

# Der grenzüberschreitende Einsatz von Polizeibeamten nach dem deutsch-schweizerischen Polizeivertrag: ein Vorbild für die Kooperation der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Gebiet der Verbrechensbekämpfung?

*Hans-Joachim Cremer\**

## *I. Einleitung*

Am 27. April 1999 ist der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die grenzüberschreitende polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit unterzeichnet worden. Dieser sogenannte deutsch-schweizerische Polizeivertrag<sup>1</sup> ist noch nicht ratifiziert worden. Die Vorbereitungen dazu haben erst begonnen. Anlässlich der Unterzeichnung in Bern hob Bundesinnenminister Schily hervor, daß der Polizeivertrag ein Vorbild für die künftige EU-interne Zusammenarbeit im Bereich der inneren Sicherheit sei.<sup>2</sup>

Betrachtet man den Vertrag, so ist ein Grund für diese Einschätzung schnell gefunden: In dem Bestreben, den grenzüberschreitenden Gefahren sowie der internationalen Kriminalität wirksam zu begegnen<sup>3</sup>, gestehen Deutschland und die Schweiz einander in bislang unbekanntem Umfang zu, daß auf ihrem Staatsgebiet Polizeibeamte<sup>4</sup> des jeweils anderen Staates Hoheitsbefugnisse ausüben. Zu den möglichen Formen solcher grenzüberschreitenden Einsätze zählen unter anderem die Nacheile, die Observation und die verdeckte Ermittlung. Daneben kennt der

---

\* Der Autor, Dr. iur., ist Privatdozent und vertritt im SS 2000 den Lehrstuhl für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Mannheim.

Der Aufsatz entspricht – von einigen Erweiterungen abgesehen – dem Text des Vortrags, den der Verfasser im Rahmen seines Habilitationsverfahrens am 7.7.1999 vor der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg gehalten hat.

Die Vortragsform wurde soweit wie möglich beibehalten. Für wertvolle Hinweise und freundliche Gesprächsbereitschaft bedanke ich mich ganz herzlich bei Herrn Leitenden Kriminaldirektor Dieter Schneider vom baden-württembergischen Innenministerium, Herrn Martin Kayser, Herrn Daniel Wüger vom schweizerischen Bundesamt für Polizeiwesen sowie bei Herrn Ministerialrat Dr. Detlev Rein und Frau Oberregierungsrätin Elke Marschner vom Bundesministerium des Innern.

<sup>1</sup> Nachfolgend abgekürzt: „dt.-schw. PolV“. S. hierzu die Botschaft des Bundesrates über verschiedene Vereinbarungen mit Deutschland sowie mit Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit vom 24.11.1999, BBl. 2000, 862 ff.

<sup>2</sup> Neue Zürcher Zeitung, 28.4.1999, 25.

<sup>3</sup> Vgl. die Präambel des dt.-schw. PolV.

<sup>4</sup> Der Polizeivertrag spricht von Beamten oder Polizeibeamten. Nach Art. 14 Abs.1 dt.-schw. PolV erfaßt der Begriff „Beamte“ sowohl Beamte als auch sonstige Bedienstete. Stets gemeint sind Amtswalter der „Polizeibehörden“. Diese wiederum definiert Art. 4 Abs.1 dt.-schw. PolV als Behörden von Polizei, Grenzpolizei, Bundesgrenzschutz und Grenzwaiche.

Polizeivertrag noch weitere Einsatzformen, die zwar nicht notwendig mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf fremdem Staatsgebiet verbunden sind, aber der grenzüberschreitenden Polizeizusammenarbeit dienen. Hier sind insbesondere gemischt-nationale Streifen und Ermittlungsgruppen sowie sogenannte kontrollierte Lieferungen hervorzuheben. All diese polizeilichen Maßnahmen befördern ein gemeinsames Ziel: Die Strafverfolgung oder die vorbeugende Abwehr von Straftaten sollen nicht an der Staatsgrenze haltmachen müssen (s. dazu unten III. A. 1.). Fremdes Staatsgebiet soll Straftätern weder eine – auch nur vorübergehende – Zuflucht noch eine sichere Ausgangsbasis für künftige Taten bieten.

Wirksamere Instrumente zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität an der deutsch-schweizerischen Grenze hatte nachdrücklich die Landesregierung Baden-Württembergs gefordert. Darin war sie von der Bayerischen Staatsregierung unterstützt worden. Auch die Schweiz zeigt großes Interesse an einer polizeilichen Kooperation mit der Bundesrepublik Deutschland. Der Grund dafür wird augenfällig, wenn man eine Landkarte Westeuropas betrachtet: Die Schweiz ist – sieht man einmal von Liechtenstein ab – rundherum umgeben von Staaten der Europäischen Union, wobei Deutschland, Österreich, Italien und Frankreich alleamt auch "Schengen-Staaten" sind.

Der Schwerpunkt des Systems, das durch die beiden Schengener Abkommen von 1985<sup>5</sup> und 1990<sup>6</sup> geschaffen und nach einem Protokoll zum Amsterdamer Vertrag als sogenannter Schengen-Besitzstand in den Rahmen der Europäischen Union einbezogen wurde, liegt in der Abschaffung der Personenkontrollen an den gemeinsamen Grenzen der Vertragsstaaten<sup>7</sup>, den sogenannten Binnengrenzen<sup>8</sup>. Das Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 trifft zugleich Vorsorge dagegen, daß die Erleichterung einer binnengrenzüberschreitenden Freizügigkeit Lücken im Bereich der inneren Sicherheit aufreißt. So haben sich die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, die Kontrolle von Personen zu verschärfen, die über die

<sup>5</sup> Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Bekanntmachung des Bundesministeriums des Innern vom 29.1.1986 – V II 2–125760 BEL/6–, GMBL. 1986, 79). Nachfolgend: "Schengen I-Abkommen".

<sup>6</sup> Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (BGBl. 1993 II, 1013 – nachfolgend: "SDÜ"). Dem Abkommen sind ferner beigetreten Italien (Übk. vom 27.11.1990, Gesetz vom 6.10.1993, BGBl. II, 1902), Spanien und Portugal (Übk. vom 25.6.1991, Gesetz vom 6.10.1993, BGBl. II, 1902), Griechenland (Übk. vom 6.11.1992, Gesetz vom 21.10.1996, BGBl. II, 2542), Österreich (Übk. vom 28.4.1995, Gesetz vom 12.2.1997, BGBl. II, 966) sowie Dänemark, Finnland und Schweden (Übk. vom 19.12.1996).

<sup>7</sup> Art. 2 ff. SDÜ (Anm. 6). S. in diesem Zusammenhang auch die Regelungen über Transport und Warenverkehr, Art. 120 ff.

<sup>8</sup> Art. 1 SDÜ (Anm. 6) definiert Binnengrenzen als "die gemeinsamen Landgrenzen der Vertragsparteien sowie ihre Flughäfen für die Binnenflüge und ihre Seehäfen für die regelmäßigen Fährverbindungen ausschließlich von und nach dem Gebiet der Vertragsstaaten ohne Fahrtunterbrechung in außerhalb des Gebiets gelegenen Häfen".

Außengrenzen<sup>9</sup> der Schengenstaaten einreisen<sup>10</sup>. Ferner sind Regelungen getroffen worden, um die Visaerteilungspolitik gegenüber den Angehörigen dritter Staaten zu vereinheitlichen<sup>11</sup> und die Entscheidungen über die Erteilung von Aufenthaltstiteln an Drittstaaten zu koordinieren<sup>12</sup>. Die polizeiliche Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten wurde verstärkt, indem nicht zuletzt die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Observation und Nachteile geschaffen wurde.<sup>13</sup> Die Rechtshilfe in Strafsachen<sup>14</sup> und die Auslieferung<sup>15</sup> wurden erleichtert. Für die Schengen-Staaten, die dem Übereinkommen vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen beigetreten sind<sup>16</sup>, ist die Möglichkeit einer Übertragung der Vollstreckung von Strafurteilen geschaffen worden.<sup>17</sup> Die Vertragsstaaten haben überdies besondere Pflichten zur Überwachung des Betäubungsmittelverkehrs und zur Unterbindung des Rauschgifthandels<sup>18</sup> sowie zur Kontrolle des Erwerbs, Besitzes, Vertriebs und der Überlassung von Feuerwaffen und Munition übernommen.<sup>19</sup> Das Schengener Informationssystem schließlich ermöglicht die "schengenweite" Suche nach Personen und Sachen.<sup>20</sup>

Im Verhältnis zu den Schengen-Staaten ist die Schweiz ein Drittstaat, dem gegenüber einerseits die (Außen-)Grenzkontrollen verschärft werden müssen, der

---

<sup>9</sup> Nach Art. 1 SDÜ (Anm. 6) sind Außengrenzen im Sinne des SDÜ "die Land- und Seegrenzen sowie die Flug- und Seehäfen der Vertragsparteien, soweit sie nicht Binnengrenzen sind" (s. zum Begriff der Binnengrenzen o. Anm. 8).

<sup>10</sup> S. Art. 3 ff. (insbesondere Art. 3 Abs. 2) SDÜ (Anm. 6). S. auch Art. 19 ff. zu den Voraussetzungen für den Reiseverkehr von Drittstaaten (s. zu diesem Begriff die nachfolgende Anm. 11).

<sup>11</sup> S. Art. 9 ff. SDÜ (Anm. 6), auch zur Einführung eines "schengenweit" einheitlichen Sichtvermerks (Art. 10 ff.). Zu beachten ist, daß nach Art. 1 ein "Drittstaatler" eine Person ist, "die nicht Staatsangehöriger eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften ist".

<sup>12</sup> Art. 25 SDÜ (Anm. 6) zur Erteilung eines Aufenthaltstitels an einen zur Einreiseverweigerung ausgeschriebenen Drittstaatler. S. auch Anm. 11. S. auch die weiteren Maßnahmen nach Art. 26 f. betreffend Pflichten von Beförderungsunternehmen zur Rückbeförderung abgewiesener Drittstaaten und zur Kontrolle der Reisedokumente von Drittstaaten sowie die Sanktionsbewehrung dieser Pflichten und des Verbots zur Hilfe bei der illegalen Einreise). Die Regelungen über die Zuständigkeit für die Behandlung von Asylbegehren sind aufgrund des Inkrafttretens des Dubliner Übereinkommens (Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15.6.1990, BGBl. 1994 II, 792; in Kraft getreten für die Unterzeichnerstaaten am 1.9.1997, Bekanntmachung vom 2.7.1997, BGBl. II, 1452; Inkrafttreten für Österreich und Schweden am 1.10.1997, für Finnland am 1.1.1998, Bekanntmachung vom 2.12.1997, BGBl. 1998 II, 62) obsolet geworden (vgl. Protokoll vom 26.4.1994, BGBl. 1995 II, 739).

<sup>13</sup> Art. 40 und Art. 41 SDÜ (Anm. 6).

<sup>14</sup> Art. 48 ff. SDÜ (Anm. 6). S. auch die Regelungen über das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 54 ff.).

<sup>15</sup> Art. 59 ff. SDÜ (Anm. 6).

<sup>16</sup> Zustimmungsgesetz vom 26.9.1991 (BGBl. II, 1006), in Kraft getreten für die Bundesrepublik Deutschland am 1.2.1992 (Bekanntmachung vom 19.12.1991, BGBl. 1992 II, 98).

<sup>17</sup> Art. 67 ff. SDÜ (Anm. 6).

<sup>18</sup> Art. 70 ff. SDÜ (Anm. 6). Die Vertragsparteien haben sich auch verpflichtet, innerstaatlich zu ermöglichen, daß beim unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln das Fahndungsmittel der sog. kontrollierten Lieferung zur Anwendung kommt (Art. 73 SDÜ [Anm. 6]).

<sup>19</sup> Art. 77 ff. SDÜ (Anm. 6).

<sup>20</sup> Art. 92 ff. SDÜ (Anm. 6).

aber andererseits in die "schengeninterne" grenzüberschreitende polizeiliche Kooperation nicht mit einbezogen ist. Dadurch befindet sich die Schweiz in einer In-sellage. Überspitzt gesagt ist sie – angesichts des zweifelhaften Werts der Grenzkontrollen zur Abwehr grenzüberschreitender Kriminalität – ein Sprungbrett für jeden, der in der Europäischen Union Straftaten zu begehen plant oder begangen hat und flieht. Dieser Situation wirkt der deutsch-schweizerische Polizeivertrag dadurch entgegen, daß er die grenzüberschreitende Kriminalitätsbekämpfung erleichtert. Dabei schafft er nicht nur neuartige polizeiliche Instrumente, sondern verbessert auch bereits bekannte Handlungsformen. Im folgenden soll zunächst ein Überblick über die verschiedenen grenzüberschreitenden Einsatzmöglichkeiten (Nacheile, Observation und verdeckte Ermittlung sowie kontrollierte Lieferung und gemischte Streifen und Kontroll-, Observations- und Ermittlungsgruppen) gegeben werden, um in einem zweiten Schritt deren rechtliche Rahmenbedingungen und Probleme zu beleuchten, bevor abschließend der Polizeivertrag vor diesem Hintergrund bewertet wird.

## *II. Grenzüberschreitende Einsätze nach dem deutsch-schweizerischen Polizeivertrag*

### A. Nacheile, Observation und verdeckte Ermittlung

#### 1. Die Nacheile

Die Nacheile erlaubt es Polizeibeamten, eine Person über die Grenze hinweg zu verfolgen. Wird jemand bei der Begehung von oder der Teilnahme an einer auslieferungsfähigen Straftat auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so dürfen die Polizeibeamten des einen Vertragsstaates die Verfolgung dieser Person – ohne räumliche oder zeitliche Beschränkung<sup>21</sup> – auf dem Gebiet des anderen Vertragsstaates ohne dessen vorherige Zustimmung fortsetzen. Vorausgesetzt ist, daß die Behörden des Gebietsstaates wegen der besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit nicht zuvor unterrichtet werden konnten oder nicht rechtzeitig zur Stelle sind, um die Verfolgung zu übernehmen.<sup>22</sup> Unter der gleichen Bedingung kann im Wege der Nacheile auch verfolgt werden, wer aus Untersuchungs- oder Strafhaft oder aus der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, der Sicherungsverwahrung oder aus amtlichem Gewahrsam geflohen ist.<sup>23</sup> Darüber hinaus ist ein Nachsetzen über die Grenze auch zulässig, wenn sich eine Person einer Grenzkontrolle oder innerhalb eines Gebietes von dreißig

<sup>21</sup> Art. 16 Abs.3 Satz 1 dt.-schw. PolV. Nach Satz 2 i.V. mit Art. 14 Abs.1 Satz 6 darf die Grenze auch außerhalb zugelassener Grenzübergänge und festgesetzter Verkehrsstunden überschritten werden.

<sup>22</sup> Art. 16 Abs.1 Satz 1 Nr.1 dt.-schw. PolV.

<sup>23</sup> Art. 16 Abs.1 Satz 1 Nr.2 dt.-schw. PolV.

Kilometern<sup>24</sup> entlang der Grenze einer polizeilichen Kontrolle zum Zwecke der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität oder der Fahndung nach Straftätern entzieht.<sup>25</sup>

Folglich dient die Nacheile sowohl Zwecken der Strafverfolgung als auch des Strafvollzugs und der Strafvollstreckung<sup>26</sup> – sowie schließlich zur grenznahen Gefahrenabwehr. Ob also jemand bei einem Raubüberfall auf frischer Tat betroffen wird, aus der psychiatrischen Klinik, in der er untergebracht ist, ausbricht, oder sich einer Personenkontrolle an der Grenze durch Flucht entzieht: Die Polizeibeamten, die ihm nachsetzen, müssen die Verfolgung nicht am Grenzpfahl abbrechen.

Der Polizeivertrag gestattet, die verfolgte Person zu ergreifen und so lange festzuhalten, bis die Beamten des Gebietsstaates ihre Identität feststellen oder sie festnehmen.<sup>27</sup> Daran kann sich ein förmliches Auslieferungsverfahren anschließen.<sup>28</sup> Möglich ist aber auch, daß der Gebietsstaat selbst ein Strafverfahren durchführt.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Die Übereinstimmung mit der Zuständigkeit des Bundesgrenzschutzes zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km (§ 2 Abs. 2 Nr. 3; § 12 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit § 1 Abs. 7 und § 2 Abs. 2 Nr. 3 BGS) dürfte kaum zufällig sein.

<sup>25</sup> § 16 Abs. 7 dt.-schw. PolV.

<sup>26</sup> Vgl. zur Abgrenzung von Gesetzgebungsmaterien des gerichtlichen (Straf-)Verfahrens und des Strafvollzugs (Art. 74 Nr. 1 GG): Christoph Degenhart, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., München 1999, Art. 74, Rn. 15f.; Philip Kunig, in: I. v. Münch/ders., Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl., München 1996, Art. 74 Rn. 15; Theodor Maunz, in: ders./G. Dürig, Grundgesetz, Art. 74, Rn. 70; Christian Pestalozza, in: H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 8, 3. Aufl., München 1996, Art. 74, Rn. 95ff. (insbes. Rn. 104 mit Anm. 185); Reinhard Riegel, Zur polizeilichen Festnahmebefugnis gegenüber entwichenen Häftlingen, DÖV 1979, 201 (203f.); Manfred Seebode, Das Recht zur Festnahme entwichener Strafgefangener, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns (1978), 487 (492ff.).

<sup>27</sup> Art. 16 Abs. 2 dt.-schw. PolV. Die nachgeeilten Beamten können die festgehaltene Person einer Sicherheitsdurchsuchung unterziehen, ihr während der Beförderung Handfesseln anlegen und mitgeführte Gegenstände bis zum Eintreffen der örtlich zuständigen inländischen Beamten vorläufig sicherstellen (Art. 16 Abs. 4 Nr. 3).

<sup>28</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 5 Satz 3 dt.-schw. PolV. Wenn nach Art. 16 Abs. 5 Satz 1 dt.-schw. PolV die Person, die nach Art. 16 Abs. 2 dt.-schw. PolV durch die örtlich zuständigen Behörden festgenommen wurde, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit zum Zwecke der Vernehmung festgehalten werden darf, so erklärt sich dies daraus, daß grundsätzlich weder die Bundesrepublik Deutschland (Art. 16 Abs. 2 GG) noch die Schweiz eigene Staatsangehörige an das Ausland ausliefern dürfen (vgl. die abgeänderte Erklärung der Schweiz zu Art. 6 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13.12.1957 – Bekanntmachung vom 14.4.1983, BGBl. 1983 II, 316; Art. 7 des schweizerischen Bundesgesetzes vom 20.3.1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 351.1, Stand: 21.1.1997, wonach kein Schweizer Bürger ohne seine schriftliche Zustimmung an einen fremden Staat ausgeliefert oder zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung übergeben werden darf – was aber im Falle der Durch- oder Rücklieferung nicht gilt). Das Festhalten zur Vernehmung dient nämlich gerade dazu zu klären, ob eine Auslieferung in Betracht kommt.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 5 Satz 4 dt.-schw. PolV.

## 2. Die Observation

Als weitere Form eines grenzüberschreitenden Einsatzes kennt der Polizeivertrag die Observation. Damit gemeint ist die "Beschattung" einer bestimmten Person mit dem Ziel, Informationen zu sammeln. Die Beamten des einen Staates können der Zielperson über die Staatsgrenze hinweg folgen und auf fremdem Hoheitsgebiet die Observation "fortsetzen".<sup>30</sup>

Es gibt zwei Formen der Observation: Die eine dient der Förderung eines Ermittlungsverfahrens wegen einer auslieferungsfähigen Straftat<sup>31</sup> oder zur Sicherstellung der Strafvollstreckung<sup>32</sup>. Im Sinne des Polizeivertrags wird ein Ermittlungsverfahren nicht nur dadurch gefördert, daß ein mutmaßlicher Straftäter beobachtet wird. Auch andere Personen kommen als Observanden in Betracht. So ist es z.B. in einem Erpressungsfall möglich, das Opfer der Erpressung auf der "Geldübergabetour" zu verfolgen, auf der es durch telephonische Anweisung des Erpressers von Stuttgart bis nach St. Gallen gelotst wird.

Die zweite Form der Observation dient der "Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung".<sup>33</sup> Diese präventiv-polizeiliche Maßnahme erlaubt der Vertrag, "soweit es das jeweilige innerstaatliche Recht zuläßt". Damit verweist er insbesondere auf die Rechtsvorschriften der schweizerischen Kantone und der deutschen Bundesländer.<sup>34</sup> Darauf wird später zurückzukommen sein.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Art. 14 Abs.1 Satz 1, HS 1; Art. 15 Abs.1 Satz 1 dt.-schw. PolV. Die Observation muß im Dienststaat der Beamten bereits begonnen haben. Art. 14 und 15 bieten keine Grundlage für Einsätze, bei denen Beamte des Nachbarstaates zunächst die Grenze überschreiten und erst danach eine Observation im Gebietsstaat beginnen.

