERGER (FN 9), 446 f.

¹⁰⁹ HIRZEL (FN 18), 122 ff.; ALFONS JOHANN MARIA WÜRMS, IMP und BUSIPO, Diss. phil. hist. Zürich 1989, 182.

¹¹⁰ KANTONSPOLIZEI GENÈVE (Hrsg.), La rencontre, supplément du journal de la police genevoise, Genève 1986; JÜRGEN STÖSSI-LAUTERBURG, Historischer Abriss zum Thema Ordnungsdienst, <http://www.admin.ch/cp/d/1997jan29.105055.7098@idz.bfi.admin.ch.html> (zuletzt besucht am 10. Juli 2010).

¹¹¹ Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee zum Schutze bedrohter Einrichtungen (vom 21. April 1999), BBl 1999 III 3131; Botschaft zum Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee zum Schutze bedrohter Einrichtungen (vom 8. März 1999), BBl 1999 2987 ff.; Botschaft zum Bundesbeschluss über die Verlängerung des Einsatzes der Armee zum Schutze bedrohter Einrichtungen (vom 23. Juni 1999), BBl 1999 7206 ff.

¹¹² Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee im Assistenzdienst zur Unterstützung des Kantons Graubünden bei den Sicherheitsmassnahmen im Rahmen der Jahrestreffen des World Economic Forum 2007–2009 in Davos und weitere Sicherheitsmassnahmen (vom 13. Dezember 2006), BBl 2007 219 f.; siehe auch MARKUS H.F. MOHLER/PATRICK GÄTTELIN/RETO MÜLLER, Unsicherheit über Sicherheit, AJP 2007, 820.

¹¹³ MÜLLER (FN 1), 408 f. (m.H. auf Erwägungen anlässlich der Überprüfung des Systems Innere Sicherheit Schweiz–USIS) sowie 475 f. (m.H. auf das Charakteristikum der Aussergewöhnlichkeit und der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns); SUTTER (FN 19), insbes. 20 f. und 23 f.; MARKUS H.F. MOHLER, Wird die Armee zu einer Gendarmerie?, Sicherheit & Recht 2/2008, 77 ff. Anders hingegen RENÉ RHINOW, Zur Rechtmässigkeit des Armeeeinsatzes im Rahmen der inneren Sicherheit, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), Risiko und Recht (Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004), Basel/Genf/München 2004, 374 ff.

8. Die Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 und die aktuelle Gemengelage

Im Rahmen der Totalrevision von 1999 wurde die Kompetenzaufteilung im Bereich der inneren Sicherheit in verschiedener Hinsicht überarbeitet, aber nicht grundsätzlich verändert. Der Schwerpunkt der bundesrechtlichen Zuständigkeiten liegt nach wie vor bei der auswärtigen Sicherheitspolitik und bei damit eng zusammenhängenden Bereichen der inneren Sicherheit.¹¹⁴ Im Grundsatz bleiben die Kompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit bei den Kantonen und werden nur sachbereichsspezifisch von – zum Teil parallelen, teils ausschliesslichen und teils konkurrierenden – Kompetenzen des Bundes überlagert.¹¹⁵ Nach herrschender Lehre verankert Art. 57 BV zwar eine Pflicht zur Koordination von Bund und Kantonen – die sich allerdings schon aus Art. 44 BV in allgemeiner Weise ergibt – begründet damit aber keine neuen Bundeskompetenzen.¹¹⁶ Daher verfügt der Bund nach wie vor über keine allgemeine Zuständigkeit, Fragen der inneren Sicherheit dann zu regeln, wenn die einzelnen Kantone an ihre Grenzen stossen, die Sicherheit des Bundes insgesamt aber nicht ernsthaft bedroht ist.