<sup>31</sup> Art. 14 Abs.1 Satz 1 HS 1 dt.-schw. PolV. Nach Art. 2 Abs.1 Satz 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13.12.1957 (BGBl. 1964 II, 1369, 1371; 1976 II, 1778), das zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft gilt (s. BGBl. 1976 II, 1779, 1790, 1795; BGBl. 1983 II, 316), wird ausgeliefert "wegen Handlungen, die sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch nach dem des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe oder die Freiheit beschränkenden Maßregel der Sicherung und Besserung im Höchstmaß von mindestens einem Jahr oder mit einer höheren Strafe bedroht sind".

<sup>32</sup> Art. 14 Abs.1 Satz 1 HS 2 dt.-schw. PolV.

<sup>33</sup> Art. 15 Abs.1 Satz 1 dt.-schw. PolV. Vgl. zu diesem Begriff: §§22 Abs.5 bwPolG (dazu: Heinz Wolf/Ulrich Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 5. Aufl., Stuttgart u.a. 1999, §22, Rn. 22); §§30 Abs.5, 33 Abs.3 Nr.2 bayPAG (dazu: Eberhard Roesse, in: W. Schmidbauer/U. Steiner/ders., Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, Kommentar, München 1999, Art. 30, Rn. 13f.; s. auch VollzBek zu Art. 30 PAG, abgedr. *ibid.*, 411); Armin Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Aufl., München 1999, §110a, Rn. 21; Hans Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, 1. Teil, NSTZ 1992, 457 (462 mit Anm. 93); Manfred Möhrenschlager, Das OrgKG – eine Übersicht nach amtlichen Materialien, wistra 1992, 326 (339). Sowie (zum Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung im Kontext der V-Mann-Problematik): Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des OrgKG und zu den dazu beantragten Änderungen (BT-Drs. 12/2720, 46 i.V. mit S.45: "Generalklausel mit katalogartigen Grenzen"); BVerfGE 57, 250 (284); BGHSt 32, 115 (122 i.V. mit 120f.); 42, 139 (155, 157).

<sup>34</sup> Vgl. §78 Abs.4 bwPolG; Art. 11 Abs.5 Satz 2 HS 1 i.V. mit Abs.3 Nr.3–5 und Abs.4 bayPolOrgG.

<sup>35</sup> Für beide Formen der Observation (Art. 14 Abs.3; Art. 15 Abs.4 Satz 2 i.V. mit Art. 14 Abs.3) werden im Vertrag gewisse Einsatzmodalitäten geregelt: So dürfen die Beamten zur Unterstützung

Bei beiden Formen der Observation haben die Beamten auf fremdem Hoheitsgebiet ein Festhalterecht. Dieses entspricht weitgehend dem Festhalterecht bei der Nacheile.<sup>36</sup> Es setzt aber voraus, daß die Beamten unter der Leitung des Gebietsstaates tätig sind.<sup>37</sup>

### 3. Die verdeckte Ermittlung

Der deutsch-schweizerische Polizeivertrag sieht ferner auch die grenzüberschreitende verdeckte Ermittlung vor. Dabei ersucht der eine Vertragsstaat den anderen, dem Einsatz eines verdeckten Ermittlers auf dessen Hoheitsgebiet zuzustimmen. Der verdeckte Ermittler ist ein Beamter des ersuchenden Staates, dem eine veränderte Identität verliehen worden ist und der im ersuchten Staat

---

auch "erforderliche technische Mittel" einsetzen, soweit dies nach dem Recht des Gebietsstaates zulässig ist (Art. 14 Abs.3 Nr.8). Folglich sind sie nicht auf die momentane optische und akustische Wahrnehmung beschränkt.

Vielmehr dürfen schweizerische Beamte bei der Observation zu repressiven Zwecken (Art. 14 dt.-schw. PolV) sich in Deutschland auch der in §100c Abs.1 Nr.1 und 2 StPO genannten Maßnahmen bedienen, sofern die dort festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind; auch §100d Abs.1 StPO ist zu beachten. Damit kommen der Herstellung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen und – wenn Gegenstand der Untersuchung eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist (s. dazu Nack [Anm. 33], §100c, Rn. 37 i.V. mit §110a, Rn. 21) – auch die Nutzung sonstiger besonderer technischer Mittel in Betracht (z.B. Peilsender – vgl. den vom Bundesrat eingebrachten Entwurf zum OrgKG, BT-Drs. 12/989, 39). Das (außerhalb von Wohnungen i.S. des §100c Abs.1 Nr.3 StPO, also z.B. im Freien oder in einem Pkw) nicht öffentlich gesprochene Wort abzuhören und aufzuzeichnen erfordert den durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht, daß jemand eine in §100a StPO bezeichnete Straftat begangen hat. Bei alledem werden die Erforderlichkeitsanforderungen von Nr.1a zu Nr.1b zu Nr.2 des §100c Abs.1 StPO immer strenger.

Zu beachten ist, daß der Polizeivertrag grenzüberschreitend tätigen Beamten verbietet, Wohnungen und öffentlich nicht zugängliche Grundstücke zu betreten. Insoweit sind folglich auch Ermittlungsmaßnahmen nach §100c Abs.1 Nr.3 StPO im Rahmen einer Observation nach Art. 14 dt.-schw. PolV schlechthin ausgeschlossen. Dagegen dürfen Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, "während ihrer jeweiligen Öffnungszeiten" betreten werden (Art. 14 Abs.3 Nr.8); damit kommen dort auch Maßnahmen nach §100c Abs.1 Nr.2 StPO in Betracht (vgl. Nack, soeben zitiert, §100c, Rn. 17). Der Polizeivertrag stellt damit klar, worauf sich die Schengen-Staaten bei der Auslegung des Art. 40 Abs.3 *lit. e* SDÜ erst verständigen mußten: Die Beamten können einer Person während der Öffnungszeiten in einen Supermarkt, eine Gastwirtschaft oder Diskothek folgen und sind nicht gezwungen, vor dem Eingang zu warten, bis der Observand – vielleicht – wieder herauskommt.

Bei der Observation zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung können sich schweizerische Beamte in Baden-Württemberg nach Art. 15 Abs.4 Satz 2 i.V. mit Art. 14 Abs.3 dt.-schw. PolV und §22 Abs.1 Nr.2, Abs.2, 4, 5 und 7 bwPolG technischer Mittel zur Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen sowie zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes auf Tonträger bedienen. Folgt man Wolf/Stephan (Anm. 33), §23, Rn. 5 a.E., so richtet sich die Zulässigkeit des Einsatzes solcher Mittel nach §23 bwPolG, soweit nach Art. 15 Abs.4 Satz 2 i.V. mit Art. 14 Abs.3 Nr.5 dt.-schw. PolV Wohnungen betreten werden dürfen.

<sup>36</sup> Art. 14 Abs.3 Nr.9; Art. 15 Abs.4 Satz 2 dt.-schw. PolV.

<sup>37</sup> Art. 14 Abs.3 Nr.9 Satz 1; Art. 15 Abs.4 Satz 2 dt.-schw. PolV. Anders auch als bei der Nacheile kann es sich hier nur um eine Tat handeln, die in dem Gebietsstaat begangen wird.

tätig werden soll<sup>38</sup>, um Informationen zu sammeln und Kontakte zu bestimmten Personen herzustellen<sup>39</sup>.

Auch die verdeckte Ermittlung kann sowohl der Aufklärung von Straftaten dienen<sup>40</sup> als auch der Verhinderung von Straftaten, die erhebliche Bedeutung haben<sup>41</sup>. Die Leitung eines jeden solchen Einsatzes obliegt einem Beamten des Gebietsstaates.<sup>42</sup> Ausdrücklich bestimmt der Polizeivertrag, daß das Handeln der Beamten des Nachbarstaates dem einsatzführenden Staat, also dem Gebietsstaat, zuzurechnen ist.<sup>43</sup>

Handelt es sich um eine verdeckte Ermittlung zu präventiv-polizeilichen Zwecken, so ist sie zulässig, soweit es das jeweilige innerstaatliche

<sup>38</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 1, Art. 18 dt.-schw. PolV.

<sup>39</sup> Vgl. Punkt 23.3. des Erläuternden Berichts über das Übereinkommen aufgrund von Art. K.3 des EU-Vertrags über die gegenseitige Amtshilfe und Zusammenarbeit der Zollverwaltungen (98/C 189/01) (sog. Neapel II-Übereinkommen, s.u. Anm. 191), ABLEG Nr. C 189, 1 (11).

<sup>40</sup> Art. 17 Abs. 1 dt.-schw. PolV setzt dafür voraus, daß zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, daß eine rechtshilfefähige Straftat vorliegt, für die nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht der Einsatz verdeckter Ermittler zugelassen ist. Rechtshilfe leisten die Bundesrepublik Deutschland und die Schweizerische Eidgenossenschaft einander nach dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959 (BGBl. 1964 II, 1369, 1386; 1976 II, 1799). Im Hinblick auf Straftaten geschieht dies grundsätzlich "in allen Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen, zu deren Verfolgung in dem Zeitpunkt, in dem um Rechtshilfe ersucht wird, die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind" (Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens). Vgl. aber auch die (für die verdeckte Ermittlung nach dem Polizeivertrag nicht erhebliche) Erweiterung der Rechtshilfe durch Art. I des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959 und die Erleichterung seiner Anwendung vom 13.11.1969, BGBl. 1975 II, 1171; 1976 II, 1818) sowie Art. 34 ff. (vgl. auch Art. 3 ff.) dt.-schw. PolV.

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, ein Ersuchen um die Zustimmung zum Einsatz eines verdeckten Ermittlers nur dann zu stellen, wenn die Aufklärung des Sachverhalts ohne die geplanten Ermittlungsmaßnahmen aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (Art. 17 Abs. 1 Satz 3 dt.-schw. PolV).

<sup>41</sup> Art. 18 Abs. 1 dt.-schw. PolV beschränkt den Einsatz auf die Verhinderung auslieferungsfähiger Straftaten – s. dazu o. Anm. 31.

<sup>42</sup> Art. 17 dt.-schw. PolV regelt Fragen des Einsatzes verdeckter Ermittler im Rahmen der Strafverfolgung; diese Vorschriften sind nach Art. 18 Abs. 3 zum größten Teil auch auf die verdeckte Ermittlung zur Verhinderung auslieferungsfähiger Straftaten von erheblicher Bedeutung anwendbar: Nach Art. 17 Abs. 2 Satz 1 beschränken sich die Ermittlungen im ersuchten Vertragsstaat auf einzelne, zeitlich begrenzte Einsätze. Die Vorbereitung der Einsätze erfolgt in enger Abstimmung zwischen den beteiligten Behörden des ersuchten und ersuchenden Vertragsstaates (Art. 17 Abs. 2 Satz 2). Nicht nur die Voraussetzungen und Bedingungen des Einsatzes verdeckter Ermittler, sondern auch die Maßgaben für die Verwendung der Ermittlungsergebnisse werden von dem ersuchten Vertragsstaat unter Beachtung seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegt (Art. 17 Abs. 3 Satz 1). Der ersuchte Vertragsstaat leistet dem verdeckten Ermittler Unterstützung und gewährt ihm Schutz (Art. 17 Abs. 4).

<sup>43</sup> Art. 17 Abs. 2 Satz 3 HS 2. Über die Durchführung und die Ergebnisse des Einsatzes verdeckter Ermittler werden die zuständigen Behörden des Vertragsstaates, auf dessen Hoheitsgebiet der Einsatz erfolgte, unverzüglich schriftlich unterrichtet (Art. 17 Abs. 7; Art. 18 Abs. 3). Zu beachten ist auch Art. 17 Abs. 8 (s. auch Art. 18 Abs. 3). Danach können die Vertragsstaaten einander verdeckte Ermittler zur Verfügung stellen, die im Auftrag und unter der Leitung der zuständigen Behörde des jeweils anderen Vertragsstaates tätig werden.

Recht zuläßt.<sup>44</sup> Damit verweist der Polizeivertrag wiederum (im Schwerpunkt<sup>45</sup>) auf das Recht der Gliedstaaten.

## B. Exkurs: Kontrollierte Lieferung und gemischte Streifen und Kontroll-, Observations- und Ermittlungsgruppen

### 1. Kontrollierte Lieferung

Als ein Mittel der grenzüberschreitenden Strafverfolgung regelt der Polizeivertrag auch die sogenannte kontrollierte Lieferung. Sie soll insbesondere – obgleich nicht ausschließlich – dazu eingesetzt werden, den unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln, Waffen, Sprengstoffen, Falschgeld, Diebesgut und Hehlerware sowie die Geldwäsche zu bekämpfen.<sup>46</sup> Ziel ist es, Hinterleute und andere Tatbeteiligte eines solchen illegalen Handels zu ermitteln und Verteilerwege aufzudecken.<sup>47</sup> Aus der Regelung im Polizeivertrag<sup>48</sup> läßt sich erschließen, wie man sich eine kontrollierte Lieferung vorzustellen hat: Entscheidend ist, daß die an sich illegale Beförderung einer “heißen Ware” zugelassen wird unter der Bedingung, daß der gesamte Transport lückenlos überwacht wird. Wird die Grenze – gegebenenfalls auch außerhalb zugelassener Grenzübergänge und festgesetzter Verkehrsstunden<sup>49</sup> – überschritten, so übernimmt der Gebietsstaat die Kontrolle entweder sofort oder an einem vereinbarten Übergabepunkt.<sup>50</sup> Danach hat er zu gewährleisten, daß im weiteren Verlauf des Transports jederzeit auf die Täter oder die Ware zugegriffen werden kann.<sup>51</sup> Dies setzt nicht notwendig voraus, daß sich ständig Polizeibeamte in unmittelbarer Nähe der Lieferung aufhalten. Vielmehr ist es auch

<sup>44</sup> Art. 18 Abs. 1 dt.-schw. PolV – s. dazu o. bei Anm. 34. Nicht übersehen werden sollte, daß der Polizeivertrag über Art. 18 Abs. 3 i.V. mit Art. 17 Abs. 1 Sätze 3 und 4, Abs. 2–5, 7 und 8 selbst schon gewisse Rahmenbedingungen vorgibt. Art. 18 Abs. 2 dt.-schw. PolV erfordert für den Einsatz schweizerischer verdeckter Ermittler in Deutschland ein *Ersuchen* an das zuständige Landeskriminalamt; im umgekehrten Fall wenden sich die deutschen Behörden an die Strafverfolgungsbehörden des Bundes oder an die Strafverfolgungsbehörden des Kantons, auf dessen Gebiet der Grenzübertritt voraussichtlich erfolgen soll (Art. 18 Abs. 2 i.V. mit Art. 14 Abs. 4).

<sup>45</sup> In der Schweiz laufen z.Zt. Gesetzgebungsarbeiten an einem Bundesgesetz über verdeckte Ermittlung und Telefonkontrolle (Bundesblatt 1998 IV, 4317 ff., zum Verfahren *ibid.*, 4241 ff.).

<sup>46</sup> Art. 19 Abs. 1 Satz 1 dt.-schw. PolV.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 a.E. dt.-schw. PolV.

<sup>48</sup> S. auch Punkt 22.1 des Erläuternden Berichts über das sog. Neapel II-Übereinkommen (Anm. 39), ABL. EG Nr. C 189, 1 (11). Sowie die Definition der “controlled delivery”/“livraison surveillée” gemäß Art. 1 *lit. g* (vgl. auch Art. 11) des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988 (Zustimmungsgesetz vom 22.7.1993, BGBl. 1993 II, 1136; in Kraft getreten am 27.2.1994, Bekanntmachung vom 28.2.1994, BGBl. 1994 II, 496). Vgl. auch Art. 73 SDÜ (Anm. 6; s. auch o. Anm. 18; s. auch Punkt 22.4 des Erläuternden Berichts über das sog. Neapel II-Übereinkommen [Anm. 39], ABL. EG Nr. C 189, 1 [11]). Sowie Lothar Harings, Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland, Berlin 1998, 111.

<sup>49</sup> S. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit Art. 14 Abs. 1 Satz 6 dt.-schw. PolV.

<sup>50</sup> Art. 19 Abs. 2 Satz 1 dt.-schw. PolV.

<sup>51</sup> Art. 19 Abs. 2 Satz 2 dt.-schw. PolV.

denkbar, daß die Ware mittels eines Peilsenders jederzeit geortet werden kann, um einen sofortigen Zugriff zu erlauben. Die kontrollierte Lieferung kann nach Absprache zwischen den Vertragsstaaten abgefangen und zur Weiterbeförderung freigegeben werden, wobei sie unangetastet bleiben, entfernt oder ganz oder teilweise ersetzt werden kann.<sup>52</sup>

Bei der Durchführung einer kontrollierten Lieferung können deutsche oder schweizerische Polizeibeamte auf je fremdem Hoheitsgebiet zur Observation eingesetzt werden, weshalb der Polizeivertrag insoweit auch mehrfach auf die Regelungen über die grenzüberschreitende Observation verweist.<sup>53</sup> Der Einsatz im Ausland betrifft zunächst die Operationsphase, in der die Lieferung die Grenze überquert. Denn die Überwachung darf nicht abreißen. Liegt der Übergabepunkt hinter der Grenze, so müssen die observierenden Beamten der Ladung auf fremdes Territorium folgen. Nach Absprache zwischen den Vertragsstaaten können Beamte des einen Staates darüber hinaus die kontrollierte Lieferung aber auch zusammen mit den Beamten des anderen Staates (also des Gebietsstaates) weiter begleiten, nachdem diese die Kontrolle übernommen haben.<sup>54</sup> Nicht ausgeschlossen erscheint es auch, eine kontrollierte Lieferung mit anderen grenzüberschreitenden Einsatzformen zu kombinieren. So läßt sich vorstellen, daß ein verdeckter Ermittler aus dem einen Vertragsstaat die Beförderung in dem anderen Vertragsstaat womöglich sogar eigenhändig vornimmt.

## 2. Gemischte Streifen und Kontroll-, Observations- und Ermittlungsgruppen

Als besondere Formen grenzüberschreitender Einsätze sieht der Polizeivertrag gemischte Streifen sowie gemischt besetzte Kontroll-, Observations- und Ermittlungsgruppen vor. Diese sollen bei Bedarf aus Beamten beider Vertragsstaaten gebildet werden. Bei polizeilichen Operationen üben aber grundsätzlich<sup>55</sup> nur die Beamten des Gebietsstaates hoheitliche Befugnisse aus, während ihnen die Beamten des Nachbarstaates Unterstützung leisten, ohne hoheitlich tätig zu sein.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Art. 19 Abs. 1 Satz 3 dt.-schw. PolV.

<sup>53</sup> Art. 19 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 und 5 dt.-schw. PolV. Dadurch haben die Beamten auf fremdem Hoheitsgebiet insbesondere auch das Recht, eine Person, die sie auf frischer Tat bei der Begehung von oder der Teilnahme an einer im Gebietsstaat auslieferungsfähigen Straftat betreffen, festzuhalten, einer Sicherheitsdurchsuchung zu unterziehen, ihr Handfesseln anzulegen und die von ihr mitgeführten Gegenstände bis zum Eintreffen der örtlich zuständigen Behörden vorläufig sicherzustellen (Art. 19 Abs. 4 i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 9 dt.-schw. PolV).

<sup>54</sup> Art. 19 Abs. 2 Satz 3 dt.-schw. PolV. Dabei sind die fremden Beamten an die Bestimmungen des Art. 19 dt.-schw. PolV und das Recht des Gebietsstaates gebunden und haben die Weisungen von dessen Beamten zu befolgen (Art. 19 Abs. 2 Satz 4 dt.-schw. PolV).

<sup>55</sup> Eine Ausnahme enthält allein Art. 22 dt.-schw. PolV, soweit er eine Amtswalterleihe vorsieht, bei welcher der fremde Beamte in die Fachweisungshierarchie des Gebietsstaates eingegliedert und zugleich mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse betraut wird.

<sup>56</sup> Art. 20 Abs. 1 dt.-schw. PolV; vorgesehen sind dort auch Analyse- und sonstige Arbeitsgruppen. Nach Art. 20 Abs. 2 sollen grenzüberschreitende Fahndungsaktionen (wie z. B. Ringalarmfahndungen nach flüchtigen Straftätern) nach Maßgabe festgelegter Pläne durchgeführt werden. Sie beschränken sich auf die in Art. 4 Abs. 7 festgelegten Grenzgebiete. S. auch Art. 23 zur Zusammenarbeit in gemeinsamen Zentren, denen die Durchführung operativer Einsätze freilich nicht zukommt.

Gleichwohl verdienen die gemischten Einsatzgruppen Erwähnung. Denn sie vermitteln polizeilichen Aktionen eine gesteigerte Mobilität, wenn ihnen gestattet wird, die Grenze frei zu überschreiten. Dies hätte zur Folge, daß die Hoheitsbefugnisse der Beamten des Staates, auf dessen Gebiet sich die Gruppe gerade befindet, jeweils aufleben. Das größte praktische Problem bestünde in der Organisation einer konsistenten und effektiven Einsatzleitung.

### C. Zusammenfassung der wesentlichen Grundsätze für grenzüberschreitende Einsätze

Sucht man nach gemeinsamen Konstruktionsprinzipien für die drei unter A. genannten Formen grenzüberschreitender Polizeieinsätze Nacheile, Observation und verdeckte Ermittlung, so lassen sich holzschnittartig folgende drei Leitsätze erkennen:

Der grenzüberschreitende Polizeieinsatz erfordert die vorherige Zustimmung des Gebietsstaates im konkreten Einzelfall.<sup>57</sup> Die Zustimmung kann unter Auflagen erteilt werden und Modalitäten des Einsatzes festlegen.<sup>58</sup> Bei besonderer Dringlichkeit entfällt das Erfordernis vorheriger Zustimmung.<sup>59</sup> Ein Ersuchen ist dann aber unverzüglich nachzureichen.<sup>60</sup>

Die Beamten haben möglichst vor oder bei Grenzübertritt dem Gebietsstaat mitzuteilen, daß sie tatsächlich sein Hoheitsgebiet betreten.<sup>61</sup> Auf Verlangen des Gebietsstaates ist der Einsatz einzustellen<sup>62</sup> oder an inländische Beamte zu über-

<sup>57</sup> Art. 14 Abs. 1 Satz 1; Art. 15 Abs. 1 Satz 1; Art. 17 Abs. 1 Satz 1 (s. auch Abs. 2 Satz 1); Art. 18 Abs. 1; Art. 19 Abs. 1 Satz 1 dt.-schw. PolV.

<sup>58</sup> Art. 14 Abs. 1 Satz 2; Art. 15 Abs. 1 Satz 2 dt.-schw. PolV.

<sup>59</sup> Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1; Art. 15 Abs. 3 Satz 1 dt.-schw. PolV. Hervorzuheben ist, daß auch ein verdeckter Ermittler ausnahmsweise befugt ist, ohne vorherige Absprache auf dem Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates tätig zu werden (Art. 17 Abs. 5 Satz 1). Vorausgesetzt ist, daß (1) die rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz verdeckter Ermittler im anderen Vertragsstaat vorliegen und (2) ohne einen Grenzübertritt die Gefahr droht, daß die veränderte Identität aufgedeckt würde. Folglich ist es z. B. denkbar, daß der in Konstanz eingesetzte verdeckte Ermittler von der Bande, in die er sich eingeschlichen hat und von der er spontan aufgefordert wird, zu einem Drogeneinkauf mit nach Zürich zu fahren, nicht nach fadenscheinigen Ausflüchten suchen muß, sondern seinen Einsatz auch auf schweizerischem Hoheitsgebiet fortsetzen darf, soweit dies die Aufrechterhaltung seiner Legende erfordert.

<sup>60</sup> Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Nr. 2; Art. 15 Abs. 3 Satz 3; Art. 17 Abs. 5 Satz 3 dt.-schw. PolV. Eine Ausnahme besteht insoweit bei der Nacheile, die aber *per se* ein Fall besonderer Dringlichkeit ist; denn sie setzt voraus, daß die Beamten des Nachbarstaates nicht alarmiert werden können, um gleichsam abfangbereit an der Grenze zu stehen.

<sup>61</sup> Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Nr. 1 (bei der Observation zur Strafverfolgung mit vorheriger Zustimmung nach Art. 14 Abs. 1 fehlt dieses Erfordernis); Art. 15 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Satz 2; Art. 16 Abs. 2 Satz 2 dt.-schw. PolV.

<sup>62</sup> Dies gilt in Fällen eines grenzüberschreitenden Handelns ohne vorherige Zustimmung; Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2; Art. 15 Abs. 3 Satz 5; Art. 16 Abs. 1 Satz 3 dt.-schw. PolV.

geben.<sup>63</sup> Stets haben die fremden Beamten die Anordnungen der Behörden des Gebietsstaates zu befolgen.<sup>64</sup>

Auf fremdem Hoheitsgebiet sind sie an das Recht des Gebietsstaates gebunden.<sup>65</sup>

Im Stenogrammstil lauten die Leitsätze also: Zustimmungserfordernis – Abgabe der Verfahrensherrschaft auf Verlangen – Bindung an das Recht des Gebietsstaates. Hinzu kommt wie gesehen, daß, soweit es um präventiv-polizeiliche Gefahrenabwehr geht, der Polizeivertrag im Kern auf das Recht der schweizerischen Kantone und der deutschen Bundesländer verweist.

#### D. Der grundlegende Wesenszug der grenzüberschreitenden Polizeieinsätze: kurzgeschlossene Rechtshilfe mit einem Selbsthilfeanteil

Betrachten wir das Gesamtkonzept des Polizeivertrags, so fällt dreierlei auf:

Theoretisch hätte man die gleichen Ziele – flüchtige Personen zu ergreifen oder polizeilich zu ermitteln – mittels traditioneller Rechtshilfeverfahren anstreben können. Dies wird besonders deutlich, soweit es um die Verfolgung ausliefere-

<sup>63</sup> Art. 14 Abs. 1 Satz 3; Art. 15 Abs. 1 Satz 4 dt.-schw. PolV. Bei der verdeckten Ermittlung erübrigt sich dies, soweit die Einsatzleitung beim Gebietsstaat liegt (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 HS 1 dt.-schw. PolV). Bei der Observation ohne vorherige Zustimmung muß der Einsatz abgebrochen werden, wenn die nachträgliche Zustimmung nicht fünf Stunden nach Grenzübertritt vorliegt (Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2; Art. 15 Abs. 3 Satz 5).

<sup>64</sup> Art. 14 Abs. 3 Nr. 1 HS 2 dt.-schw. PolV. Sowie Art. 15 Abs. 4 Satz 2 (i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 1 HS 2); Art. 16 Abs. 4 Nr. 1 HS 2; Art. 19 Abs. 4 (i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 1 HS 2) dt.-schw. PolV. S. auch die Pflichten, sich bei den territorial zuständigen Behörden zu melden, ihnen Bericht zu erstatten, persönlich vor ihnen zu erscheinen und mit ihnen zusammenzuarbeiten, und die behördlichen Unterstützungspflichten, wie sie niedergelegt sind in Art. 14 Abs. 3 Nr. 6 und 7; Art. 15 Abs. 4 Satz 2 (i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 6 und 7); Art. 16 Abs. 4 Nr. 4 und 5 (i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 6 und 7), Abs. 6 Art. 19 Abs. 4 (i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 7) dt.-schw. PolV.

<sup>65</sup> Bei der Observation und bei der Nacheile ist dies im Polizeivertrag ausdrücklich festgelegt (Art. 14 Abs. 3 Nr. 1; Art. 15 Abs. 4 Satz 2 i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 1; Art. 16 Abs. 4 Nr. 1; s. auch Art. 19 Abs. 4 i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 1). Auch bei der verdeckten Ermittlung zur Aufklärung von Straftaten (Art. 17) erscheint es richtig, von der Bindung des verdeckten Ermittlers an das Recht des Gebietsstaates auszugehen. Denn dafür spricht: (1) Die Leitung des Einsatzes obliegt einem Beamten des ersuchten Staates (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 HS 1); (2) das Handeln der Beamten des ersuchenden Staates ist dem einsatzführenden Staat zuzurechnen (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 HS 2); (3) die Voraussetzungen des Einsatzes, die Bedingungen, unter denen er stattfindet, sowie die Maßgaben für die Verwendung der Ermittlungsergebnisse werden von dem ersuchten Vertragsstaat unter Beachtung seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegt, worüber der ersuchte Vertragsstaat den ersuchenden Vertragsstaat unterrichtet (Art. 17 Abs. 3). Zu beachten ist, daß für den Einsatz ausländischer Polizeibeamter als verdeckter Ermittler die §§ 110a ff. StPO grundsätzlich auch dann nicht gelten sollen, wenn die fremden Beamten aufgrund zwischenstaatlicher Absprachen im Wege der Rechtshilfe der Weisungsbefugnis deutscher Ermittlungsbehörden unterstellt sind (Nack [Anm. 33], § 110a, Rn. 5, der dies damit begründet, daß die Verleihung der Legende, die Entscheidung über eine Sperrerklärung und die disziplinarrechtliche Aufsicht in der Hand eines fremden Staates sind). Im Fall des deutsch-schweizerischen Polizeivertrags kann offenbar über die Festlegung der Einsatzbedingungen nach Art. 17 Abs. 3 Satz 1 aber im praktischen Ergebnis eine ähnliche Bindung erreicht werden.

rungsfähiger Straftaten geht.<sup>66</sup> Schon insofern kann man von einem rechtshilfeähnlichen Charakter der Polizeieinsätze sprechen.<sup>67</sup>

Rechtshilfeähnlich ist auch das Erfordernis, daß der Gebietsstaat einem Grenzübertritt aufgrund eines Ersuchens grundsätzlich vorher zugestimmt haben muß. Freilich ist dieser Vorgang von der diplomatischen auf die behördliche Ebene verlagert.<sup>68</sup> Insofern ist der Rechtshilfeverkehr "kurzgeschlossen".

Bei der "klassischen" Rechtshilfe finden die Handlungen der Beamten jedes Staates grundsätzlich<sup>69</sup> auf eigenem Hoheitsgebiet statt.<sup>70</sup> Der Polizeivertrag dagegen gewährt die Befugnis, die Grenze zu überschreiten. Damit werden dem Gesamtvorgang Elemente hinzugefügt, die einen – untechnisch zu verstehenden – Selbsthilfecharakter haben. Akte der fremden Beamten sind aber grundsätzlich subsidiär gegenüber Handlungen der Behörden des Gebietsstaates und arbeiten diesen vielfach lediglich zu.<sup>71</sup> Insbesondere können sie "klassische" Rechtshilfeverfahren anstoßen.

Insgesamt läßt sich der Wesenszug der grenzüberschreitenden Polizeieinsätze folglich mit der Formel kennzeichnen: Es handelt sich um "kurzgeschlossene Rechtshilfe mit Selbsthilfeelementen".

#### E. Zwei grundlegende Auslegungsprobleme

Die bisherige Darstellung des Polizeivertrags beruht auf einer Auslegung des Vertragstextes. Zwei neuralgische Punkte der Interpretation sollten etwas genauer beleuchtet werden.

<sup>66</sup> S. etwa Art. 14 Abs. 1 Satz 1 HS 1; Art. 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dt.-schw. PolV.

<sup>67</sup> Hinzu kommt folgendes: Soweit der deutsch-schweizerische Vertrag den Beamten auf fremdem Staatsgebiet ein Zugriffsrecht gewährt, beschränkt es sich auf das vorläufige Festhalten der verfolgten Person (Art. 14 Abs. 3 Nr. 9; Art. 15 Abs. 4 Satz 2 [i.V. Art. 14 Abs. 3 Nr. 9]; Art. 16 Abs. 2; Art. 19 Abs. 4 [i.V. Art. 14 Abs. 3 Nr. 9]), die den Behörden des Gebietsstaates zu übergeben ist. Bei der *Observation* dient das Festhalten den Strafverfolgungsinteressen des Gebietsstaates, setzt es doch (wie zuvor erwähnt) die Begehung einer Straftat in dessen Hoheitsbereich voraus; hier könnte man von einem Element der Rechtshilfe zugunsten des Gebietsstaates sprechen. Bei der *Nacheile* dagegen sieht der Polizeivertrag die Möglichkeit vor, daß eine festgehaltene Person von den Behörden des Gebietsstaates zum Zwecke der Auslieferung an den anderen Vertragsstaat vorläufig festgenommen wird (Art. 16 Abs. 5 Satz 3).

<sup>68</sup> Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 Nr. 1, Abs. 4; Art. 15 Abs. 2; Art. 17 Abs. 6; Art. 18 Abs. 2; Art. 19 Abs. 5 [i.V. mit Art. 14 Abs. 4] dt.-schw. PolV. Vgl. auch Art. 16 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 2, Abs. 4 Nr. 1 und 4 dt.-schw. PolV.

<sup>69</sup> Von der Übergabe eines Auslieferungshäftlings abgesehen.

<sup>70</sup> S. Eberhard Grabitz, *Administrative, Judicial and Legislative Activities on Foreign Territory*, in: Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, Amsterdam u.a. 1992, 20 (zur Unterscheidung von "actual sovereign acts on foreign territory" und "requests for assistance to foreign public authorities"). Soweit die *Observation* und die verdeckte Ermittlung auch zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung zulässig sind, handelt es sich freilich um transnationale Rechtshilfe von besonderer Qualität. Denn hier geht es nicht mehr um Strafverfahren, sondern um einen Ausschnitt aus dem Bereich polizeilicher Gefahrenabwehr.

<sup>71</sup> Besonders deutlich bei der Befugnis, eine auf frischer Tat betroffene Person bis zum Eintreffen der territorial zuständigen Beamten vorläufig festzuhalten (s. etwa Art. 14 Abs. 3 Nr. 9; Art. 16 Abs. 2 und 5 dt.-schw. PolV).

### 1. Die Kompetenzgewährung

Der erste betrifft die Frage, ob der Polizeivertrag so zu lesen ist, als verleihe er selbst den auf fremdem Hoheitsgebiet handelnden Beamten bestimmte Kompetenzen – oder ob er lediglich erlaubt, daß fremde Beamte sich auf die jeweils geltenden innerstaatlichen Befugnisnormen stützen. Für eine unmittelbare Kompetenzverleihung durch den Vertrag spricht schon der Wortlaut, wonach die Beamten z.B. “befugt” sind, eine Observation oder Verfolgung fortzusetzen. Dafür spricht auch das Ziel des Vertrages, eine effektive Kooperation herbeizuführen. Die Bedingungen für grenzüberschreitende Einsätze müssen entsprechend klar festgelegt sein. Dabei ist zu bedenken, daß sowohl Deutschland als auch die Schweiz Bundesstaaten sind. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Gliedstaaten ist komplex. Würde der Polizeivertrag auch im Hinblick auf Befugnisnormen auf das Recht des Gebietsstaats verweisen, drohte Verwirrung. Man denke nur daran, daß der unmittelbare Grenzübertritt den baden-württembergischen Polizeibeamten in sieben verschiedene Kantone führen kann mit je eigener Strafprozeßordnung.<sup>72</sup> Folglich ist davon auszugehen, daß der Polizeivertrag selbst Kompetenzen verleiht.<sup>73</sup>

### 2. Die Bindung an das Recht des Gebietsstaates

Der zweite neuralgische Punkt der Vertragsauslegung betrifft die Bindung an das Recht des Gebietsstaates. Teils ausdrücklich<sup>74</sup>, teils implizit<sup>75</sup> bestimmt der Polizeivertrag<sup>76</sup>, daß die Beamten nicht nur an das völkerrechtliche Abkommen, sondern auch an das Recht des Vertragsstaates gebunden sind, auf dessen Hoheitsgebiet sie auftreten. Fraglich ist, was damit gemeint ist. Denn für ausländische Beamte gelten die Rechtsbindungen, die der Gebietsstaat seinen Beamten

<sup>72</sup> Innerhalb der Schweiz beschränkt sich die Bundeszuständigkeit weitgehend auf die “gerichtliche Polizei” (s. Art. 17 ff. des schweizerischen Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr.312.0, Stand: 2.12.1997; s. zum Bundesanwalt, dem die Leitung der gerichtlichen Polizei obliegt, *ibid.*, Art. 14 ff.) im Rahmen von Art. 340 des schweizerischen StGB (vom 21.12.1937, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr.311.0, Stand: 10.11.1998). Darüber hinaus verfügt der Bund auch über Ermittlungskompetenzen im Rahmen des Bundesgesetzes über Maßnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21.3.1997 (Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr.120, Stand: 30.6.1998). Vgl. auch das Bundesgesetz über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes vom 7.10.1994 (Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr.172.213.71, Stand: 1.7.1995).

<sup>73</sup> Vgl. auch Harings (Anm. 48), 80, 163 (der freilich für das SDÜ [Anm. 6] von der Lehre der Transformation völkerrechtlicher Verträge ausgeht und daher im deutschen Zustimmungsgesetz die Rechtsgrundlage für belastende Maßnahmen sieht).

<sup>74</sup> So bei der Observation (Art. 14 Abs.3 Nr.1; Art. 15 Abs.4 dt.-schw. PolV), bei der Nacheile (Art. 16 Abs.4 Nr.1 dt.-schw. PolV) und bei der kontrollierten Lieferung (Art. 19 Abs.2 Satz 4; Art. 19 Abs.5 i.V. mit Art. 14 Abs.3 Nr.1 dt.-schw. PolV).

<sup>75</sup> So bei der verdeckten Ermittlung zur Aufklärung von Straftaten; vgl. Art. 17 Abs.3 dt.-schw. PolV; s. dazu o. Anm. 65. Auf Art. 17 Abs.3 verweist auch Art. 18 Abs.3 dt.-schw. PolV für die verdeckte Ermittlung zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung.

<sup>76</sup> Nach dessen Art. 3 Satz 2 die polizeiliche Zusammenarbeit grundsätzlich im Rahmen des innerstaatlichen Rechts erfolgt, soweit sich aus dem Polizeivertrag nicht etwas anderes ergibt.

aufgelegt, grundsätzlich nicht.<sup>77</sup> Wo der Polizeivertrag eine Gleichstellung mit inländischen Beamten beabsichtigt, bringt er dies dagegen eindeutig zum Ausdruck – wie etwa bei den Bestimmungen des Verkehrsrechts.<sup>78</sup> Könnte es daher sein, daß die Beamten des einen Vertragsstaates nicht anders als ein – privater – „jedermann“ an das Recht des anderen Vertragsstaates gebunden sind?

Dies will nicht recht einleuchten, da doch hoheitlich gehandelt wird. Ferner wäre eine solche Auffassung kaum vereinbar mit einer Haftungsregel, die der Polizeivertrag enthält. Danach haftet der Gebietsstaat (oder sein Gliedstaat) für Schäden, die Beamte des anderen Vertragsstaates auf seinem Hoheitsgebiet einem Dritten zufügen, wie wenn ein eigener Beamter gehandelt hätte.<sup>79</sup> Der Gebietsstaat kann aber bei dem anderen Staat Regreß nehmen.<sup>80</sup>

Nach dieser Haftungsregel wird das Verhalten eines schweizerischen Beamten in Deutschland haftungsrechtlich genauso behandelt wie das eines deutschen Amtswalters. Die ausländischen Beamten aber üben wie gesehen Kompetenzen allein nach dem Polizeivertrag aus. In einem Schadensfall muß folglich gefragt werden, wie Bund oder Land haften würden, wenn ein deutscher Beamter anstelle des schweizerischen gehandelt hätte und dabei eine Befugnis genutzt hätte, wie sie der Polizeivertrag enthält. Für den schweizerischen Beamten wird mithin so gehaftet, als ob ein deutscher Beamter ein Spezialgesetz zu vollziehen hätte.

Die haftungsrechtliche Gleichstellung der ausländischen und inländischen Beamten wirft damit ein Licht darauf, was der Polizeivertrag meint, wenn er die Beamten materiell an das Recht des Gebietsstaates bindet. Der Polizeivertrag ist für sie gleichsam das „Spezialgesetz“. Schweizerische Beamte müssen also

<sup>77</sup> Die Bindung an ihr Heimatrecht nehmen sie aber über die Grenze hinweg mit. Vgl. Art. 31 Abs. 2 dt.-schw. PolV. Vgl. auch Harings (Anm. 48), 279.

<sup>78</sup> S. zum Straßenverkehrsrecht: Art. 14 Abs. 3 Nr. 2 sowie Art. 15 Abs. 4 Satz 2 und Art. 16 Abs. 4 Nr. 5 (je i.V. mit Art. 14 Abs. 3 Nr. 2) dt.-schw. PolV. S. zum Luft- und Wasserverkehrsrecht bei dem – in Art. 25 Abs. 1 vorgesehenen – Einsatz von Luft- und Wasserfahrzeugen im Rahmen einer grenzüberschreitenden Observation oder Nacheile: Art. 25 Abs. 2.