Auch diese neue verfassungsrechtliche Ordnung erwies sich schon bald nach ihrem Inkrafttreten als ungenügend: Als im Zusammenhang mit der Durchführung der Fussball-Europameisterschaft in der Schweiz im Jahr 2008 das Problem aktuell wurde, wie mit gewalttätigen Zuschauern an Fussballspielen umzugehen sei, ergänzte der Bund das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)¹¹⁷ mit entsprechenden Eingriffsmöglichkeiten. Er verfügte dafür jedoch über keine genügende Kompetenzgrundlage in der BV.¹¹⁸ Um seinem schlechten (nicht seinem verfassungsrechtlichen) Gewissen¹¹⁹ Rechnung zu tragen, befristete er diese Regeln bis Ende 2009, d.h. weit über das Ende der Fussball-Europameisterschaft hinaus.¹²⁰ Er knüpfte damit an eine lange eidgenös-

sische Tradition an, im Bereich der inneren Sicherheit die Kompetenzordnung der BV nur am Rande zu beachten, wenn es politisch opportun erscheint.¹²¹

Aber auch in Bereichen, die nicht derart durch einzelne aktuelle Grossereignisse geprägt sind wie der Fussball, öffnet sich eine doppelte Kluft. Es geht sowohl um die verfassungsrechtliche Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen, als auch um die Lücken, welche sich zwischen Gesetzgebung und Praxis eröffnen. So entwickelte sich das dem EFD angegliederte Grenzschutzkorps zu einem eigentlichen, schlagkräftigen und modern ausgerüsteten Polizeikorps.¹²² Seine Aufgaben erstrecken sich längst nicht mehr nur auf die Überwachung der Grenze und den Schutz von Zollanlagen.¹²³ Mittlerweile haben die Kantone Teile ihrer Polizeihohheit mit verwaltungsrechtlichen Vereinbarungen oder Verträgen an das GWK übertragen,¹²⁴ wodurch das GWK in den von Kanton zu Kanton unterschiedlich definierten «Grenzräumen» teilweise auch primäre Polizeiaufgaben wahrnimmt (so etwa im Aargau).¹²⁵ Zudem kontrolliert das Korps, gestützt auf einen Bundesratsbeschluss,¹²⁶ auch Fernverkehrszüge in der ganzen Schweiz. Darüber hinaus lässt das GWK Überwachungen aus der Luft mit unbemannten Armeedrohnen vornehmen¹²⁷ und wird von militärischer Seite auch personell unterstützt.¹²⁸

Hier ist die Gemengelage quasi «perfekt»: Das GWK übernimmt Teile wesentlicher kantonaler Aufgaben und zieht dazu militärische Unterstützung heran. Dieses Beispiel «umfassender und flexibler Kooperation», wie der SiPolB 2000¹²⁹ es postuliert, steht indes in klarem Gegensatz zur Kompetenzaufteilung in der BV. Da eine Verfassungsgerichtsbarkeit fehlt, die Kantone mit der Übertragung ihrer Aufgaben an Bundesorgane – wohl nicht zuletzt aus finanziellen Überlegungen – ein-

¹¹⁴ RAINER J. SCHWEIZER/GABRIELA KÖPPER, St. Galler Kommentar BV, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 12.

¹¹⁵ RAINER J. SCHWEIZER/GABRIELA KÖPPER, St. Galler Kommentar BV, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 12; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 57, Rz. 8.

¹¹⁶ RAINER J. SCHWEIZER/GABRIELA KÖPPER, St. Galler Kommentar zu Art. 57 BV, Rz. 2; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 57, Rz. 10; MARKUS H.F. MOHLER, Vernetzung von Sicherheit, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008, J Rz. 13; MARKUS SCHEFER (unter Mitarbeit von Patrick Gättelin), BWIS I: Kompetenzen und Grundrechte, digma 2006, 61. Zum staatlichen Handeln in ausserordentlichen Lagen vgl. RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, Demokratie (Partizipation), in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008, H Rz. 22 ff.

¹¹⁷ BG über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS; SR 120).

¹¹⁸ Deutlich das Votum von Ständerat PFISTERER, AB SR 2006, 16, sowie SCHEFER (FN 116), 61, und MOHLER/GÄTTELIN/MÜLLER (FN 112), 828.

¹¹⁹ Vgl. BIAGGINI (FN 115), Art. 57, Rz. 9.