<sup>79</sup> Art. 32 Abs. 3 dt.-schw. PolV lautet: „Wird durch einen Beamten einer Polizeibehörde des einen Vertragsstaates bei der Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Durchführung dieses Vertrages auf dem Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates einem Dritten Schaden zugefügt, so haftet für den Schaden der Vertragsstaat, auf dessen Hoheitsgebiet der Schaden eingetreten ist, nach Maßgabe der Vorschriften, die im Fall eines durch einen eigenen sachlich und örtlich zuständigen Beamten verursachten Schadens Anwendung finden würde.“ Mangels besonderer Haftungsregeln könnte folglich die Bundesrepublik Deutschland oder eines für die Handlungen eines schweizerischen Beamten nach den Grundsätzen der Amtshaftung gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG, der Haftung wegen enteignungsähnlichen oder enteignenden Eingriffs, wegen Aufopferung eintreten müssen, oder es könnte sie möglicherweise – sofern der Begriff „Schadensersatz“ entsprechend weit zu verstehen ist – ein Folgenbeseitigungsanspruch treffen. S. zum Haftungsrecht der Schweiz: Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rn. 1729 ff. Vgl. zum Problem, ob auch die Gliedstaaten als Anspruchs- und Klagegegner in Frage kommen, unter dem SDÜ (Anm. 6): Harings (Anm. 48), 290 ff.

<sup>80</sup> Art. 32 Abs. 4 dt.-schw. PolV: „Der Vertragsstaat, dessen Beamte den Schaden auf dem Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates verursacht haben, erstattet diesem anderen Vertragsstaat den Gesamtbetrag des Schadenersatzes, den dieser an die Geschädigten oder ihre Rechtsnachfolger geleistet hat.“

kraft des Polizeivertrags in Deutschland neben dem Polizeivertrag nicht nur die jedermann treffenden Normen, sondern auch die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Bindungen beachten<sup>81</sup> – und damit insbesondere auch die deutschen Grundrechte.

Haftungsrecht und materielles Recht stehen also in Wechselwirkung. Dies rührt nicht nur daher, daß der Heimatstaat der grenzüberschreitend tätigen Beamten ein eigenes Interesse daran hat, Haftungsfälle zu vermeiden; denn er muß die Schadenssumme erstatten. Vielmehr schuldet er auch dem Gebietsstaat nach Treu und Glauben Rücksicht. Darum muß er sich bemühen, ihn möglichst selten auch nur der Abwicklung von Schadensfällen auszusetzen.

Die Bindung an das Recht des Gebietsstaates beruht bei alledem auf dem Polizeivertrag als völkerrechtlichem Vertrag.

### III. Der rechtliche Kontext des deutsch-schweizerischen Polizeivertrags

Dem Abschluß des Polizeivertrags setzt schon das Völkerrecht bestimmte rechtliche Ausgangs- und Rahmenbedingungen. Weitere "Schichten" solcher Bindungen bilden für die Bundesrepublik das Europarecht und ihr Verfassungsrecht. Beginnen wir bei der allgemeinsten Rechtsschicht, der äußersten "Zwiebelschale", dem Völkerrecht.

#### A. Völkerrecht

##### 1. Die Gestattung der Ausübung fremder Hoheitsgewalt auf dem eigenen Territorium

Nach allgemeinem Völkerrecht darf ein Staat auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates ohne dessen Zustimmung grundsätzlich keine Hoheitsakte setzen.<sup>82</sup> Vielmehr muß er dessen Gebietshoheit, also dessen – (grundsätzlich) ausschließliche<sup>83</sup> – Zuständigkeit achten, auf seinem Staatsgebiet Akte der öffent-

<sup>81</sup> Im Hinblick auf Art. 40 SDÜ (Anm. 6) will Harings (Anm. 48), 163, offenbar weitergehen, wenn er meint, die Vorschriften der StPO über die Informationserhebung gälten "unmittelbar für die fremden Hoheitsträger" (vgl. auch *ibid.*, 282 f.).

<sup>82</sup> Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 9. Aufl., Köln u. a. 1997, Rn. 1363, 1504. S. insbesondere den StIGH im *Lotus-Fall*, Série A, n°10, 18: "Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention." Sowie Max Huber, Schiedsspruch im *Palmas-Fall*, ZaöRV 1 (1929), Teil 2, 3 (15 f.): "Sovereignty in the relation between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations. ...".

<sup>83</sup> Santiago Torres Bernardez, *Territorial Sovereignty*, in: Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam u. a., Inst. 10 (1987), 487 (491) ("... within the limits imposed

lichen Gewalt zu setzen, seien sie normativer, administrativer oder judikativer Natur.<sup>84</sup> Wegen dieses Grundsatzes der Gebietsausschließlichkeit haben Maßnahmen der Polizei an der Grenze haltzumachen.<sup>85</sup>

Dieser Grundsatz erleidet zwar einige Ausnahmen. Das Völkergewohnheitsrecht kennt jedoch keine Regel, die einem Nachbarstaat das Recht der Nacheile über die gemeinsame Staatsgrenze hinweg erlaubte.<sup>86</sup> Dem flüchtigen Verbrecher oder Störer darf die Polizei auf fremdem Staatsgebiet nicht nachsetzen<sup>87</sup> – es sei denn, der Nachbarstaat stimmt zu.<sup>88</sup>

Ebendies ist durch den Polizeivertrag zum Teil geschehen. Denn der Vertrag enthält nicht nur Rahmenbedingungen dafür, daß in konkreten Einzelfällen um eine solche Zustimmung ersucht wird. Er gestattet insbesondere die Nacheile und die Observation in dringenden Fällen unmittelbar selbst.

## 2. Staatenimmunität und Rechtsschutz vor den Gerichten des Gebietsstaates

### a) Allgemeine Grundsätze

Üben Beamte eines fremden Staates hoheitliche Befugnisse im Inland aus, halten sie etwa eine Person gewaltsam fest, so fragt sich: Wie kann sich der Betroffene dagegen gerichtlich zur Wehr setzen? Die Antwort darauf wird mitbestimmt

---

by the international legal order, as to which there is no presumption [...], a State must be able to exercise full and exclusive authority over its territory as its indispensable physical basis and the main factor of apurtenance to itself [...]. ...”.

<sup>84</sup> Seidl-Hohenveldern (Anm. 82), Rn. 1113, 1503 ff., der (*ibid.*, Rn. 1114 ff.) darauf hinweist, daß die Reichweite der territorialen Souveränität und der Gebietshoheit zwar in der Regel mit dem Staatsgebiet übereinstimmen, daß aber unter Umständen die Gebietshoheit reduziert oder erweitert sein kann.

<sup>85</sup> Oppenheim's International Law, 9. Aufl., hrsg. von Sir Robert Jennings/Sir Arthur Watts, Harlow, Essex, 1992, 386 f.

<sup>86</sup> Wilhelm Karl Geck, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet, in: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Berlin 1960, 795; Otto Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl., Tübingen u. a. 1997, 143, 375; Oppenheim's International Law (Anm. 85), 387 f. mit Anm. 13.

<sup>87</sup> Auch nach allgemeinem völkerrechtlichem Seerecht gibt es kein Recht auf “hot pursuit” in fremde Küsten- oder gar Eigengewässer hinein. Vielmehr ist der Uferstaat darauf beschränkt, die auf frischer Tat ertappten flüchtigen Verbrecher oder die Schiffe, auf denen solche Verbrecher flüchten wollen, auf das hohe Meer hinaus zu verfolgen (Kimminich [Anm. 86], 387). In diesem Sinne bestimmt auch Art. 111 UN-Seerechtsübereinkommen, daß die Nacheile nur von inneren Gewässern, Archipelgewässern, Küstenmeer, Anschlußzone des nacheilenden Staates aus zulässig ist (Abs. 1; zur entsprechenden Geltung des Nacheilerechts im Bereich der Wirtschaftszone: Abs. 2) und daß das Recht zur Nacheile endet, sobald das verfolgte Schiff das Küstenmeer seines eigenen oder eines dritten Staates erreicht hat (Abs. 3).

<sup>88</sup> Dabei ist zwar auch ein stillschweigendes Einverständnis (Geck [Anm. 86], 795 [796]), möglicherweise auch eine bloße Duldung (Grabitz [Anm. 70], 20 – auch zur Rechtfertigung als “self help”), denkbar. Allein um der Klarheit und Rechtssicherheit willen ist es aber vorzugswürdig, eine ausdrückliche vertragliche Übereinkunft darüber zu treffen, unter welchen Voraussetzungen die Beamten des einen Staates auf dem Hoheitsgebiet des anderen Staates tätig werden, welche Handlungen sie dabei vornehmen dürfen und welche Pflichten sie – nicht zuletzt gegenüber dem Gebietsstaat – haben.

durch die Regeln über die Staatenimmunität. Handelt ein Staat durch seine Organe im Ausland, so genießt er nach allgemeinem Völkerrecht Immunität gegenüber der Staatsgewalt des Gebietsstaates. Hinsichtlich seiner hoheitlichen Handlungen ist kein Staat der Zwangsgewalt eines anderen Staates unterworfen. Ohne sein Einverständnis dürfen grundsätzlich keine gerichtlichen oder behördlichen Verfahren gegen ihn durchgeführt werden<sup>89</sup>, soweit es um seine *acta iure imperii* geht.<sup>90</sup>

In diesem Umfang schützt die Staatenimmunität nicht nur den Staat als solchen, sondern strahlt auch auf seine Organe aus. Denn sie gelten als Teile des Staates, soweit sie Hoheitsgewalt ausüben.<sup>91</sup> Auch gegen sie dürfen folglich – in bezug auf ihre hoheitlichen Handlungen – gerichtliche oder behördliche Verfahren nicht durchgeführt, gerichtliche oder behördliche Akte nicht erlassen werden.<sup>92</sup> Insbesondere ist es grundsätzlich unzulässig, sie wegen ihres hoheitlichen

<sup>89</sup> Helmut Steinberger, State Immunity, in: Bernhardt (Anm. 83), 428: "In the context of public international law the law of State immunity means the legal principles and rules under which a foreign State may claim exemption from, suspension of, or non-amenability to the jurisdiction of another State (the territorial or forum State). Jurisdiction means the comprehensive governmental power of a State, including, in particular, its legislative, judicial and administrative powers; it is not derived from, but limited and protected by public international law. In relation to State immunity its main practical importance consists in the power of the territorial State to adjudicate, to determine questions of law and of fact, to administer justice, and in such other executive and administrative powers as are normally exercised by the judicial and administrative authorities of the territorial State [...]. It is to these powers that jurisdictional immunities are related." Hervorheb. nicht im Original.

<sup>90</sup> Denn mit der souveränen Gleichheit, insbesondere aber mit der Unabhängigkeit der Staaten verträge es sich schlecht, wenn der eine Staat über den anderen zu Gericht sitzen, die Zwangsvollstreckung gegen ihn betreiben oder einen Verwaltungsakt gegen ihn erlassen könnte. Vgl. Rüdiger Wolfrum, in: Georg Dahm/Jost Delbrück/ders., Völkerrecht, 2. Aufl., Berlin, New York 1989, 452f.

<sup>91</sup> Steinberger (Anm. 89), 428 (433) (der darauf hinweist, daß dies davon unabhängig ist, ob die Organe oder Untergliederungen innerstaatlich als solche in Rechtsstreitigkeiten partei- oder prozeßfähig sind). Ähnlich auch Christian Gloria, Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die Beziehungen zwischen den Staaten, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl., München 1999, §26, Rn. 30 ("Soweit die Organe eines fremden Staates in einem anderen Staat amtliche Handlungen vornehmen, handelt es sich um Organhandlungen des fremden Staates, die als unmittelbares staatliches Handeln angesehen werden und in diesem Bereich dem jeweils zum Handeln Berufenen nicht als private Tätigkeit zugeordnet werden"). Vorsichtiger: Oppenheim's International Law (Anm. 85), 346ff. S.auch: Art. 3 (1) (d) der draft articles on jurisdictional immunities of States and their property (YBILC 1986 II/2, 8ff., 9, 13f. [commentary]). Nach BGH, Urt. v. 26.9.1978 –VI ZR 267/76–, NJW 1979, 1101 (1102), bedeutete es eine Aushöhlung der uneingeschränkten Immunität souveräner Staaten im Bereich hoheitlicher Betätigung, wollte man staatliches Handeln durch Zugriff auf das handelnde ausländische Organ der deutschen Gerichtsbarkeit unterwerfen. Z.T. wird, soweit die Immunität auch die Organe und Untergliederungen des Staates erfaßt, von einer Immunität in weiterem Sinn gesprochen (so etwa Helmut Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, Heidelberg u.a. 1985, 77ff.; Wolfrum [Anm. 90], 453). Vgl. auch – freilich in anderem Kontext stehend – Art. 5 der draft articles on State responsibility (YBILC 1980 II/2, 30ff. [31], von dem die ILC auch auf ihrer 48. Sitzung vom 6.5.–26.7.1996 ausging, A/CN.4/L.524, 21.6.1996).

<sup>92</sup> S.dazu, daß die Immunität eines ausländischen Staates auch gegenüber den Verwaltungsbehörden und -gerichten besteht: Wilfried Schaumann, Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 8, Karlsruhe 1968,

Verhaltens strafrechtlich zu verfolgen.<sup>93</sup> Diese – funktionelle<sup>94</sup> – Befreiung von der Jurisdiktion erstreckt sich jedenfalls auf die unselbständigen Einheiten eines Zentralstaates und im Bundesstaat auf die Organe und Untergliederungen der Bundesgewalt.<sup>95</sup> Weniger klar ist die Rechtslage im Hinblick auf rechtlich verselbständigte Teile eines Staates, insbesondere die Gliedstaaten eines Bundesstaates. Denn daß diesen nach allgemeinem Völkerrecht Immunität *ratione personae* zukäme, läßt sich nicht feststellen.<sup>96</sup>

b) Besondere Probleme der Staatenimmunität im Hinblick auf Gliedstaaten eines Bundesstaates

Stellt man sich also einen grenzüberschreitenden Polizeieinsatz vor, bei dem nicht Beamte des Bundesgrenzschutzes, sondern baden-württembergische oder bayerische Polizisten auf schweizerischem Hoheitsgebiet handeln, so erscheint es auf den ersten Blick problematisch, ob auch sie im Hinblick auf ihr amtliches Handeln Immunität genießen. Denn sie agieren als Organe eines Gliedstaates. Doch darf nicht übersehen werden, daß im Verhältnis Deutschlands und der

1 (53f.). Schaumann weist freilich, *ibid.*, 53, auf "gewisse Vorbehalte" hin im Hinblick auf die Anwendung von unmittelbarem Verwaltungszwang, z.B. bei Verkehrsregelungen und anderen unmittelbar Sicherheitszwecken dienenden Anordnungen, für welche eine Immunität zu verneinen sein werde. Dies dürfte in Parallele dazu stehen, daß die Unverletzlichkeit der Person eines Diplomaten (Art. 29 WÜD) den Gebietsstaat nicht hindert, im Notfall einen Immunitätsberechtigten auch vorübergehend festzuhalten, wenn dieser einen Angriff oder eine Straftat zu begehen droht oder unmittelbar begeht (s. dazu: Case Concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Rep. [1980], §86, 40; Horst Fischer, in: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Aufl., München 1999, §35 Rn. 39; Oppenheim's *International Law* [Anm. 85], 1074, note 1; ILC commentary on Art. 27 of its final draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities, YBILC 1958 II, 97).

<sup>93</sup> Denn ansonsten könnten die Grundsätze der Staatenimmunität unterlaufen werden (Helmut Steinberger [Anm. 89], 428).

<sup>94</sup> Nach Wolfrum (Anm. 90), 453, handelt es sich um eine Freistellung *ratione materiae*, mithin um eine sachliche, funktionelle Immunität. Dies bringt zum Ausdruck, daß insbesondere die handelnden natürlichen Personen als solche grundsätzlich keine persönliche Immunität genießen – es sei denn kraft spezieller Völkerrechtssätze wie etwa der Immunitätsregeln zum Schutze des Staatsoberhauptes. Zu diesen Spezialregeln, die von den Grundsätzen der Staatenimmunität zu unterscheiden sind, gehören ferner die Grundsätze über die Unverletzlichkeit diplomatischer und konsularischer Missionen, die persönlichen Privilegien und Immunitäten von Staatsoberhäuptern, Diplomaten, Mitgliedern von Sondergesandtschaften oder auf fremdem Hoheitsgebiet stationierten Streitkräften (s. dazu insbesondere BVerfGE 77, 170 [207f.]: "Die im Bundesgebiet stationierten fremden Streitkräfte sind nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts hinsichtlich ihres hoheitlichen Verhaltens, zu dem auch die Lagerung von Waffen zu Verteidigungszwecken zählt, in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik Deutschland entzogen; dies schließt ihnen gegenüber den Erlaß von Einzelakten aus, die eine einseitige hoheitliche Regelung eines Einzelfalles enthalten. ...". Hervorh. nicht im Original). S. dazu Steinberger (Anm. 89), 428.

<sup>95</sup> *Ibid.*, 428 (433).

<sup>96</sup> *Ibid.*, 428 (433). S. auch Wolfrum (Anm. 90), 455, der meint, man müsse wohl davon ausgehen können, daß es entscheidend darauf ankomme, ob der betreffende Gliedstaat Völkerrechtssubjektivität besitze.

Schweiz das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität<sup>97</sup> gilt. Die Bundesrepublik hat von der darin vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht zu erklären<sup>98</sup>, daß ihre Gliedstaaten sich auf die für Vertragsstaaten geltenden Vorschriften des Übereinkommens – und damit auf die grundsätzliche Immunität von der Gerichtsbarkeit eines anderen Vertragsstaates (Art. 15) – berufen können und die gleichen Pflichten haben wie diese.<sup>99</sup> Hoheitlich handelnde deutsche Landesbeamte genießen also auf dem Gebiet eines anderen Vertragsstaates Immunität.

Die Schweiz dagegen hat eine entsprechende Erklärung nicht abgegeben. Gleichwohl greift zugunsten kantonaler Polizeibeamter Art. 27 Abs.2 HS 2 des Übereinkommens ein. Aus ihm folgt, daß deutsche Gerichte grundsätzlich über Akte, die einem schweizerischen Kanton zuzurechnen sind, nicht entscheiden dürfen, soweit es sich um *acta iure imperii* handelt, also um Handlungen, die in Ausübung der Hoheitsgewalt vorgenommen werden.<sup>100</sup>

c) "Negative Tatbestandsvoraussetzung" für die Erstreckung der Staatenimmunität auf ein fremdes Organ: Dessen Handeln ist dem Gebietsstaat selbst nicht zuzurechnen

Die Staatenimmunität steht gleichsam unter einer negativen Tatbestandsvoraussetzung: Damit der Hoheitsakt eines ausländischen Beamten von der Jurisdiktion des Gebietsstaates befreit ist, darf er nicht dem Gebietsstaat selbst zuzurechnen sein. Dies aber ist der Fall, soweit der Beamte ein "geliehenes Organ" des Gebietsstaates ist.<sup>101</sup> Der Polizeivertrag sieht die Möglichkeit einer Amtswalterleihe vor: Fremde Beamte können – auch zur Wahrnehmung hoheitlicher Vollzugsaufgaben – in die Fachweisungshierarchie eingegliedert werden.<sup>102</sup> Eine solche Unterstellung bewirkt, daß ihr Handeln dem Unterstellungsstaat zugerechnet wird.<sup>103</sup>

Zuzurechnen ist dem Gebietsstaat das Handeln der fremden Beamten aber auch, soweit sie – wie z. B. im Falle der verdeckten Ermittlung – seiner Einsatzleitung

<sup>97</sup> Vom 16.5.1972; Zustimmungsgesetz vom 22.1.1990, BGBl. II, 34. Das Übereinkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 16.8.1990 in Kraft getreten (Bekanntmachung vom 24.10.1990, BGBl. II, 1400), für die Schweiz zuvor schon am 7.10.1982 (s. BGBl. 1990 II, 1402).

<sup>98</sup> Dies geschah wie vorgeschrieben durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Notifikation.

<sup>99</sup> Erklärung nach Art. 28 Abs.2 des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität, BGBl. II, 1400f.

<sup>100</sup> Vgl. hierzu Steinberger (Anm. 89), 428 (434: "immunity *ratione materiae*").

<sup>101</sup> Vgl. dazu: Knut Ipsen, in: ders. (Anm. 92), §40 Rn. 22f.; Art. 9 der draft articles on State responsibility (YBILC 1974 II, 276ff., 277, 286ff. [commentary]). Im Hinblick auf die Bestimmung der Reichweite der Staatenimmunität bietet es sich an, Anleihen bei den Regelungen über die Staatenverantwortlichkeit zu machen, da hier die Regeln darüber, wie das hoheitliche Handeln verschiedener Staaten gegeneinander abzugrenzen ist, wohl am klarsten entwickelt sind.

<sup>102</sup> Art. 22 Abs.1 dt.-schw. PolV; vgl. zum Dienst-, Disziplinar- und Haftungsrecht Art. 31 Abs.2 dt.-schw. PolV.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 22 Abs.4 Satz 2. dt.-schw. PolV. Vgl. auch Christof Gramm, Verfassungsrechtliche Grenzen der Zusammenarbeit mit auswärtigen Staaten im Hoheitsbereich, DVBl. 1999, 1237, 1242.

unterstehen oder auch nur einzelne Weisungen befolgen, die er ihnen erteilt.<sup>104</sup> Denn damit hat der Gebietsstaat die "Herrschaft über das Geschehen" übernommen. Man könnte auch von einer *ad hoc*-Organleihe sprechen.

Sieht man von diesen Unterstellungs- und Weisungsfällen ab, so gilt das Völkergewohnheitsrecht der Staatenimmunität, sofern es nicht abbedungen ist.<sup>105</sup> Das ist im Polizeivertrag nicht geschehen.<sup>106</sup> Entsprechend genießen auch die im Rahmen des Polizeivertrags (und also nicht *ultra vires*) eigenständig auf fremdem Territorium handelnden Beamten Immunität: Auch über ihre Handlungen darf der Gebietsstaat nicht zu Gericht sitzen, sondern muß sich – von Gleich zu Gleich – mit dem anderen Vertragsstaat auseinandersetzen.

<sup>104</sup> Vgl. Harings (Anm. 48), 254, 274. Nicht zu überzeugen vermag die Auffassung von Gramm (Anm. 103), 1243, wonach allein schon dadurch, daß ausländischen Beamten durch eine ggf. mit Weisungen versehene Genehmigung gestattet werde, im Bundesgebiet tätig zu werden, deren Handeln sich nicht mehr als Ausübung fremder Hoheitsgewalt darstelle. Hier muß vielmehr genau auf den Grad und das Maß der tatsächlichen Verfahrensherrschaft abgestellt werden. Vgl. aber auch Hermann Mosler, Die Übertragung von Hoheitsgewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 175, 599ff., Rn. 21, zu vereinfachten Formen einer Zwischenschaltung deutscher Organe, durch die ein Durchgriff und damit eine Übertragung von Hoheitsgewalt i.S. des Art. 24 Abs. 1 GG ausgeschlossen wird.

<sup>105</sup> Steinberger (Anm. 89), 428 (429).

<sup>106</sup> Dies gilt jedenfalls, wenn man von Art. 33 dt.-schw. PolV absieht, der die Beamten, die nach dem Polizeivertrag auf dem Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates handeln, nicht nur in bezug auf Straftaten, die ihnen gegenüber begangen werden, sondern auch in bezug auf Straftaten, die sie selbst begehen, den Beamten des anderen Vertragsstaates (also des Gebietsstaates) gleichstellt. Im Verhältnis Deutschlands und der Schweiz zu beachten ist aber das bereits erwähnte (o. Anm. 97) Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität. Unter anderem kann nach dessen Art. 11 ein Vertragsstaat vor dem Gericht eines anderen Vertragsstaates Immunität von der Gerichtsbarkeit nicht beanspruchen, wenn das Verfahren (1) den Ersatz eines Personen- oder Sachschadens betrifft, (2) das schädigende Ereignis im Gerichtsstaat eingetreten ist und (3) der Schädiger sich bei Eintritt des Ereignisses in diesem Staat aufgehalten hat.

Gesetzt den Fall, daß ein deutscher Polizeibeamter einem flüchtigen Verbrecher in die Schweiz naheilt, ihn ergreift und ihm dabei mit dem "Polizeigriff" den Arm ausrenkt, so könnte der Betroffene danach die Bundesrepublik Deutschland vor den Gerichten der Schweiz auf Schadensersatz verklagen. Vgl. dazu Steinberger (Anm. 89), 428 (439).

Aufgrund der bereits erwähnten Haftungsregel des Art. 32 dt.-schw. PolV (s.o. Anm. 79) wäre in einem solchen Fall aber zugleich die Schweiz oder einer ihrer Kantone verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen, wie wenn ein eigener sachlich und örtlich zuständiger Beamter gehandelt hätte. Unklar ist, ob diese Regelung nicht implizit eine Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland vor schweizerischen Gerichten ausschließt (was nach Art. 33 des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität möglich wäre – vgl. Art. 41 WÜV, s. auch Art. 30 Abs. 4 WÜV). Dafür spricht, daß offensichtlich beabsichtigt ist, alle im Inland Geschädigten unabhängig davon nach dem Recht des Gebietsstaates zu behandeln, ob sie von inländischen oder ausländischen Amtswaltern geschädigt worden sind. Auf keinen Fall kann die Haftungsregel des Art. 32 dt.-schw. PolV allerdings die Rechte dritter Staaten beschränken, diplomatischen Schutz zugunsten ihrer Staatsangehörigen zu üben, sollten diese bei grenzüberschreitenden Polizeiaktionen deutscher oder schweizerischer Beamter geschädigt werden. Verantwortlich für eine Schädigung kann dabei nicht nur der Staat sein, dem das Handeln des Polizeibeamten zuzurechnen ist. Vielmehr ist es denkbar, auch den Gebietsstaat, der ein fremdstaatliches Handeln auf seinem Territorium zuläßt, in Anspruch zu nehmen.

## B. Europarecht

Verläßt man das Völkerrecht in seiner Allgemeinheit, so stößt man im rechtlichen Kontext des Polizeivertrags auf eine weiter innen liegende Rechtsschicht: das "Europarecht". Mit ihr gerät der Polizeivertrag nicht in Konflikt.

## 1. Gemeinschaftsrecht

Dies gilt zunächst für das supranationale Recht der Europäischen Gemeinschaften. Dieses erfaßt auch nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages<sup>107</sup> Fragen der Kriminalitätsbekämpfung nur am Rande. Insbesondere verleiht es der Europäischen Gemeinschaft keine ausdrückliche Kompetenz dazu, mit Drittstaaten völkerrechtliche Verträge zu schließen, die die polizeiliche Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Europäischen Union betreffen. Der EG-Vertrag enthält auch keine Bestimmungen über Kompetenzen zu gemeinschaftsinterner Regelung, aus denen sich – wie dies der Europäische Gerichtshof insbesondere im *AETR-Urteil*<sup>108</sup> und im Gutachten 1/94<sup>109</sup> anerkannt hat – implizit die Befugnis der Gemeinschaft zum Vertragsschluß im Außenverhältnis ergeben könnte, die die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verdrängen vermöchte.

Dies gilt auch für den neu geschaffenen Titel IV des EG-Vertrages.<sup>110</sup> Dieser erfaßt zwar bestimmte Fragen aus dem Gebiet "Justiz und Inneres"<sup>111</sup>, nicht aber die grenzüberschreitende Polizeizusammenarbeit.<sup>112</sup> Diese fällt vielmehr – auch

<sup>107</sup> Vom 2.10.1997, BGBl. 1998 II, 386.

<sup>108</sup> EuGH, Rs. 22/70, Urt. vom 31.3.1971, Slg. 1971, 263, Rn. 15/19ff. (Kommission/Rat). Vgl. auch die bei der Unterzeichnung des Maastricht-Vertrags abgegebene (10.) Erklärung zu den Artikeln 109, 130r und 130y des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, wonach diese Bestimmungen nach Auffassung der Konferenz die Grundsätze nicht berühren, "die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs in der AETR-Rechtssache ergeben".

<sup>109</sup> EuGH, Gutachten 1/94 vom 15.11.1994, Slg. 1994, I-5267, Rn. 72ff. (Gutachten abgegeben gem. Art. 228 Abs. 6 EGV – WTO/GATS/TRIPS).

<sup>110</sup> S.dazu insbesondere auch das dem Amsterdamer Vertrag beigefügte Protokoll über die Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Überschreitens der Außengrenzen (s. Schlußakte II. C. 8; im Sartorius II abgedruckt als Protokoll Nr.31 unter 151). Danach berühren die in Art. 62 Nr.2 *lit. a* (Art. 73j Nr.2 *lit. a a.F.*) EG-Vertrag aufgenommenen Bestimmungen über Maßnahmen in bezug auf das Überschreiten der Außengrenzen nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aushandlung und den Abschluß von Übereinkünften mit Drittländern, sofern sie mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften und anderen in Betracht kommenden internationalen Übereinkünften in Einklang stehen.

<sup>111</sup> Vgl. Titel VI EU-Vertrag a.F.

<sup>112</sup> Bei flüchtigem Lesen vermittelt der neu geschaffene Titel IV des EG-Vertrages zwar den Eindruck, als könnte die polizeiliche Zusammenarbeit angesprochen sein. So spricht Art. 61 Buchstabe a (s. auch *lit. e*) des EG-Vertrages von Rats-Akten "in Verbindung mit ... flankierenden Maßnahmen in bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, ...". Doch betreffen die Rats-Akte selbst den gemeinschaftsinternen freien Personenverkehr. Und die flankierenden Maßnahmen erfassen allein Personenkontrollen an den Außengrenzen, Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen (Art. 62 Nr.2 und 3 EG-Vertrag) sowie die – nach dem Unionsvertrag vorzunehmende – Festlegung von Mindestvorschriften des materiellen Strafrechts (Tatbestandsmerkmale und Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel – Art. 31 Buchstabe e EU-Vertrag). S.auch Winfried Brechmann, in: Christian Callies/Matthias Ruffert, Kommentar

nach Fassung der Beschlüsse gemäß Art. 2 Abs.1 UAbs.2 des Protokolls zum EU-Vertrag zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union<sup>113</sup> – in die sogenannte Dritte Säule des Vertrags über die Europäische Union.

## 2. Unionsrecht

Auch mit dessen Bestimmungen gerät der Polizeivertrag nicht in Konflikt. Denn die Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem Unionsvertrag betrifft in erster Linie die unionsinterne Kooperation. Diese wird aber nicht in Frage gestellt, wenn an der Außengrenze der Union die Kriminalitätsbekämpfung intensiviert wird. Allerdings entsteht ein Koordinierungsbedarf. Die der Schweiz eröffneten Befugnisse, im Bundesgebiet zu handeln, dürfen weder die operative Zusammenarbeit der Behörden der Unionsstaaten (Art. 30 Abs.1 Buchstabe a EU-Vertrag) noch die Unterstützungsfunktion von Europol beeinträchtigen. Doch ist die Gefahr von Abstimmungsproblemen eher gering und gerade durch die Vernetzung der Polizeien innerhalb der Union vermeidbar.

Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten greift freilich über den unionsinternen Bereich hinaus. Denn Art. 24 EU-Vertrag eröffnet den Mitgliedstaaten auch für Angelegenheiten des Titels VI die Möglichkeit, vermittels des Rates Übereinkünfte mit Drittstaaten zu schließen. Doch verdrängt er die Befugnis der einzelnen Mitgliedstaaten zu bilateralen Vereinbarungen nicht.<sup>114</sup>

Dies gilt auch, soweit der Schengen-Besitzstand in den Rahmen der Europäischen Union einbezogen worden ist.<sup>115</sup> Zwar sieht das Schengener Durchführungübereinkommen von 1990<sup>116</sup> unter anderem auch den grenzüberschreitenden Einsatz von Polizeibeamten vor<sup>117</sup>, beschränkt ihn jedoch im wesentlichen auf die Nacheile und Observation zum Zweck der Strafverfolgung.<sup>118</sup> Doch schließt es der Schengen-Besitzstand nicht aus, daß EU-Staaten in bilateralen Ver-

---

zum EUV und EGV, Neuwied 1999, Art. 61 EGV, Rn. 3; Art. 62 EGV, Rn. 6 ff.; Art. 31 EUV, Rn. 6. Zu beachten ist auch Art. 64 Abs.1 EG-Vertrag, der die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit für unberührt erklärt; auch die Behördenzusammenarbeit, die Art. 66 EG-Vertrag anspricht, betrifft nur die Kooperation unter den Mitgliedstaaten.

<sup>113</sup> S. die am 20.5.1999 gefaßten Ratsbeschlüsse 1999/435/EG (zur Bestimmung des Schengen-Besitzstands, ABl. EG Nr. L 176 vom 20.5.1999, 1) und 1999/436/EG (zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, *ibid.*, 17).

<sup>114</sup> Hans-Joachim C r e m e r, in: Christian/Ruffert (Anm. 112), Art. 24, Rn. 2.

<sup>115</sup> S.o. bei Anm. 113.

<sup>116</sup> S.o. Anm. 6.

<sup>117</sup> Nicht hierzu gezählt wird die Entsendung von Verbindungsbeamten der Zollverwaltungen nach Art. 125 SDÜ (Anm. 6). Denn die Verbindungsbeamten werden nur beratend und unterstützend tätig und sind zur selbständigen Durchführung von zollamtlichen Maßnahmen nicht berechtigt (Art. 125 Abs.3 Sätze 1 und 2).

<sup>118</sup> Art. 40 und Art. 41 SDÜ (Anm. 6). Die Nacheile ist darüber hinaus auch zulässig zur Ergreifung eines aus der Untersuchungs- oder Strafhaft entflohenen Gefangenen (Art. 41 Abs.1 UAbs.2 SDÜ).

trägen mit Drittstaaten<sup>119</sup> Fragen der Polizeizusammenarbeit regeln. Vielmehr entspricht eine Kooperation im Kampf gegen die internationale Kriminalität gerade dem Kerngedanken des Schengener Systems, die Sicherheitsnachteile, welche die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen mit sich bringt, durch eine Stärkung der Außengrenzen aufzufangen.<sup>120</sup>

### 3. Europäische Menschenrechtskonvention

Eine europarechtliche Betrachtung wäre unvollständig ohne einen Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention. Insoweit läßt sich feststellen, daß der Polizeivertrag keinen Anhaltspunkt dafür bietet, Deutschland und die Schweiz hätten von ihren Verpflichtungen aus der EMRK und ihren Protokollen abweichen wollen. Im Gegenteil sind die Bestimmungen des Polizeivertrags im Einklang mit dem EMRK-Recht auszulegen und anzuwenden.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> Die Möglichkeit zu weitergehender bilateraler Kooperation zwischen Schengen-Vertragsstaaten, die eine gemeinsame Grenze haben, hält Art. 39 Abs. 5 Satz 1 SDÜ (Anm. 6) sogar nachdrücklich offen.

<sup>120</sup> Vgl. o. bei Anm. 10 ff.

<sup>121</sup> Von Völkerrechts wegen vermögen die Bundesrepublik Deutschland und die Schweizerische Eidgenossenschaft sich durch den Abschluß des Polizeivertrags von ihren Bindungen an die EMRK und die für sie geltenden Protokolle jedenfalls nicht gegenüber dritten EMRK-Vertragsstaaten freizuziehen (vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. b WÜV). Diese bleiben vielmehr z. B. berechtigt, nach Art. 33 EMRK wegen jeder behaupteten Verletzung der EMRK und der Protokolle durch eine andere Vertragspartei den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anzurufen. Schon der sowohl in der schweizerischen als auch in der deutschen Rechtsordnung herrschende Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit gebietet daher eine EMRK-konforme Auslegung und Anwendung des Polizeivertrags.

S. zum Gebot völkerrechtskonformer Auslegung des Landesrechts in der schweizerischen Rechtsordnung: Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1998, Rn. 139a ff.; BGE 117 Ib 367 (372f.); BGE 123 I 112 (116f.); 125 II 417 (424f.); vgl. zu einer neuen Tendenz (Betonung des Primats des Völkerrechts auch gegenüber einer innerstaatlichen *lex posterior*): BGE 125 III 209 (218); BGE 122 II 485. S. insbesondere zur EMRK-konformen Auslegung auch der Bundesverfassung: BGE 122 I 18, 20 (fürsorgerische Freiheitsentziehung); BGE 119 Ia 321 (325f., 328ff.) (Kommunale Nutzungspläne und Rechtsschutz); BGE 117 Ib 367 (372ff.); dazu: Häfelin/Haller, soeben zitiert, Rn. 139c, 1081.

Vgl. zum Gebot völkerrechtskonformer Auslegung in der deutschen Rechtsordnung: BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89); 64, 1 (20) (wo ausdrücklich von "der gebotenen völkerrechtskonformen Auslegung" gesprochen wird); 74, 358 (370) ("Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 62 EMRK). ... Auch Gesetze ... sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; ..."); BVerfGE 82, 106 (115); 83, 119 (128) (tendenziell anders und problematisch nunmehr: BVerfGE 99, 145 [158] [völkerrechtliche Verträge seien "im Lichte des nationalen Verfassungsrechts auszulegen"]); SächsVerfGH, LKV 1996, 273 ff. (ausf. Ur.) = NJW 1996, 1953 f. (Leitsatz); Rudolf Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, Tübingen 1976, 154 (159ff., 186); Herbert Bethge, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 24 (1985), 351 (379f.); Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, 482f., 496; Christian Tomu-

Insgesamt also harmonisiert der Polizeivertrag mit dem Europarecht. Eine so eindeutige Aussage scheint dagegen hinsichtlich des deutschen Verfassungsrechts, der dritten Kontextschicht, nicht möglich.

C. Verfassungsrecht: Ist es verfassungswidrig, einem fremden Staat zu gestatten, Hoheitsgewalt im Bundesgebiet auszuüben?

Das erste verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Polizeivertrag entspringt Art. 24 Abs.1 GG.<sup>122</sup> Danach kann der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. Der Polizeivertrag aber gestattet Beamten eines fremden Staates, auf deutschem Staatsgebiet hoheitlich tätig werden. Zum Teil wird auch eine solche Duldung der Ausübung fremder Staatsgewalt im Bundesgebiet als eine Übertragung von Hoheitsrechten angesehen.<sup>123</sup>

#### 1. Argumentum e contrario aus Art. 24 Abs.1 GG?

In diesem Fall scheint ein Umkehrschluß nahezuliegen: Wenn Art. 24 Abs.1 GG dem Bund die Möglichkeit eröffnet, durch Gesetz Hoheitsrechte auf

---

schat, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 104), §172, 483 ff., Rn. 27 ff. S. insbesondere zur Berücksichtigung der Spruchpraxis der EMRK-Organe: BVerfGE 74, 358 (370) (wonach "auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes" dient); 82, 106 (115); 83, 119 (128); Paul Kirchhof, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung, EuGRZ 1994, 16 (31 ff.); Klaus-Peter Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1984), 391 (417 f.); Eckart Klein, Der Individualrechtsschutz in der Bundesrepublik Deutschland bei Verstößen gegen die Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK, in: Ernst G. Mahrenholz/Meinhard Hilf/ders., Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarates, Heidelberg 1987, 43 (59 ff., s. auch 56 f.); Tomuschat (soeben zitiert), Rn. 28.

<sup>122</sup> Die Frage, ob und inwieweit die Bundesrepublik Deutschland Hoheitsrechte auf einen anderen Staat übertragen darf, bezeichnet Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl., München 1994, 143, als "noch nicht geklärt".

<sup>123</sup> Gramm (Anm. 103), 1240 f.; offensichtlich auch Manfred Baldus, Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten im Bereich der Sicherheitsverwaltung, Die Verwaltung 32 (1999), 481 (488 ff.). Jedenfalls, sofern die vorhersehbare Gefahr faktischer Grundrechtseingriffe gegeben ist, ist dies auch die Auffassung von Karl Th. Rausser, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten, München 1991, 75 ff., 108 f. (s. auch 146 ff. zur "Ermöglichung unmittelbarer Grundrechtseingriffe" als Form der Übertragung von Hoheitsrechten an Staaten). Rausser sieht die Ermöglichung faktischer Grundrechtseingriffe zwar nicht als Übertragung von Hoheitsrechten im eigentlichen Sinne an, da es nicht um die Setzung von Recht gehe, das ohne staatlichen Inkorporationsakt unmittelbar gelte und Durchgriffswirkung entfalte (*ibid.*, 34, 49 ff., 109). Gleichwohl will Rausser die Ermöglichung faktischer Grundrechtseingriffe aufgrund der "Tatbestandsfunktion der 'Wesentlichkeitstheorie' als zeitgemäße Form des allgemeinen Gesetzesvorbehalts" als zweiten Fall einer Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne des Art. 24 Abs.1 GG anerkennen (*ibid.*, 75 ff., 108 f.). Denn auch insoweit sei ein (deutsches) Parlamentsgesetz erforderlich (s. insbes. 47 ff., 80 ff.). Vgl. auch Gramm (Anm. 103), 1242. S. die Einwände gegen diesen Ansatz u. in Anm. 157.

zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen, so verbietet er<sup>124</sup> zugleich die Übertragung von Hoheitsgewalt auf einen Staat.<sup>125</sup> Diese Ansicht könnte durch den Hinweis auf die Neufassung des Art. 23<sup>126</sup> und die Einfügung des Art. 24 Abs.1a GG untermauert werden: Darin komme zum Ausdruck, daß Art. 24 Abs.1 GG für weitere Hoheitsrechtsübertragungen – nämlich einerseits auf die “Europäische Union” und andererseits auf “grenznachbarschaftliche Einrichtungen” – keine tragfähige Grundlage (mehr) bilde.<sup>127</sup> Wenn schon eine “grenznachbarschaftliche Einrichtung” als Adressat eines Übertragungsaktes problematisch erscheine, müsse dies erst recht für einen Staat gelten. Aus der positiven Regel des Art. 24 Abs.1 GG folge – wie sich gerade an Art. 24 Abs.1a und Art. 23 GG zeige – negativ, daß es der Verfassung widerspreche, Hoheitsrechte auf einen Staat zu übertragen.<sup>128</sup>

Dagegen läßt sich freilich sofort grundsätzlich einwenden, daß überall dort, wo ein *argumentum e contrario* möglich ist, logisch betrachtet die entsprechende Anwendung der Norm zumindest nicht ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit einer analogen Anwendung gerade des Art. 24 Abs.1 GG klingt sogar in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, wenn es mit Blick auf die

<sup>124</sup> Teils beruft man sich auf den angeblich klaren Wortlaut der Verfassung. Vgl. Ondolf Rojahn, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., München 1995, Art. 24, Rn. 18; Rudolf Streinz, in: Sachs (Anm. 26), Art. 24, Rn. 19.