¹²⁰ Als Begründung wird die Austragung der Eishockey-Weltmeisterschaft in der Schweiz angeführt – diese fand jedoch bereits im April 2009 statt.

¹²¹ Sinnvoll erscheint daher das von Nationalrat Peter Malama am 3. März 2010 eingereichte Postulat 10.3045 – Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen (http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103045; zuletzt besucht am 10. Juli 2010), welches den Bundesrat einlädt, bis Ende 2010 zu prüfen und zu berichten, ob die geltende BV auf dem Gebiet der inneren Sicherheit Revisionsbedarf aufweist. Der Bundesrat empfahl am 28. April 2010 die Annahme des Postulats.

¹²² Vgl. auch die weiteren Beispiele polizeilicher Aufgabenwahrnehmung durch den Bund bei RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, Grundbegriffe, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008, B Rz. 34.

¹²³ Zur Entstehung des GWK und seinen ursprünglichen Aufgaben siehe MÜLLER (FN 1), 128 ff.

¹²⁴ Vgl. Art. 97 Zollgesetz vom 18. März 2005, SR 631.0.

¹²⁵ MÜLLER (FN 1), 448 ff.

¹²⁶ Der Bundesratsbeschluss ist nicht veröffentlicht. Einige Erkenntnisse ergeben sich aus den Hinweisen bei BEAT HENSLER, Interkantonale Zusammenarbeit, Konkordate und Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten der Schweiz (KKPKS), LeGes 3/2008, 501.

¹²⁷ Dazu das Urteil A-2482/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2007.

¹²⁸ Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee zur Verstärkung des Grenzschutzkorps bei den Grenzschutzaufgaben (vom 19. Dezember 2007), BBl 2008 171.

¹²⁹ Sicherheit durch Kooperation, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (vom 7. Juni 1999), BBl 1999 7657 ff.

verstanden sind und der Bund offenbar über den Willen verfügt, hier aktiv tätig zu werden, bestehen keine institutionellen Verfahren, um die Ordnung der BV wirksam durchzusetzen.

9. Ein aktuelles Beispiel: Die Aufsicht über die kantonalen BWIS-Beamten

9.1. Das Problem: Mangelnde Klarheit der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung im Bereich des Staatsschutzes

Ein weiteres illustratives Beispiel problematischen Zusammenwirkens zwischen Bund und Kantonen zeigt sich aktuell im Bereich des Inland-Nachrichtendienstes. Im Nachgang zur Fichenaffäre am Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts regelte der Bund die Tätigkeit der Bundespolizei seit 1997 insbesondere im BWIS und der Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes (V-NDB).¹³⁰ Dabei fallen zunächst die eher spärlichen Hinweise auf die Verfassungsgrundlagen im Ingress des BWIS auf: Er führt die Bundeskompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten nach Art. 54 Abs. 1 BV, die Koordinationspflicht nach Art. 57 Abs. 2 BV und «die Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft» auf, ohne diese verfassungsrechtlich näher zu verorten.¹³¹ Soweit die innere Sicherheit betroffen ist, stützt sich damit das BWIS seinem Ingress nach einzig auf ungeschriebene Bundeskompetenzen.¹³²

Auch das auf den 1. Januar 2010 neu in Kraft getretene Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes vom 3. Oktober 2008 (ZNDG)¹³³ stützt sich einzig auf die Kompetenz des Bundes im Bereich der Aussenpolitik, obwohl es auch inhaltliche Regeln über den zivilen Nachrichtendienst im Inneren regelt.

Schon dadurch wird deutlich, dass die Totalrevision der Bundesverfassung ihr primäres Ziel, «wieder deutlich zu machen, was überhaupt gilt und was gestützt auf einen breiten politischen Grundkonsens als verbindliches Verfassungsrecht anerkannt wird»,¹³⁴ jedenfalls im Bereich der inneren Sicherheit verfehlt hat.

Eine ungeschriebene Bundeszuständigkeit im vorliegend interessierenden Bereich besteht dann, wenn die innere Sicherheit des Bundes selbst bedroht ist und es den Kantonen nicht möglich oder zumutbar ist, selber entsprechende Massnahmen zu treffen¹³⁵ (unter Umständen auf dem Wege eines Konkordats). Nur insoweit vermögen sich das BWIS und die dazu ergangenen Verordnungen auf die BV zu stützen.

Kritisch zu fragen wäre etwa, wie weit sich die heute in manchen Kantonen offenbar geübte Praxis auf eine verfassungskonforme Auslegung des BWIS abstützen lässt, für die Abschätzung der Risiken im Vorfeld von grösseren Versammlungen und Ausschreitungen auf öffentlichem Grund durch die zuständigen Organe der Kantonspolizei massgeblich auf die Erkenntnisse des Inland-Nachrichtendienstes abzustellen.¹³⁶ Durch einzelne Demonstrationen oder etwa gewalttätige Handlungen im Umfeld von Fussballspielen wird in der Regel nicht die Sicherheit des Bundes selbst bedroht, sondern allenfalls jene einer Stadt oder einer Agglomeration. Diesfalls vermag sich die Anwendung des BWIS, indem beispielsweise der Polizei gestützt auf Daten aus der ISIS-Datenbank¹³⁷ Hinweise über mögliche Gewalt Risiken mitgeteilt werden, nicht auf die BV zu stützen. Dass entsprechende Informationen für einen wirksamen Polizeieinsatz von zentraler Bedeutung sind, ändert an der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung nichts. Solche Differenzierungen dürften in den meisten Schweizer Kantonen praktisch allerdings nur schon daran scheitern, dass die nach Art. 6 BWIS erforderliche kantonale BWIS-Behörde regelmässig der Kantonspolizei selber angegliedert ist.

Mit Wirkung seit dem 1. Januar 2010 wurde der vormalige Dienst für Analyse und Prävention (DAP) der Bundespolizei mit dem vormaligen Strategischen Nachrichtendienst (SND) der Armee auf der Grundlage des neuen ZNDG¹³⁸ zum Nachrichtendienst des Bundes (NDB) fusioniert und ins Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) eingegliedert.¹³⁹ Das ZNDG nimmt engen Bezug zum BWIS; so insbesondere bei der Umschreibung der Aufgaben des NDB in Art. 1 sowie bei den Kontrollen in Art. 8. Die Organisation des NDB bleibt im Übrigen dem Bundes-

¹³⁰ Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes vom 4. Dezember 2009 (V-NDB; SR 121.2). Bis Ende 2009 war die Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 27. Juni 2001 (VWIS; ehemals SR 120.2) in Kraft. Die V-NDB ersetzt diese und wurde auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt.

¹³¹ Dieser letztere Hinweis war bei Inkrafttreten des BWIS am 1. Juli 1998 – d.h. noch unter der BV 1874 – der Einzige; siehe AS 1998 1546.

¹³² Oben wurde darauf hingewiesen, dass sich aus Art. 57 Abs. 2 BV keine Bundeskompetenzen ableiten lassen. Die Pflicht zur Koordination kann keine Verfassungsgrundlage für den Nachrichtendienst abgeben.

¹³³ ZNDG; SR 121.

¹³⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 21.

¹³⁵ So schon KURT EICHENBERGER, Kommentar BV (1988), Art. 102, Rz. 159.

¹³⁶ Siehe beispielsweise die Hinweise in der Antwort des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt auf die Interpellation Nr. 65 Tanja Soland an den Grossen Rat vom 6. November 2008. Ziff. 4 von Anhang 3 V-NDB lässt die Weitergabe an kantonale Stellen richtigerweise nur so weit zu, als diese BWIS-Aufgaben erfüllen. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit im Rahmen einer Demonstration fällt – ausser in Fällen, in denen die Sicherheit der Schweiz insgesamt gefährdet wird – jedoch nicht darunter.

¹³⁷ Zur ISIS-Datenbank siehe SANDRA STAMPFLI, Das Schengener Informationssystem und das Recht der Informationellen Selbstbestimmung, Diss. Basel, Bern 2009, 209 f. und 212.

¹³⁸ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG SR 121).