<sup>125</sup> Gramm (Anm. 103), 1237f. (der, *ibid.*, 1238, von einer “Grundentscheidung der geschriebenen Verfassung gegen die Übertragung von Hoheitsmacht auf auswärtige Staaten” spricht); Hans D. Jarass, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., München 1997, Art. 24, Rn. 5 (“Auf einen anderen Staat dürfen Hoheitsrechte nicht übertragen werden”); Rojahn (Anm. 124), Rn. 18; Streinz, in: Sachs (Anm. 26), Rn. 19, Rn. 36, Anm. 114. Wohl auch Ingolf Pernice, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, München 1998, Art. 24, Rn. 24. Zu den möglichen Schlußfolgerungen aus Art. 24 Abs.1 GG schon: Ulrich Beyerlin, Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, Berlin u. a. 1988, 245 ff.

<sup>126</sup> S. auch u. Anm. 211.

<sup>127</sup> Vgl. Baldus (Anm. 123), 499f. Wenn Baldus *ibid.*, 500, meint, die Rechtsauffassung des verfassungsändernden Gesetzgebers erschließen zu können, es habe der Einfügung einer ausdrücklichen Ermächtigungsnorm für die Übertragung von Hoheitsrechten auf grenznachbarliche Einrichtungen bedurft, so gilt es zu beachten, daß sich in den Materialien lediglich die Feststellung findet, nach “überwiegender Auffassung” sei den Gemeinden eine solche Übertragung bisher verwehrt (BT-Drs. 12/6000, 25). Damit aber wird offenbar schlicht der rechtswissenschaftliche Meinungsstand konstatiert. Folglich könnte man auch annehmen, die Schaffung des Art. 24 Abs.1a GG habe einer bloßen Klarstellung gedient. Mag damit Baldus’ Deutung der Genese schon anfechtbar erscheinen, so fragt sich ferner grundsätzlich: Inwieweit dürfte das – auf einer spezifischen Verfassungsauslegung beruhende – Motiv des verfassungsändernden Gesetzgebers überhaupt herangezogen werden, um nicht nur die neu eingefügte Verfassungsnorm, sondern den vorhandenen Normenbestand der Verfassung zu interpretieren?

<sup>128</sup> “Ungeschriebene” Ausnahmen werden z.T. zwar anerkannt, jedoch nur, soweit eine Übertragung von Hoheitsrechten auf fremde Staaten traditionell und vorkonstitutionell üblich sei (Gramm [Anm. 103], 1238, der dazu “in sparsamem Umfang” auch “Polizeibefugnisse wie die Nacheile oder die Luftraumüberwachung” zählt; Baldus [Anm. 123], 502f., zählt zu dem traditionell Zulässigen: die Observation Verdächtiger, deren Festnahme im Rahmen der vorgeschobenen Grenzabfertigung oder im Zuge grenzüberschreitender Nacheile, sofern damit keine Einbußen an grundrechtlichem Schutz verbunden seien). S. auch Dietrich Rauschnig, Organstreit zur Nachrüstung – BVerfGE 68, 1, JuS 1985, 863 (866).

Stationierung US-amerikanischer Waffensysteme im Bundesgebiet und – worauf es entscheidend<sup>129</sup> ankam – das Entscheidungsrecht über deren Einsatz ausführt:

“... Diese Übertragung von Hoheitsrechten ist nicht schlechthin auf die Vereinigten Staaten von Amerika erfolgt. Wäre dies der Fall, so griffe Art. 24 Abs.1 GG jedenfalls nicht unmittelbar ein;...”<sup>130</sup>

Ob die Verfassungsauslegung zu Umkehrschluß oder Analogie führt, ist mithin offen.<sup>131</sup>

Hinter der These, das Grundgesetz verbiete dem Bund, einem fremden Staat Hoheitsrechte zu “übertragen”, steht offenbar der Gedanke, es müsse verhindert werden, daß Deutschland einem – europäischen – Bundesstaat eingegliedert werde und so seine Souveränität verliere.<sup>132</sup> Z.T. wird darauf hingewiesen, daß bei einer Übertragung von Hoheitsrechten auf fremde Staaten die Beschränkungen, auf die sich die Bundesrepublik Deutschland einläßt, anders als bei der Übertragung auf eine zwischenstaatliche Einrichtung nicht durch Beteiligungsrechte kompensiert werden.<sup>133</sup> Auch insoweit wird die Gebietsausschließlichkeit der deutschen Hoheitsgewalt als bedroht angesehen. Über das Ziel, diese Bedrohungen abzuwehren, schießt der Umkehrschluß aus Art. 24 Abs.1 GG jedoch weit hinaus. Denn schlechthin verboten wären einige überaus nützliche Formen grenzüberschreitender Kooperation, welche die deutsche “Souveränität” nicht ernsthaft bedrohen. Betrachten wir drei Beispiele:

Verfassungswidrig wäre es etwa, daß die Bundesrepublik in einem Vertrag mit der Schweiz<sup>134</sup> vereinbart hat, die Gemeinde Büsingen, eine deutsche Exklave, derart in das schweizerische Zollgebiet einzubeziehen, daß bestimmte schweizerische Gesetze im Gebiet von Büsingen gelten und von schweizerischen Behörden vollzogen werden, welche selbst zu Festnahmen oder Wohnungsdurchsuchungen befugt sind<sup>135</sup>.

<sup>129</sup> Nämlich für die Einschlägigkeit des Art. 24 Abs.1 GG.

<sup>130</sup> BVerfGE 68, 1 (91), Hervorh. nicht im Original.

<sup>131</sup> Gegen eine Analogie: Baldus (Anm. 123), 490 i.V.m. 499ff.

<sup>132</sup> Albrecht Randelzhofer, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Art. 24 Abs.1, Rn. 53. Vgl. auch Rojahn (Anm. 124), Rn. 52ff. (s. auch Rn. 18); Christian Tomuschat, in: Bonner Kommentar, Art. 24 (Zweitbearbeitung, April 1981), Rn. 46.

<sup>133</sup> Baldus (Anm. 123), 499f., unter Bezugnahme auf Tomuschat (Anm. 132), Rn. 44f. S. auch Ulrich Beyerlin, Interregionale Zusammenarbeit in Europa, in: Daniel Thüerer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Schweiz und Europa, Zürich 1993, 131 (138); Torsten Stein, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 26 (43f. mit Anm. 96); sowie BVerfGE 2, 347 (378).

<sup>134</sup> Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Einbeziehung der Gemeinde Büsingen am Hochrhein in das schweizerische Zollgebiet vom 23.11.1964 (Zustimmungsgesetz vom 19.7.1967, BGBl. II, 2029; in Kraft getreten am 4.10.1967, Bekanntmachung vom 13.9.1967, BGBl. II, 2336; geändert durch Abkommen vom 19.3.1997, Zustimmungsgesetz vom 23.6.1998, BGBl. II, 1130).

<sup>135</sup> Art. 15 des Vertrages (Anm. 134) – daß auch Deutsche festgenommen werden können, soweit die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts vereinbart ist, wird in Art. 15 Abs.1 lit. a UAbs.3 angedeutet; s. auch Art. 27 Abs.2 zur Verhaftung anderer Personen als deutscher Staatsangehöriger im Zuge von Strafverfolgungsmaßnahmen aus anderen Gründen als eines Verstoßes gegen das aufgrund des Vertrages in Büsingen anwendbare schweizerische Recht.

Unzulässig wäre es, auf dem Bundesgebiet nebeneinanderliegende Grenzabfertigungsstellen zu errichten, an denen Beamte eines Nachbarstaates nicht nur das Recht ihres Dienststaates anwenden<sup>136</sup>, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Personen festnehmen<sup>137</sup> oder Waren beschlagnahmen<sup>138</sup> dürfen.

Einen Verfassungsverstoß müßte es auch bedeuten, daß österreichische Beamte Häftlinge durch das Bundesgebiet hindurchbefördern dürfen und dabei befugt sind, einen Häftling mit Waffengewalt an der Flucht zu hindern<sup>139</sup>.

Schon diese Beispiele wecken den Verdacht, daß Art. 24 Abs. 1 GG diese Formen der Kooperation mit Staaten nicht wirklich ausschließt, zumal sie historisch gesehen keine völlige Neuheit sind – man denke nur an den Fall des Badischen Bahnhofs in Basel<sup>140</sup> oder ganz allgemein an völkerrechtliche Servituten.<sup>141</sup> Gerade die "Völkerrechtsfreundlichkeit"<sup>142</sup> des Grundgesetzes stellt den *e contrario*-Schluß aus Art. 24 Abs. 1 GG in Frage.<sup>143</sup> Freilich wird nicht zu Unrecht

<sup>136</sup> So z. B. nach dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Errichtung nebeneinanderliegender Grenzabfertigungsstellen und die Grenzabfertigung in Verkehrsmitteln während der Fahrt vom 1.6.1961 (Zustimmungsgesetz vom 1.8.1962, BGBl. II, 877, geändert durch das Abkommen vom 12.4.1989, Zustimmungsgesetz vom 21.12.1990, BGBl. II, 291). S. ferner die Vereinbarung über die Grenzabfertigung auf Schiffen öffentlicher Schifffahrtsunternehmungen auf der Strecke Konstanz/Kreuzlingen-Stein am Rhein (Verordnung vom 18.11.1968, BGBl. II, 1029). Vgl. auch die Vereinbarung über die Grenzabfertigung in Reisezügen während der Fahrt auf der Strecke Basel Bad. Bahnhof-Lörrach vom 9.10.1968 (Verordnung vom 18.11.1968, BGBl. II, 1027).

<sup>137</sup> Vorausgesetzt ist, daß die betroffenen Personen den Vorschriften über die Grenzabfertigung des Nachbarstaates zuwiderhandeln oder dort behördlich gesucht werden. Vgl. Art. 4f. des Abkommens vom 1.6.1961 (Anm. 136).

<sup>138</sup> Vgl. Art. 7f. des Abkommens vom 1.6.1961 (Anm. 136).

<sup>139</sup> S. Art. 2 Abs. 1, 10, 11 des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über den Durchgangsverkehr von Exekutivorganen und die Durchbeförderung von Häftlingen vom 21.12.1993, Zustimmungsgesetz vom 11.11.1997 (BGBl. II, 1814, in Kraft getreten am 1.5.1998, Bekanntmachung vom 6.3.1998 mit Verbalnoten des Auswärtigen Amtes vom 13.9.1995 und der Österreichischen Botschaft vom 18.2.1998). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 13 Abs. 1, wonach dann, wenn ein Häftling entweicht, das Begleitpersonal zu seiner sofortigen Verfolgung sogar verpflichtet ist (dabei jedoch auf die Nähe der Durchgangsstrecke beschränkt ist und die Verfolgung spätestens einzustellen hat, sobald Exekutivorgane des Durchgangsstaates die Verfolgung aufgenommen haben).

<sup>140</sup> Vertrag zwischen dem Deutschen Reiche und der Schweiz, betreffend die Errichtung deutscher Zollabfertigungsstellen auf den linksrheinischen Bahnhöfen in Basel, vom 16.8.1905, RGBl. 1906, Nr. 10, 52 (wonach freilich Hoheitsrechte zu Gunsten, nicht zu Lasten des Deutschen Reiches auf fremdem Staatsgebiet ausgeübt wurden, s. Art. 1 Abs. 2 und 3, Art. 2 und Art. 3).

<sup>141</sup> Vgl. auch Rauser (Anm. 123), 62f., 151ff., 164ff., 202ff.; Wolfrum (Anm. 90), 336ff. (insbesondere 341).

<sup>142</sup> Vgl. Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Ein Diskussionsbeitrag zu einer Frage der Staatstheorie sowie des geltenden deutschen Staatsrechts, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1964, 292–293. S. auch Albert Bleckmann, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, 309ff.; Tomuschat (Anm. 121), § 172, 483ff.

<sup>143</sup> Vgl. Ulrich Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, München 1986, 151, der freilich für die Übertragung von Hoheitsgewalt i.S. des Art. 24 Abs. 1 GG eine Änderung der deutschen Zuständigkeitsordnung für maßgeblich hält (kritisch demgegenüber z. B. Randelzhofer [Anm. 132], Rn. 10).

gewarnt, die “offene Staatlichkeit”<sup>144</sup> sei weniger ein allgemeines Verfassungsprinzip als eine “perspektivische Dimension” des Grundgesetzes.<sup>145</sup>

Blicken wir aber noch einmal auf die Frage “Umkehrschluß oder Analogie?": Möglicherweise kann sie offen bleiben – nämlich dann, wenn Art. 24 Abs. 1 GG überhaupt nicht einschlägig ist. Anwendbar wäre er doch nur, wenn die Duldung der Ausübung fremder Staatsgewalt tatsächlich eine Form der Übertragung von Hoheitsrechten wäre.<sup>146</sup>

Was also bedeutet es eigentlich, Hoheitsrechte zu übertragen?<sup>147</sup> Das Bundesverfassungsgericht beschreibt dies mit der Formel:

“Art. 24 Abs. 1 GG ermöglicht es, die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland derart zu öffnen, daß der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland für ihren Hoheitsbereich zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb dieses Hoheitsbereichs Raum gelassen wird (...).”<sup>148</sup>

An dieser Formel fällt zunächst auf, daß das Gericht davon spricht, die Rechtsordnung der Bundesrepublik werde geöffnet. Interessant – gerade auch im Lichte der völkerrechtlichen Überlegungen zur Gebietshoheit und Gebietsausschließlichkeit (s.o. III. A.) – ist weiter, daß es nicht von vornherein heißt, fremder Hoheitsgewalt werde erlaubt, sich auf deutschem Staatsgebiet zu entfalten. Vielmehr geht es zuallererst um eine Öffnung der innerstaatlichen Rechtsordnung. Dabei wird erstens der “ausschließliche Herrschaftsanspruch” der Bundesrepublik “für ihren Hoheitsbereich zurückgenommen”. Zweitens wird “der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb (!) dieses Hoheitsbereichs Raum gelassen”. Es geht also nicht darum, daß sich die deutsche Rechtsordnung als solche zurückzieht und fremdes Recht dann in die Lücke dringt. Es geht nicht darum, daß die deutsche Rechtsordnung zusammenschmilzt und eine fremde Rechtsordnung ihre

<sup>144</sup> Vgl. zu diesem Begriff: Mosler (Anm. 104), Rn. 10 i.V. mit Rn. 8f.

<sup>145</sup> Gramm (Anm. 103), 1238.

<sup>146</sup> So in der Tat: Gramm (Anm. 103), 1240f., der (*ibid.*, 1241) eine Duldung des Handelns der Organe eines fremden Staates im Bundesgebiet nur insoweit für unproblematisch hält, als hypothetisch betrachtet eine entsprechende “Maßnahme” auch durch Privatpersonen auf der Grundlage grundrechtlicher Freiheit vorgenommen werden könne. Ähnlich Baldus (Anm. 123), 488ff. (der allerdings in bezug auf das strafprozessuale Jedermann-Recht zur Festnahme anderer Ansicht ist; bei ihr handele es sich um eine vom Staat delegierte Befugnis, *ibid.*, 496f.).

<sup>147</sup> Einigkeit herrscht insoweit, daß die Hoheitsrechtsübertragung auf zwischenstaatliche Einrichtungen nicht im eigentlichen Sinn als eine *Zession*, als ein *transfere* verstanden werden kann, sondern daß es darum geht, daß kraft völkerrechtlichen Vertragsschlusses ein Gebilde erschaffen und originär mit Kompetenzen ausgestattet wird, deren Ausübung in das innerstaatliche Recht hineinwirkt – was kaum besser als mit dem Wort *conferre* erfaßt wird. Vgl. insbesondere Erich Kaufmann, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II, München 1953, 42 (54f.); Mosler (Anm. 104), Rn. 41. Im Hinblick auf Staaten läßt sich zwar völkerrechtlich eine “Abtretung” von Rechten vorstellen. Doch kann es sich insoweit nicht eigentlich um verfassungsrechtliche Kompetenzen handeln. Aus der Warte des innerstaatlichen Rechts (!) ist deshalb auch die Hoheitsrechtsübertragung auf Staaten nicht als ein *transfere* zu begreifen. Vgl. demgegenüber aber die sorgfältigen Überlegungen von Thomas Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten, Berlin 1998, 112ff.

<sup>148</sup> BVerfGE 73, 339 (374) mit Hinweis auf BVerfGE 37, 271 (280); 58, 1 (28); 59, 63 (90).

Stelle einnimmt. Worum es geht, ist, daß fremdes Recht im Kontext der deutschen Rechtsordnung gilt und Wirksamkeit entfaltet.

Die Übertragung von Hoheitsgewalt läßt sich mithin verstehen als eine Verschränkung, Verzahnung, Verwebung, als ein Ineinandergreifen der deutschen und der aus fremder Quelle fließenden Rechtsordnung.<sup>149</sup> Deren Akte werden von der deutschen Rechtsordnung zur Kenntnis genommen – und zwar nicht als bloße Tatsachen, sondern als rechtliche Akte: Gegen die kraft übertragenen Hoheitsrechts erlassene Norm darf, sofern sie Vorrang hat, ein deutscher Normgeber nicht verstoßen. Wie jedes nationale Gesetz muß sie ein deutscher Richter beachten und anwenden, ein Rechtsunterworfener befolgen. Soweit – aus fremder Quelle stammend – eine Gerichtsentscheidung in Rechtskraft oder ein Verwaltungsakt in Bestandskraft erwachsen, bestimmen sie künftig das Rechtsverhältnis *inter partes*.<sup>150</sup>

In diesem Sinne bewirkt die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 Abs.1 GG die Anerkennung<sup>151</sup> von Rechtsakten aus fremder Quelle. Entscheidend ist dabei, daß diese Anerkennung eine “unmittelbare” ist. Das

<sup>149</sup> Trifft dies zu, so ist die Aussage von Jarass (Anm. 125), Rn. 11, unzutreffend, das Recht einer zwischenstaatlichen Einrichtung und das deutsche Recht bildeten zwei getrennte Rechtskreise (mit Verweis auf BVerfGE 37, 271 [277f.]), die nicht unverbunden nebeneinanderstehen müßten (mit Verweis auf BVerfGE 29, 198 [210]; 73, 339 [368]). Denn die Verbindung der Rechtskreise wäre gerade das Kennzeichen einer Übertragung von Hoheitsgewalt.