¹³⁹ Vgl. zum NDB insbesondere den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz, Entwurf vom 14. April 2010, 55 – 57 (online unter <http://www.rechtssicherheit.ch/oeffentliche-sicherheit.html>; Stand am 10. Juli 2010).

rat überlassen (Art. 2 ZNDG); das Gesetz verlangt einzig, dass alle Stellen des NDB dem gleichen Departement angehören.¹⁴⁰

9.2. Die Verordnung des Kantons Basel-Stadt über den Vollzug des BWIS

Die Unklarheiten in der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen äussern sich aber auch in organisatorischer Hinsicht. Ein neueres Beispiel aus dem Kanton Basel-Stadt soll dies illustrieren.

a) Ausgangslage

Nachdem die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt in Erfahrung bringen konnte, dass verschiedene Parlaments-Mitglieder türkischer Herkunft vom Schweizer Inland-Nachrichtendienst erfasst wurden, waren die politischen Behörden gezwungen, sich mit der Frage der Aufsicht über die kantonale BWIS-Behörde nach Art. 6 BWIS auseinander zu setzen. Dabei wurde deutlich, dass der Bund keine genügende Aufsicht über diese kantonalen Behörden ausübt.¹⁴¹

Ein vom Bundesamt für Justiz zuhanden der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte (welche die parlamentarische Oberaufsicht über den Nachrichtendienst auf Bundesebene wahrnimmt) erstelltes Gutachten¹⁴² kam u.a. jedoch zum Schluss, dass ein *kantonales* Aufsichtsorgan über diese Behörde zwar bundesrechtskonform sei, Einsicht in die erhobenen Daten – d.h. der zentrale Punkt der Aufsicht – aber aufgrund der Vorschrift von Art. 23 VWIS (heute: Art. 22 Abs. 4 V-NDB) nur mit Zustimmung des Dienstes für Analyse und Prävention (heute: Nachrichtendienst des Bundes) möglich sei.

Ein Aufsichtsorgan über den Nachrichtendienst, das für seine Akteneinsicht auf die Zustimmung des Dienstes selber angewiesen ist, wäre jedoch weitgehend wirkungslos. Der Kanton erarbeitete deshalb einen kurzen Entwurf für eine Verordnung aus, in welcher eine Aufsichtskommission über die kantonale BWIS-Behörde geschaffen worden wäre. Er legte sie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zu Begutachtung vor. Dabei äusserte er die Rechtsüberzeugung, dass das Zustimmungserfordernis nach Art. 23 Abs. 2 VWIS (heute: Art. 22 Abs. 4 V-NDB) im vorliegenden Zusammenhang vom BWIS nicht abgedeckt wird:

¹⁴⁰ Dies entspricht der parlamentarischen Initiative des damaligen Ständerats Hans Hofmann, Übertragung der Nachrichtendienste an ein Department (vom 13. März 2007), 07.404 (http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20070404; Stand am 10. Juli 2010).

¹⁴¹ Der Präsident der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte, der Baselpolier Ständerat Claude Janiak, charakterisierte die Situation mit Bezug auf die kantonalen BWIS-Behörden in den Medien als «aufsichtsfreien Raum»; siehe NZZ vom 3. April 2009, 13.

¹⁴² Gutachten des Bundesamtes für Justiz über «Fragen zur kantonalen Kontroll- und Oberaufsichtskompetenz im Bereich des Staatsschutzes vom 25. Juni 2008, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht.

Nach Art. 17 Abs. 1 BWIS regelt der Bundesrat «durch Verordnung, an welche Empfänger in der Schweiz, die öffentliche Aufgaben erfüllen, der NDB im Einzelfall Personendaten weitergeben kann, soweit es zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit oder zur Kontrolle seiner Aufgabenerfüllung notwendig ist». Die Weitergabe von Personendaten durch eine kantonale BWIS-Behörde fällt jedoch nicht unter diese Bestimmung. Dies aus zwei Gründen: (1) Erfasst wird ausdrücklich und nur der NDB, nicht aber die kantonalen Behörden, was deutlich aus Art. 6 BWIS hervorgeht: Danach bestimmt jeder Kanton «die Behörde, die beim Vollzug dieses Gesetzes mit dem NDB und fedpol zusammenarbeitet». Diese «Art. 6-Behörde» wird damit im BWIS selber klar vom NDB unterschieden. (2) Vorliegend steht die Weitergabe zwecks «Kontrolle seiner Aufgabenerfüllung» in Frage. Dabei geht es jedoch um die Aufgabenerfüllung des NDB und gerade nicht der kantonalen Behörden nach Art. 6 BWIS. Das Zustimmungserfordernis des NDB in Art. 22 Abs. 4 V-NDB kann sich deshalb nicht auf Personendaten beziehen, die von den kantonalen Behörden noch nicht an den NDB weitergeleitet wurden. Solange solche Daten noch ausschliesslich unter der Hoheit der kantonalen BWIS-Behörde stehen, ist für deren Weiterleitung nach BWIS auch keine Zustimmung durch den NDB erforderlich. Und so lange ist nach Auffassung der ehemaligen Basel-städtischen Justizdirektion eine eigenständige kantonale Aufsicht, auch Datenaufsicht, möglich.

Das Bundesamt für Justiz schloss sich dieser Rechtsauffassung jedoch nicht an und äusserte die Meinung, eine kantonale Aufsicht sei zwar durchaus zulässig, könne aber nur mit Zustimmung des NDB Einsicht in Personendaten der kantonalen BWIS-Behörde nehmen.

b) Integration der Aufsicht in die kantonale BWIS-Behörde

Die mittlerweile zuständige kantonale Justiz- und Sicherheitsdirektion arbeitete deshalb einen neuen Verordnungsentwurf aus. Sie ging dabei von der Einsicht aus, dass ein unbestreitbar legitimer Grund für das Zustimmungserfordernis darin liegt, zu verhindern, dass hochsensible nachrichtendienstliche Daten zwischen unterschiedlichen Behörden hin- und herfliessen und dadurch die Gefahr geschaffen wird, dass ihre Geheimhaltung kompromittiert werden könnte. Zudem ist die interne Organisation der kantonalen Behörde nach Art. 6 BWIS ohne Zweifel Sache der Kantone; dies äussert sich auch etwa darin, dass zwischen den Kantonen diesbezüglich nicht unerhebliche Unterschiede bestehen. Vor diesem Hintergrund gelangte die Justiz- und Sicherheitsdirektion zum Modell einer in die «Art. 6-Behörde» integrierten Aufsicht. In einem neuen Verordnungsentwurf, der vom Regierungsrat am 8. September 2009 verabschiedet wurde,¹⁴³ wird die schon bisher bestehende kantonale Behörde nach Art. 6 BWIS, die von der Staatsanwaltschaft eingesetzte Fachgruppe

¹⁴³ Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 8. September 2009.

9 des Kriminalkommissariats, um drei Mitglieder erweitert.¹⁴⁴ Damit nimmt der Kanton seine Organisationsautonomie wahr und stellt sicher, dass durch die Aufsicht keine neuen, aus der kantonalen BWIS-Behörde hinausreichenden Datenflüsse entstehen.

Diese drei Mitglieder werden vom Regierungsrat gewählt und ihre ausschliessliche Aufgabe besteht darin, die Arbeit – und insbesondere den Umgang mit Personendaten – der übrigen Mitglieder der Fachgruppe zu beaufsichtigen. Sie haben Einblick in sämtliche Daten, die von der Fachgruppe bearbeitet werden und sind zur Geheimhaltung verpflichtet. Um jede politische Beeinflussung ihrer Aufsichtstätigkeit auszuschliessen, hält die Verordnung ausdrücklich fest, dass sie keinen Weisungen unterstehen.

Personelle Unvereinbarkeiten bestehen u.a. mit der Mitgliedschaft im Grosse Rat (§ 2 Abs. 4), da der Grosse Rat, durch seine Geschäftsprüfungskommission, die Oberaufsicht auch über diese drei Mitglieder ausübt. Weitere Unvereinbarkeiten bestehen mit dem Regierungsrat, mit richterlichen Behörden, die mit der Strafverfolgung befasst sind, und mit einer nach Art. 13 BWIS auskunftspflichtigen Behörde.