<sup>150</sup> Vgl. demgegenüber aber Gramm (Anm. 103), 1240f. (der den unmittelbaren hoheitlichen Zugriff auf Einzelne ausreichen läßt, um von einer Übertragung von Hoheitsrechten an einen fremden Staat zu sprechen); Baldus (Anm. 123), 492ff. (der – ebenfalls das Durchgriffselement betonend [dazu sogleich im Haupttext] – allein darauf abstellt, ob ohne Vermittlung deutscher Staatsgewalt neue, bis dahin noch nicht existierende Rechtsbeziehungen zwischen einem ausländischen Hoheitsträger und Rechtsunterworfenen im Bundesgebiet entstehen – dabei sollen allerdings faktische Wirkungen fremdstaatlichen Handelns nicht ausreichen; entscheidend sei die unmittelbare Verpflichtung des betroffenen Einzelnen, s. insbes. *ibid.*, 498f.). M.E. stimmen diese Positionen – die offenbar anders als hier vertreten die Verschränkungen der Rechtsakte der fremden Hoheitsgewalt mit der deutschen Rechtsordnung nicht für wesentlich halten – nur scheinbar mit den Ausführungen von Tomuschat (Anm. 132), überein: Zwar sieht auch Tomuschat das Durchgriffskriterium (zu Recht) als entscheidend an (*ibid.*, Rn. 8) und schreibt Art. 24 Abs.1 GG die spezielle Funktion zu, “einen Austausch der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsmacht zu legitimieren” (*ibid.*, Rn. 21 sowie Rn. 8). Doch stellt Tomuschat auch heraus, daß die mit Durchgriffsbefugnissen ausgestattete zwischenstaatliche Einrichtung “unmittelbar in die Rechts- und Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten” eingreife, wozu es einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gestattung bedürfe, “die gleichzeitig die Funktion einer Konfliktregel [*sic!*] übernimmt” (Rn. 17 a.E., Hervorh. nicht im Original). S. auch Tomuschat, *ibid.*, Rn. 19: “Die Bundesrepublik überläßt ... die in dem in Frage stehenden Vertrag durch die Zuweisung von Handlungsermächtigungen abgegrenzten Tätigkeitsfelder der ZE [zwischenstaatlichen Einrichtung] (Verzicht) und nimmt (Anerkennung) die Emanationen der fremden Hoheitsgewalt als unmittelbar verbindliche Regelung innerhalb ihres eigenen Kompetenzraumes hin (...)” (Hervorh. nicht im Original). Ähnlich Randelzhofer (Anm. 132), Rn. 12, 16, 59, der (*ibid.*, Rn. 16) freilich hervorhebt, daß entgegen älteren Auffassungen Art. 24 Abs.1 GG inzwischen auch vom Bundesverfassungsgericht (s. BVerfGE 73, 339 [375]; 75, 223 [244]) nicht mehr selbst als Kollisionsnorm angesehen werde, sondern als Ermächtigung zur Einräumung auch eines Vorrangs von Recht einer zwischenstaatlichen Einrichtung.

<sup>151</sup> BVerfGE 31, 145 (174): “... Art. 24 Abs.1 GG besagt bei sachgerechter Auslegung nicht nur, daß die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen überhaupt zulässig

heißt: Die Bundesrepublik verzichtet darauf, bei jedem einzelnen Rechtsakt zu entscheiden, ob er im innerstaatlichen Rechtsraum gelten soll. Vielmehr wird ein genereller Rechtsanwendungsbefehl – soweit das Verhalten des Einzelnen betroffen ist, ein Rechtsbefolgungsbefehl – erteilt.<sup>152</sup> Dadurch vermag das Recht aus fremder Quelle auf das innerstaatliche Recht, insbesondere (obgleich nicht notwendig) auch auf die Rechtsstellung des einzelnen durchzugreifen. In diesem Sinne zeichnet sich die Übertragung von Hoheitsrechten durch ihren Durchgriffscharakter<sup>153</sup> aus.<sup>154</sup>

Damit unterscheidet sich die Übertragung von Hoheitsrechten<sup>155</sup> gerade von der bloßen Duldung fremder Staatsgewalt im Bundesgebiet. Denn diese setzt nicht voraus, daß die Akte der fremden Gewalt von der deutschen Rechtsordnung anerkannt werden<sup>156</sup> (gerade die Anerkennung fremden Rechts und dessen

ist, sondern auch, daß die Hoheitsakte ihrer Organe, wie hier das Urteil des Europäischen Gerichtshofs, vom ursprünglich ausschließlichen Hoheitsträger anzuerkennen sind.”

<sup>152</sup> Vgl. Rojahn (Anm. 124), Rn. 28. Auf den Vorrang der fremden Rechtsakte vor dem innerstaatlichen Recht kommt es insoweit nicht an, auch ein Gleichrang ist denkbar. Die Einräumung eines Vorrangs aber wäre von Art. 24 Abs.1 GG gedeckt.

<sup>153</sup> S.dazu Mosler (Anm. 104), Rn. 19 (der auf ein “unmittelbares Tätigwerden im innerstaatlichen Rechtsraum” abstellt – Hervorh. nicht im Original – s. auch *ibid.*, Rn. 20, zur Duldung der Benutzung deutschen Gebiets durch eine fremde Hoheitsgewalt, der Mosler den Durchgriffscharakter abspricht). S. auch Baldus (Anm. 123), 488 f.

<sup>154</sup> Freilich mag man gegen diese Deutung der Rechtsprechung einwenden, sie überspitze die Formel des Bundesverfassungsgerichts. Doch spricht für sie nicht zuletzt auch die Verfassungsgeschichte, zielte doch der Entwurf von Herrenchiemsee, dem die Formulierung des Art. 24 Abs.1 GG wörtlich entstammt, u.a. darauf, daß die Schaffung internationaler Organe erleichtert werde, die “mit Wirkung für die Gebiete der beteiligten Staaten” Angelegenheiten besorgten, “die bisher ausschließlich den verschiedenen nationalen Souveränitäten überlassen waren” (Werner Matz, in: v. Doemming, Klaus-Berto/Rudolf Werner Füslein/ders., Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, JöR N.F. Bd. 1 (1951), 222 f.; s. auch Eberhard Menzel, in: Bonner Kommentar, Art. 24, Entstehungsgeschichte [April 1981], 3). Dies aber läßt sich am ehesten so vorstellen, daß die Regelungen dieser neu zu schaffenden internationalen Organe in die Rechtsordnungen der Staaten hineinwirken sollten. Die staatlichen Rechtsordnungen sollten nicht beseitigt werden. Das supranationale Recht sollte in sie “hineinregieren” können. Vgl. zum historischen Kontext der Entstehung des Art. 24 Abs.1 GG und dessen Bedeutung auch Mosler (Anm. 104), Rn. 12 ff.

<sup>155</sup> Diese ist bei Art. 24 Abs.1a und Art. 23 Abs.1 Satz 2 GG in gleichem Sinne wie bei Art. 24 Abs.1 GG zu verstehen.

<sup>156</sup> Diesem Verständnis könnte man die Ausführungen in BVerfGE 68, 1 (89 ff.) entgegenhalten wollen (vgl. Gram [Anm. 103], 1240). Dort bewertete es das Bundesverfassungsgericht als eine Übertragung von Hoheitsgewalt auf die NATO als zwischenstaatliche Einrichtung (*ibid.*, 93), daß die Bundesrepublik Deutschland der Stationierung US-amerikanischer Waffensysteme im Bundesgebiet zugestimmt und zugleich dem Präsidenten der USA als “besondere[m] Organ des Bündnisses” der NATO (*ibid.*, 92) die Befugnis eingeräumt hatte, über den Einsatz dieser Systeme zu entscheiden (*ibid.*, 90 ff.) (vgl. dazu etwa Mosler [Anm. 104], Rn. 20; Rauschnig [Anm. 128], 866 f.; Ondolf Rojahn, in: von Münch/Kunig [Anm. 124], Art. 32, Rn. 21; Tomuschat [Anm. 132], Rn. 113a). Zwar formulierte das Gericht zurückhaltend, die Rechtswirkung der Zustimmung komme einer Übertragung von Hoheitsrechten i.S. des Art. 24 Abs.1 GG gleich (*ibid.*, 91). Doch ist nicht erkennbar, daß es nur um eine analoge Anwendung dieser Norm gegangen wäre. Vielmehr wird unmittelbar aus Art. 24 Abs.1 GG ein Gesetzesvorbehalt für die Zustimmung abgeleitet (*ibid.*, 97 ff.). Zwar bedeutet es keinen Widerspruch zu dem oben im Haupttext Gesagten, wenn das Bundesverfassungsgericht für eine Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung nicht verlangt, daß dieser “eine unmittelbare Durchgriffsbefugnis gegenüber Einzelnen eingeräumt wird”

“Einbau” in die deutsche Rechtsordnung bilden den Grund für das in Art. 24 Abs. 1 GG aufgestellte Erfordernis eines Bundesgesetzes<sup>157</sup>). Das deutsche Recht kann vielmehr den fremden Hoheitsakt als bloße Tatsachen wahrnehmen.<sup>158</sup>

Betrachtet man den Polizeivertrag, so läßt sich die grenzüberschreitende Aktivität schweizerischer Beamter wie gesehen (s.o. I. D.) als eine Art Selbsthilfe im Vorfeld der Rechtshilfe beschreiben. Das Wirken der schweizerischen und der deutschen Hoheitsgewalt verschränken sich lediglich faktisch – deutlich etwa, wenn der nachgeeilte Kantonspolizist die festgehaltene Person den deutschen Behörden übergibt. Rechtsakte der Schweiz wirken sich nicht “automatisch” als

---

(Hervorh. nicht im Original). Doch scheint das Gericht, wenn es in der Zustimmungserklärung der Bundesregierung “schon jetzt eine Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG” (*ibid.*, 94) erkennt, auch auf eine sonstige Verschränkung der deutschen Rechtsordnung mit den der NATO zuzurechnenden Rechtsakten nicht abzustellen. Damit wäre die oben gemachte Kernaussage zum Wesen der Hoheitsrechtsübertragung ernsthaft in Frage gestellt – es sei denn, man höbe hervor, daß der vom US-Präsidenten als NATO-Organ befohlene, vom Bundesgebiet aus erfolgende Waffeneinsatz nicht nur eine faktische Handlung wäre, sondern den spätesten Zeitpunkt markiert, zu dem die Bundesrepublik Deutschland in einem Krieg ihre Neutralität verlore. An den Waffeneinsatz wäre völkerrechtlich – zumindest potentiell – eine Veränderung des Status der Bundesrepublik auf zwischenstaatlicher Ebene geknüpft, die über Art. 25 GG Rechtswirkungen auch innerhalb der nationalen Rechtsordnung entfaltet. Wollte man nicht in diesem (eher gewagten) Sinne von einer Verschränkung des innerstaatlichen und des von der zwischenstaatlichen Einrichtung gesetzten Rechts ausgehen, müßte man der Entscheidung in BVerfGE 68, 1 entgegenhalten, daß es in einem engeren Sinn zu keiner Übertragung von Hoheitsrechten gekommen ist. Vielmehr wurde – folgt man der Auffassung des Gerichts zur Qualifikation des US-Präsidenten als eines NATO-Organs – lediglich geduldet, daß die NATO Waffen im Bundesgebiet aufstellt und ggf. auch von dort aus einsetzt. Insoweit aber hätte ausgehend von Art. 24 Abs. 1 GG ein *argumentum a maiore ad minus* ausgereicht, um zu begründen, daß es verfassungsmäßig ist, die Ausübung von Hoheitsmacht im Bundesgebiet durch eine “zwischenstaatliche Einrichtung” zu dulden.

<sup>157</sup> Der Gesetzesvorbehalt des Art. 24 Abs. 1 GG hat insofern einen spezifischen und gegenüber sonstigen Gesetzesvorbehalten eigenständigen Grund in der Verschränkung des deutschen Rechts mit Recht aus fremder Quelle. Dies ist dem Ansatz von Rauser (Anm. 123), 75 ff., entgegenzuhalten. Denn die Einbeziehung der “Ermöglichung faktischer Grundrechtseingriffe” in die Kategorie der “Übertragung von Hoheitsrechten” läuft auf eine teleologische Extension hinaus. Diese kann sich allein aus dem Sinn und Zweck der zu extendierenden Norm rechtfertigen (Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995, 217 f.). Dieses Telos aber ist nicht nur enger als die allgemeine Bestimmung des Verhältnisses von Parlament und Regierung, wie sie Rauser vorschwebt, sondern insbesondere auch anders ausgerichtet als die “Wesentlichkeitstheorie” im Hinblick auf die Grundrechte. Denn das Gesetz nach Art. 24 Abs. 1 GG verzahnt wesentlich die deutsche Rechtsordnung und Akte aus einer fremden Rechtsquelle. Von der – dadurch geprägten (!) – Konstellation des Art. 24 Abs. 1 GG ist Rausers Gedanke dagegen unabhängig. Er darf daher nicht dazu dienen, den Tatbestand der Hoheitsrechtsübertragung aufzublähen. Dies schließt nicht aus, unabhängig von Art. 24 Abs. 1 GG eine parlamentsgesetzliche Zustimmung zu Abkommen zu fordern, die fremde Hoheitsgewalt im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland ein grundrechtsgefährdendes Tun ermöglichen (dazu sogleich unter III. C. 2.a)). Vgl. auch Baldus (Anm. 123), 491.

<sup>158</sup> Freilich gibt es auch völkerrechtliche Pflichten, die im Hinblick auf fremde Hoheitsakte beachtet werden müssen. So dürfte jeder Staat verpflichtet sein, den mit dem Völkerrecht im Einklang stehenden Akt eines anderen Staates anzuerkennen, mit dem dieser einer natürlichen Person seine Staatsangehörigkeit verleiht. Dies kann im innerstaatlichen Recht wiederum Tatbestandswirkung entfalten.

Rechtsakte in der deutschen Rechtsordnung aus. Sie sind allenfalls Anknüpfungspunkte für deutsche Rechtsakte – z. B. eine Festnahme.

Da der Polizeivertrag folglich allein die Duldung fremder Staatsgewalt im Bundesgebiet regelt, nicht aber die Übertragung von Hoheitsrechten, erlaubt Art. 24 Abs. 1 überhaupt keine Aussage über seine Verfassungsmäßigkeit.<sup>159</sup>

Verfassungsrechtliche Bedenken könnten sich aber aus den Grundrechten, dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip und schließlich aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung ergeben.

## 2. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Anforderungen an die Duldung der Ausübung fremder Staatsgewalt im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland

### a) Die Grundrechte

Die Grundrechte des Grundgesetzes binden allein die deutsche öffentliche Gewalt. Wird einem fremden Hoheitsträger gestattet, im Bundesgebiet zu wirken, so vermag ihn die deutsche Staatsgewalt nicht einseitig zu beschränken, da kraft Völkerrechts kein Staat befugt ist, aus eigener Kompetenz das hoheitliche Handeln anderer Staaten zu regeln.<sup>160</sup>

Gleichwohl kann die fremde Hoheitsgewalt Grundrechtsgüter gefährden.<sup>161</sup> Es drohen faktische Einbußen an grundrechtlicher Schutzsubstanz. Dies wirft verfassungsrechtliche Probleme auf.

Die klarsten Grundsätze zu deren Lösung finden sich in einem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1987, der sich damit befaßte, daß die Vereinigten Staaten von Amerika im Bundesgebiet (angeblich) C-Waffen lagerten. Aus dem Beschluß läßt sich ein allgemeiner Grundsatz herausdestillieren. Dieser lautet:

Stimmt die deutsche öffentliche Gewalt der Ausübung fremder Hoheitsgewalt im Bundesgebiet zu und wird dadurch für Grundrechtsgüter eine Gefahrenquelle eröffnet, so betrifft dies die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte.<sup>162</sup> Abgewehrt werden kann der deutsche Zustimmungssakt.

Die Zustimmung stellt damit etwas ähnliches dar wie ein Gesetz, das deutsche Behörden zu Grundrechtseingriffen ermächtigt. Denn sie verpflichtet die Grundrechtsberechtigten zumindest implizit, die Ausübung fremder Hoheitsmacht im Bundesgebiet zu dulden. Die Zustimmung selbst ist daher an den

<sup>159</sup> Entsprechendes gilt für Art. 24 Abs. 1a und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG.

<sup>160</sup> M.E. ist dies nicht Ausfluß der Staatenimmunität, sondern eine unmittelbare Folge der Souveränität.

<sup>161</sup> Die Anwesenheit fremder Staatsorgane bedarf nicht nur nach Völkerrecht, sondern auch nach Verfassungsrecht grundsätzlich des Einverständnisses der zuständigen deutschen Organe. So BVerfGE 77, 170 (220), für ausländische Streitkräfte. Vgl. in diesem Zusammenhang Rauser (Anm. 123), 53 ff., 65 ff., der zwar annimmt, der Ausschluß fremder Hoheitsgewalt sei dem Demokratieprinzip inhärent (*ibid.*, 67), letztlich jedoch die These aufstellt, das Grundgesetz enthalte die relative staatliche Ausschließlichkeit als Verfassungsprinzip (zusammenfassend *ibid.*, 70 ff.).

<sup>162</sup> BVerfGE 77, 170 (218 ff., insbesondere 220).

Grundrechtsnormen zu messen. Die Pflicht, grundrechtliche Beeinträchtigungen zu dulden, muß folglich nicht nur (durch Gesetz) hinreichend bestimmt sein. Die mögliche Freiheitseinbuße muß auch vor dem Übermaßverbot Bestand haben.

Diesen Anforderungen genügt der Polizeivertrag. Denn er definiert die Befugnisse der Beamten nach dem Grenzübertritt genau und beschränkt sie. Insbesondere Eingriffe in die Freiheit der Person sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Wie gesehen (s.o. I. E. 2.) sind die schweizerischen Beamten kraft Völkerrechts gerade auch zur Beachtung der deutschen Grundrechte verpflichtet. Diese Bindungen gehen damit über den Grundrechtsstandard hinaus, den die *Solange*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf die europäische Integration fordert.<sup>163</sup> Folglich genügt der Polizeivertrag den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Freiheitsrechte als Abwehrrechte.

Dies allein reicht aber nicht aus, wenn man sich an dem C-Waffen-Beschluß orientiert. Denn darin findet sich ein weiterer Grundsatz. Er folgt aus einer anderen Dimension der Grundrechte – aus ihrer schutzpflichterzeugenden Wirkung:

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß die Freiheitsrechte die deutschen Organe verpflichten, dafür zu sorgen, daß die fremde Hoheitsgewalt – einmal zum Bundesgebiet zugelassen – den ihr gesteckten Handlungsrahmen nicht sprengt. Dieser ist wie gesehen durch die Grundrechte als Abwehrrechte mitdefiniert.<sup>164</sup>

Auch diesem Gebot genügt der Polizeivertrag. Denn er beläßt den deutschen Organen ausreichende Möglichkeiten, das Handeln schweizerischer Organe zu beeinflussen.

So bedarf deren Einsatz grundsätzlich der Zustimmung im Einzelfall. Die Einsatzmodalitäten können genau festgelegt werden. Ferner müssen die schweizerischen Polizisten auf Verlangen jederzeit die "Verfahrensherrschaft" an die deutschen Behörden übergeben (s.o. unter II. C.).

#### b) Insbesondere: Rechtsschutz

Trotz dieser Sicherungen könnte der Polizeivertrag bedenklich erscheinen, wenn demjenigen, der in Deutschland von einem Hoheitsakt der Schweiz betroffen ist, nicht in gleichem Umfang Rechtsschutz zustünde, wie wenn die deutsche öffentliche Gewalt ihn verletzt hätte.

Ein Rechtsschutz durch deutsche Gerichte ist in der Tat ausgeschlossen. Dem steht die Staatenimmunität entgegen. Denn soweit im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz kraft allgemeinen Völkerrechts die Staatenimmunität reicht, kann ein Hoheitsakt der Schweiz weder im Verwaltungsrechtsweg noch mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Unterliegt nämlich der Akt einer nichtdeutschen öffentlichen Gewalt nicht der deutschen Gerichtsbar-

<sup>163</sup> BVerfGE 73, 339 (376).

<sup>164</sup> BVerfGE 77, 170 (212 ff., insbesondere 214 f.).

keit, so ist auch die Jurisdiktion des Bundesverfassungsgerichts ausgeschlossen.<sup>165</sup>

Im Hinblick auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz greift insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG nicht unmittelbar ein. Denn er garantiert effektiven Rechtsschutz allein gegen Akte der deutschen öffentlichen Gewalt.<sup>166</sup> Dem könnte man zwar mit Blick auf das *Maastricht*-Urteil widersprechen. Darin bekundet das Bundesverfassungsgericht nämlich eine "Abweichung" vom *Eurocontrol*-Beschluß (BVerfGE 58, 1 [27])<sup>167</sup>, offenbar soweit dieser davon ausging, Art. 19 Abs. 4 GG erstrecke sich allein auf das Verhalten der vom Grundgesetz verfaßten Staatsgewalt.<sup>168</sup> Über diese Ausdehnung der Garantie effektiven einfachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen Akte der nichtdeutschen öffentlichen Gewalt geht das Bundesverfassungsgericht im *Maastricht*-Urteil noch hinaus. Denn es zählt zum "Gegenstand" seiner eigenen "Aufgaben" den "Grundrechtsschutz in Deutschland und ... nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen".<sup>169</sup> Insofern schiene gegen Akte fremder Hoheitsgewalt auch die Verfassungsbeschwerde statthaft zu sein.

Doch sowohl die Ausdehnung des Art. 19 Abs. 4 als auch des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG müßten die Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts überdehnen. Denn sie führt geradezu zwangsläufig zu Verletzungen der allgemeinen Regeln des Völkerrechts über die Staatenimmunität.<sup>170</sup> Mit der "Völkerrechtsfreundlichkeit" des Grundgesetzes wäre dies nicht zu vereinbaren.<sup>171</sup> Einen Bruch des Völkerrechts kann auch das *Maastricht*-Urteil nicht beabsichtigt haben, das sich überdies die verfassungsrechtlichen Schranken der europäischen Integra-

<sup>165</sup> Vgl. BVerfGE 77, 170 (213).