Die drei Aufsichtsmitglieder nehmen ihre Prüftätigkeit im Rahmen von Stichproben wahr. Sie beraten die anderen Mitglieder der Fachgruppe. Kann bei Differenzen auf diese Weise keine Einigung erzielt werden, haben die drei Aufsichtsmitglieder die Kompetenz, gegenüber der Fachgruppe durch einstimmigen Beschluss verbindliche Anordnungen zu erlassen (§ 9 Abs. 6). Dadurch wird sichergestellt, dass ihre Aufsichtstätigkeit mit der nötigen Ernsthaftigkeit erfolgen kann.

Die drei Aufsichtsmitglieder erstatten jährlich Bericht. Dieser Bericht wird dem Vorsteher des Justiz- und Sicherheitsdepartements, dem Regierungsrat und dem Grosse Rat gleichzeitig zugestellt (§ 11). Auf diese Weise soll nur schon der Anschein verhindert werden, dass politische Organe wie etwa der Regierungsrat auf den Inhalt des Berichts Einfluss nehmen könnten.

c) **Transparenz über die internen Verfahrensabläufe**

Der zweite zentrale Zweck, den die Verordnung verfolgt, besteht darin, Transparenz über die internen Verfahrensabläufe der Fachgruppe und ihrer Zusammenarbeit mit anderen kantonalen Stellen herzustellen. Entsprechend führt die Verordnung die Tätigkeiten auf, welche der Fachgruppe obliegen und regelt insbesondere die Datenbewirtschaftung sowie die Kontrolle, Weiterleitung und Löschung von Daten. Flussdiagramme im Anhang der Verordnung visualisieren die Organisationsabläufe.

d) **Aktuelle Situation**

Der Regierungsrat setzte die Verordnung nicht unmittelbar in Kraft, um die rechtlichen Einschätzungen des

Bundes abwarten zu können. Diese trafen am 29. September 2009 ein. Der Departementsvorsteher folgte darin einem Gutachten des Bundesamtes für Justiz, welches es insbesondere als unvereinbar mit Bundesrecht erachtete, dass die drei vom Regierungsrat gewählten Mitglieder der Fachgruppe ohne Zustimmung des NDB Einblick in sämtliche Akten nehmen dürfen, welche im kantonalen Bereich anfallen. Die Frage, ob sich das Zustimmungserfordernis in Art. 22 Abs. 4 VWIS (heute: Art. 22 Abs. 4 V-NDB)¹⁴⁵ auf das BWIS stützen kann, wurde dabei nicht thematisiert.¹⁴⁶ Damit war der kantonalen Aufsicht der Boden entzogen: Ohne eine solche umfassende Einsichtsbefugnis ist keine wirksame Aufsicht möglich.

Auch in einem darauf hin geführten Gespräch zwischen den Bundes- und den kantonalen Behörden konnte diese Schwierigkeit nicht ausgeräumt werden. Jedenfalls soweit die Aufsicht betroffen war, konnte die kantonale Verordnung deshalb nicht in Kraft gesetzt werden. Die neue Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes hält in Art. 35 Abs. 1 nun fest, die Kantone könnten für die Wahrnehmung der Dienstaufsicht ein von der kantonalen Staatsschutzbehörde getrenntes Kontrollorgan einsetzen, das unter der Verantwortung des zuständigen Mitglieds der Kantonsregierung steht. Nach Abs. 2 könnte dieses Kontrollorgan jedoch nur Fragen der Verfahrensabläufe prüfen. Die Einsichtnahme in Staatsschutzakten soll nach Abs. 4 weiterhin nur mit Zustimmung des Nachrichtendienstes des Bundes zulässig sein.

Diese Regelung vermag für sich das Problem nicht zu lösen, dass die kantonalen Staatsschutzorgane, die nach Art. 6 BWIS zum Vollzug von Bundesrecht eingesetzt werden, nicht immer mit der nötigen Intensität beaufsichtigt werden. Eine kantonale Aufsicht wird nach wie vor durch das Zustimmungserfordernis zur Akteneinsicht verhindert. Ob die Aufsichtsstelle des Nachrichtendienstes selber¹⁴⁷ dafür genügt, bleibt zu klären. Um diesen Fragen näher nachzugehen, setzte der Bund unter Beizug der KKJPD eine Arbeitsgruppe ein. Diese prüfte die Regelung der Aufsicht über die kantonalen BWIS-Behörden aus gesamtschweizerischer Perspektive und schlägt eine Revision von Art. 35 V-NDB vor. Die neue Bestimmung befindet sich gegenwärtig in der Ämterkonsultation. Der Kanton Basel-Stadt wird seine Verordnung dieser neuen Regelung anpassen.

e) **Würdigung**

Diese mühsamen rechtlichen Auseinandersetzungen um die Einführung einer wirksamen Aufsicht über den vom Kanton vollzogenen Inland-Nachrichtendienst des Bundes, einer staatlichen Aufgabe mit enormem

¹⁴⁴ Siehe § 2 der Verordnung.

¹⁴⁵ Gemäss Art. 6 ZNDG sind die Vorschriften des BWIS anwendbar, soweit Dienststellen des NDB Personendaten gestützt auf das BWIS beschafft haben. – Für die Bearbeitung der restlichen Personendaten kommt hingegen Art. 5 ZNDG zur Anwendung.

¹⁴⁶ Auf die weiteren Kritikpunkte, die das Gutachten gegenüber der Verordnung erhob, muss hier nicht eingegangen werden.

¹⁴⁷ Siehe Art. 31–34 V-NDB.

Potenzial der Verletzung elementarer rechtsstaatlicher Grundsätze und von Grundrechten, spiegeln die unbefriedigende verfassungsrechtliche Situation und den im Bereich der inneren Sicherheit vielfach zu beobachtenden, recht sorglosen Umgang mit der Verfassung in der Praxis. Sie machen erneut deutlich, dass eine Klärung der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der inneren Sicherheit unabdingbar ist.

V. Schluss

Die Entwicklung der Problemlagen im Bereich der inneren Sicherheit seit Gründung des Bundesstaates zeigen, dass heute eine intensive demokratische Auseinandersetzung über jene Vorkehren und Mittel unabdingbar ist, die für eine wirksame Gewährleistung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz erforderlich sind und daraus folgend über allfällige Konsequenzen für eine Neuordnung in der BV. Der zweite Schritt wurde im schweizerischen Bundesstaat seit seiner Gründung nie unternommen, obwohl schon kurze Zeit nach Inkrafttreten der ersten BV deren Ungenügen offenbar wurde. Beide bisherigen Totalrevisionen klammerten diesen Bereich weitgehend aus. So entwickelte sich eine Praxis, die in verschiedenen Gebieten mit der BV nicht zu vereinbaren ist; die zum Teil äusserst kreativen Interpretationsversuche mit dem Ziel, die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit gewisser Regelungen zu belegen, illustrieren dies plastisch, und hin und wieder nehmen die Bundesbehörden auch sehenden Auges eine Verfassungsverletzung in Kauf.

Der Preis für diese über hundertjährige Schweizer Tradition ist hoch. So ist heute ausgerechnet jener Bereich staatlichen Handelns, in welchem der Staat mit physischer Gewalt und geheimer Überwachung auftritt und deshalb rechtlich ganz besonders sorgfältig eingekleidet werden muss, primär von sicherheitspolitischen Bedürfnissen der Praxis und weniger von staatsrechtlichen Grundsätzen geprägt. Dass zwanzig Jahre nach der Fichenaffäre ein Kanton darum ringen muss, die Angestellten des Nachrichtendienstes wenigstens wirksam beaufsichtigen zu dürfen, legt Zeugnis von der prekären Situation in diesem Rechtsgebiet ab. Fast noch mehr erstaunt allerdings auf politischer Ebene, dass der Kanton Basel-Stadt bisher der einzige Kanton gewesen ist, der eine solche Aufsicht als genügend wichtig erachtet, um sich aktiv für sie einzusetzen.