<sup>166</sup> Beyerlin (Anm. 125), 248f.; Wolf-Rüdiger Schenke, Bonner Kommentar Art. 19 Abs. 4, Rn. 168ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Th. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 47; Thomas Groß, Die administrative Föderalisierung der EG, JZ 1994, 596 (604). Aufgrund einer teleologischen Auslegung weitergehen will Harings (Anm. 48), 238ff.; s. dazu u. Anm. 170.

<sup>167</sup> BVerfGE 89, 155 (175).

<sup>168</sup> BVerfGE 58, 1 (26f.).

<sup>169</sup> BVerfGE 89, 155 (175), Hervorh. nicht im Original.

<sup>170</sup> Eckart Klein, Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur *Maastricht*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz (1995), 271 (279); Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Anm. 166), Art. 19 Abs. 4 Rn. 47; Groß (Anm. 166), 603f. Nach Harings (Anm. 48), 238ff., erfaßt Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur Akte der deutschen öffentlichen Gewalt, sondern das Handeln nicht-deutscher Hoheitsgewalt, "soweit Europarecht/Völkerrecht eine solche Einbeziehung nicht verbietet" (so zusammenfassend *ibid.*, 248f.). An dieser Sichtweise ist zweierlei problematisch: (1) Die Rechtsschutzgarantie wird zwar angeblich völkerrechtskonform ausgelegt (vgl. *ibid.*, 245); doch wird das völkerrechtlich vorfindliche Verhältnis der Regel des Eingreifens der Staatenimmunität zur Ausnahme der Unterwerfung von Hoheitsakten des einen Staates unter die Jurisdiktion eines anderen im Hinblick auf das Verfassungsrecht umgekehrt und damit im Schnittbereich von Völkerrecht und nationalem Verfassungsrecht eine normative Spannungslage geschaffen, die im Lichte des Art. 25 GG Bedenken erweckt. (2) Harings Ansatz müßte, konsequent fortgedacht, zu der Forderung führen, daß die Bundesrepublik Deutschland zumindest im Grundsatz verfassungsrechtlich dazu verpflichtet sei, in völkerrechtlichen Vertragsverhandlungen darauf zu dringen, daß ihre Vertragspartner einen dem deutschen Verfassungsrecht vollkommen entsprechenden gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte auch ihrer öffentlichen Gewalt einräumen.

<sup>171</sup> Helmut Steinberger, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 104), § 173, 525ff., Rn. 63.

tion zum Gegenstand nahm und dessen Aussagen entsprechend restriktiv zu verstehen sind.

### c) Rechtsstaatlichkeit

Wenn aber im Bundesgebiet ausländische Beamte handeln, die der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterfallen, fordert das Rechtsstaatsprinzip eine Kompensation für den Wegfall der gerichtlichen Kontrolle.<sup>172</sup> Die Zulassung fremder Staatsorgane birgt nämlich – ob akut oder entfernt – die Gefahr, deren Macht auf deutschem Hoheitsgebiet zu “entfesseln” und innerstaatliche Rechtsschranken unterlaufen zu lassen. Daher müssen die Akte der fremden Hoheitsgewalt von den Betroffenen vor den Gerichten des fremden Staates zur Prüfung gestellt werden können, wobei das “Grundprinzip eines wirksamen Rechtsschutzes” gewahrt sein muß.<sup>173</sup> Das ist in der Schweiz nicht zuletzt angesichts der Rechtsschutzmöglichkeiten vor dem Schweizer Bundesgericht gewährleistet.<sup>174</sup>

### 3. Das Demokratieprinzip im Lichte der Einordnung der Bundesrepublik Deutschland in die “Völkerrechtsordnung der Staatengesellschaft”

Vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Betrachtung wiegen mögliche Bedenken gegen das Handeln schweizerischer Behörden im Bundesgebiet aus dem Demokratieprinzip nicht mehr schwer. Denn die vom Polizeivertrag geschaffenen – bestimmten und begrenzten – Kompetenzgrundlagen werden, auch soweit sich

<sup>172</sup> Vgl. BVerfGE 58, 1 (30f.).

<sup>173</sup> BVerfGE 58, 1 (30f.).

<sup>174</sup> S. das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG] vom 16.12.1943, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr.173.110, Stand 24.12.1998. S. dort die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 97 ff., insbesondere Art. 104 *lit. a* OG (dazu Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1999, Rn. 829 ff.; wobei rügefähig auch die Verletzung unmittelbar anwendbarer Völkerrechtsnormen ist, *ibid.*, Rn. 949). S. auch die staatsrechtliche Beschwerde gegen kantonale Erlasse oder Verfügungen (Entscheide) nach Art. 84 Abs. 1 *lit. c*), 86, 88 ff. OG (dazu: René Rhinow, *Öffentliches Prozessrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1994, Rn. 181 f., 1235 ff., 1427 ff., zur Beschwerde wegen der Verletzung eines Staatsvertrags: Rn. 1544 f.). S. zur Möglichkeit, mittels der Verwaltungsgerichtsbeschwerde etwa auch Verletzungen der EMRK geltend zu machen: BGE 125 III 209 (211); 122 V 47 (50); 118 Ib 417 (423 f.); 115 V 244 (253): “..., une violation de la CEDH est une violation du droit fédéral qui peut être invoquée par la voie du recours de droit administratif, conformément à l’art. 104 let. a OJ (...)”. S. auch BGE 125 II 417 (424 ff.), wo eine gesetzlich an sich nicht gegebene Entscheidungskompetenz des Bundesgerichts angenommen wurde, um Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen; das Bundesgericht müsse “direkt gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK” auf die erhobene Beschwerde eintreten, um eine Verletzung der Konventionsrechte zu verhindern (*ibid.*, 425 f.); zu dieser Entscheidung: Andreas Kley, *Bemerkungen*, AJP/PJA 1999, 1491 ff. Für die Rüge, eine Überschreitung der durch den Polizeivertrag verliehenen Kompetenzen habe subjektive Rechte, zumal *civil rights* i.S. des Art. 6 Abs. 1 EMRK, verletzt, müßte der Rechtsweg, wenn nicht zu den kantonalen Gerichten (s. dazu BGE 125 II 417 [425]), so jedenfalls zum Bundesgericht also letztlich offenstehen.

schweizerische Beamte auf sie stützen, über das Zustimmungsgesetz des Bundestages in sachlicher Hinsicht demokratisch legitimiert sein.<sup>175</sup>

In personaler Hinsicht läßt sich freilich keine lückenlos geschlossene Legitimationskette vom deutschen Staatsvolk zu den schweizerischen Beamten herstellen.<sup>176</sup> Doch schadet dies nicht. Denn, wie das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1983 wörtlich ausgeführt hat:

“... Das Grundgesetz geht von der Eingliederung des von ihm verfaßten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengesellschaft aus (Präambel, Art. 24 bis 26 GG). Auch das Demokratieprinzip des Art. 20 GG ist im Lichte dieser Einordnung zu sehen. ...”<sup>177</sup>

Deshalb verbietet der Verfassungsgrundsatz der Demokratie keineswegs, Rechtshilfe als Hilfe zur Vollstreckung ausländischer Urteile oder Verwaltungsakte zu leisten.<sup>178</sup> Ebensowenig aber steht er dem Konzept der “Rechtshilfe mit Selbsthilfeanteilen” nach dem Polizeivertrag entgegen. Denn Inhalt und Umfang der Befugnis schweizerischer Beamter, auf deutschem Territorium hoheitlich tätig zu werden, sind wie gesehen<sup>179</sup> hinreichend bestimmt und eng begrenzt.<sup>180</sup>

#### 4. Verstoß gegen Grundsätze des Bundesstaates?

Haben sich damit demokratierechtliche Zweifel zerstreut, so könnte der Polizeivertrag einzig mit bundesstaatlichen Grundsätzen noch in Konflikt stehen. Art. 32 GG erklärt in seinem ersten Absatz die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten zur “Sache des Bundes”. Sein dritter Absatz eröffnet den Län-

<sup>175</sup> Dabei ist die Vorherbestimmung hoheitlichen Handelns nicht unpräziser als in Fällen, in denen allein deutsche Stellen zu Grundrechtseingriffen ermächtigt werden. Nicht zu übersehen ist, daß deutsche Beamte durch den Polizeivertrag bei grenzüberschreitenden Einsätzen auch zu Grundrechtseingriffen – auf schweizerischem Hoheitsgebiet – ermächtigt werden.

<sup>176</sup> Bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen gleicht die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Willensbildung der Organe dieser Einrichtung den möglichen “Mangel” an vollständiger personaler und sachlicher demokratischer Legitimation durch das deutsche Staatsvolk aus (vgl. Rauser [Anm. 123], 74; Tomuschat [Anm. 132], Rn. 44f.). S. aber auch BVerfGE 68, 1 (95).

<sup>177</sup> BVerfGE 63, 343 (370). In Anlehnung an einen anderen Satz dieses Beschlusses läßt sich für den Polizeivertrag darum sagen: Einen Mangel an demokratischer Repräsentation in der Schweiz kann ein von Maßnahmen schweizerischer Beamter in Deutschland Betroffener – gemessen an den Maßstäben der deutschen Verfassungsordnung – ebensowenig rügen, wie dies jemand in der Schweiz tun könnte, der von einem deutschen Polizisten verfolgt, observiert oder festgehalten würde (vgl. BVerfGE 63, 343 [371]). S. auch Beyerlin (Anm. 125), 426 ff. (s. auch S.244 Anm. 328: Art. 20 Abs.1 Satz 1 GG meine nicht die Ausschließlichkeit der Staatsgewalt, sondern deren Unteilbarkeit – mit Verweis auf Karl Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1984, 113); Rauser (Anm. 123), 65 ff., 263 ff. (insbesondere S. 266). Vgl. auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg 1987, §22, 887 ff., Rn. 22f. In dessen Sinn müßte hier wohl eine verfassungsrechtlich vorgegebene Ausnahme vom Grundsatz lückenloser demokratischer Legitimation vorliegen.

<sup>178</sup> BVerfGE 63, 343 (369f.).

<sup>179</sup> S.o. nach Anm. 161.

<sup>180</sup> Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (341).

dern die Möglichkeit, mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abzuschließen, soweit sie für die Gesetzgebung zuständig sind. Wie die Vertragsschlußkompetenzen im Bundesstaat verteilt sind, ist bis heute umstritten. Einigkeit aber herrscht darin, daß der Bund befugt ist, völkerrechtliche Verträge auf den Gebieten zu schließen, für die er die ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz besitzt.<sup>181</sup> Daher fällt auch der Polizeivertrag ohne Probleme in die Bundeszuständigkeit, soweit er die Gegenstände Strafverfolgung, Strafvollstreckung, Strafvollzug (Art. 74 Abs.1 Nr.1) oder Grenzschutz (Art. 73 Nr.5 GG) betrifft.<sup>182</sup>

Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten aber gehört zur Gefahrenabwehr – und damit in die grundsätzlich ausschließliche Kompetenz der Länder. Darf aber der Bund Verträge auch über solche Gegenstände schließen?<sup>183</sup> Dieser Frage nimmt der Polizeivertrag die Schärfe. Denn er schon die Länderhoheit. Soweit Observation oder verdeckte Ermittlung der Verhinderung von Straftaten dienen, wird lediglich ein Handlungsrahmen zur Verfügung gestellt. Diesen zu nutzen gestattet der Polizeivertrag nach Maßgabe des jeweiligen innerstaatlichen Rechts (Art. 15 Abs.1 Satz 1, Art. 18 Abs.1). Damit spielt er den Ländern den Ball zu. Sie haben es in der Hand, den Handlungsrahmen zu “aktivieren” und auch den Umfang seiner Nutzung zu bestimmen.

Folglich lassen sich aus dem Bundesstaatsprinzip kaum ernsthafte Bedenken gegen den Polizeivertrag herleiten, zumal das *Procedere* des Lindauer Abkommens<sup>184</sup> eingehalten wird.

#### *IV. Bewertung des Polizeivertrags*

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Der deutsch-schweizerische Polizeivertrag stellt die bilaterale polizeiliche Kooperation – einschließlich grenzüberschreitender Einsätze – auf eine tragfähige völkervertragliche Grundlage. Er schafft ein System “kurzgeschlossener Rechtshilfe mit Selbsthilfeanteilen”. Innerhalb dessen wird die Wahrnehmung fremder Staatsgewalt im eigenen Hoheitsgebiet in bestimmten, engen Grenzen geduldet: Sie steht unter dem grundsätzlichen Vorbehalt vorheriger Zustimmung und mündet vielfach in ein Handeln des Gebietsstaates ein. Dieser polizeilichen Kooperation stehen weder das Völkerrecht noch das Europarecht oder das deutsche Verfassungsrecht entgegen.

<sup>181</sup> Streinz, in: Sachs (Anm. 26), Art. 32 Rn. 25 ff.

<sup>182</sup> Dies dürfte aber eine Zuständigkeit der Länder, die Frage einer Festnahme nach der Flucht z.B. aus dem Polizeigewahrsam zu regeln, nicht völlig verdrängen, sondern nur insoweit, als ein Zusammenhang mit einer Grenzverletzung (also etwa die illegale Überquerung der Grenze) besteht.

<sup>183</sup> S. zum Streit um die Beantwortung dieser Frage: Pernice, in: Dreier (Anm. 125), Art. 32 Rn. 42 ff.; Streinz, in: Sachs (Anm. 26), Art. 32 Rn. 31 ff. Fastenrath (Anm. 143), 115 ff.; Rojahn, in: von Münch/Kunig (Anm. 124), Rn. 41 ff.; Rudolf Bernhardt, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 104), § 174, 571 ff., Rn. 17; Michael Schweitzer, Staatsrecht III, 6. Aufl., Heidelberg 1997, Rn. 126 ff.

<sup>184</sup> BT-Drs. 7/5924 (Anhang), 236.

1. *Der Fortschritt gegenüber der polizeilichen Zusammenarbeit nach dem Schengener Durchführungsübereinkommen*

Versucht man von diesem Standpunkt aus den politischen Hintergrund des Polizeivertrags auszuleuchten, so fällt zunächst auf, daß er sich bis in zahlreiche Formulierungen hinein an das Schengener Durchführungsabkommen anlehnt.<sup>185</sup> Das sachliche Konzept grenzüberschreitender Polizeieinsätze aber wird – wie dies insbesondere die Bundesländer Bayern und Baden-Württemberg gefordert hatten – in seiner Reichweite und Wirksamkeit ausgebaut.

So trägt der Polizeivertrag den praktischen Bedürfnissen der Polizeiarbeit zunächst dadurch Rechnung, daß er wie gesehen Aspekte der Gefahrenabwehr mit einbezieht. Er gestattet z. B. die Observation nicht nur zur Strafverfolgung und Strafvollstreckung<sup>186</sup>, sondern, "soweit es das jeweilige innerstaatliche Recht zuläßt", auch "zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung"<sup>187</sup> und damit zur präventiven Bekämpfung von Straftaten. Im Gegensatz dazu beschränkt das Schengener Durchführungsübereinkommen die grenzüberschreitende Observation auf Zwecke der Strafverfolgung<sup>188</sup>, indem es sie nur im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zuläßt<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Es fällt ferner auf, daß einzelne Bestimmungen des Polizeivertrags über die Durchführung der Observation und der Nacheile ihr Vorbild zum Teil in Artikeln bilateraler Abkommen haben, welche die Bundesrepublik Deutschland mit anderen Schengen-Staaten auf der Grundlage von Art. 40 Abs. 6 und Art. 41 Abs. 10 SDÜ abgeschlossen hat: Vgl. etwa die Unterstellung der grenzüberschreitend tätigen Beamten unter dieselben verkehrsrechtlichen Bestimmungen wie die Beamten des Gebietsstaates (Art. 14 Abs. 3 Nr. 2; Art. 16 Abs. 4 Nr. 5 dt.-schw. PolV) mit Art. 8 der Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium des Innern der Bundesrepublik Deutschland und dem Innenminister sowie dem Justizminister der Niederlande über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzgebiet zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Niederlanden vom 17.4.1996 (in Kraft getreten am 1.2.1997, Bekanntmachung vom 3.2.1997, BGBl. II, 702) und Art. 17 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über die Zusammenarbeit der Polizei- und Zollbehörden in den Grenzgebieten vom 9.10.1997 (Zustimmungsgesetz vom 14.9.1998, BGBl. II, 2479). Vgl. auch die in Art. 14 Abs. 3 Nr. 5; Art. 16 Abs. 4 Nr. 5 dt.-schw. PolV ausgesprochene Gestattung, der Öffentlichkeit zugängliche Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume während ihrer jeweiligen Öffnungszeiten zu betreten, und die entsprechenden Regelungen in Art. 15 Abs. 1 Satz 2 und Art. 16 Abs. 1 Satz 2 des (soeben zitierten) deutsch-französischen Regierungsabkommens. Sowie die durch Art. 14 Abs. 3 Nr. 8; Art. 16 Abs. 4 Nr. 5 dt.-schw. PolV verliehene Befugnis, erforderliche technische Observationsmittel einzusetzen, und Art. 17 Abs. 2 des deutsch-französischen Regierungsabkommens.

<sup>186</sup> S.o. bei und in Anm. 31 f.

<sup>187</sup> S.o. bei Anm. 33 f.

<sup>188</sup> Nach Art. 41 Abs. 1 UAbs. 2 SDÜ (Anm. 6) ist die grenzüberschreitende Nacheile auch zulässig, wenn sich die verfolgte Person in Untersuchungs- oder Strafhaft befand und aus der Haft entflohen ist. Vgl. demgegenüber die erweiterten Möglichkeiten der Nacheile nach dem Polizeivertrag (o. bei Anm. 23).

<sup>189</sup> Sei es, daß dieses Ermittlungsverfahren – wie im Regelfall einer grenzüberschreitenden Observation nach vorheriger Zustimmung – wegen des Verdachts einer auslieferungsfähigen Straftat geführt wird (Art. 40 Abs. 1 SDÜ [Anm. 6]); sei es, daß – wie dies bei einem Grenzübertritt ohne vorherige Zustimmung gefordert ist – jemand wegen einer in einem abschließenden Katalog (Art. 40 Abs. 7 SDÜ) aufgezählten Straftat verfolgt wird (Art. 40 Abs. 2 SDÜ – zu den Katalogtaten zählen u. a. Mord, Totschlag, Vergewaltigung oder Entführung und Geiselnahme).

Gerade im Vergleich mit "Schengen" erweitert der Polizeivertrag aber auch das Handlungsinstrumentarium<sup>190</sup>: Augenfällig wird dies schon daran, daß die grenzüberschreitende verdeckte Ermittlung sowie gemischt-nationale Streifen und Ermittlungsgruppen als völlig neue<sup>191</sup> Operationsformen eingeführt werden. Ferner wird die Fahndung mittels kontrollierter Lieferungen über den Bereich der Drogenkriminalität<sup>192</sup> hinaus ausgedehnt, um ganz allgemein der Aufdeckung illegaler Handelswege zu dienen.<sup>193</sup> Aber auch dort, wo der Polizeivertrag im Schengen-Kontext schon bekannte Einsatzarten übernimmt, dehnt er die Eingriffsbefugnisse aus. Am deutlichsten zeigt sich dies bei der Nacheile und bei der Observation. Denn in beiden Fällen dürfen die grenzüberschreitend tätigen Polizeibeamten die verfolgte Person festhalten, einer Sicherheitsdurchsuchung unterziehen, ihr Handfesseln anlegen und mitgeführte Gegenstände vorläufig sicherstellen<sup>194</sup>.

Das Schengener Durchführungsübereinkommen schließt dagegen bei der Observation ausdrücklich aus, daß die Beamten die Zielperson festnehmen oder auch nur anhalten<sup>195</sup>. Was die Befugnisse bei der Nacheile betrifft, so zeigt gerade deren Regelung im Schengen-Rahmen, wie schwierig es ist, auch nur innerhalb der europäischen Staaten, die den Schengen-Besitzstand tragen<sup>196</sup>, gemeinsame Stan-

<sup>190</sup> Dieses wird z.T. auch präzisiert. So wird im Schengener Kontext regelmäßig nur vom Gebrauch der "Dienstwaffe" gesprochen, der ausschließlich im Fall der Notwehr zulässig ist (Art. 40 Abs. 3 lit. d; Art. 41 Abs. 5 lit. e SDÜ [Anm. 6] – allein Art. 12 Abs. 1 Satz 2 der deutsch-niederländischen ministeriellen Vereinbarung [Anm. 185] beschränkt ausdrücklich den Gebrauch der "Dienstpistole" auf den Fall einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben). Der Polizeivertrag spricht demgegenüber nicht nur klarer von "Schusswaffen", sondern nimmt von der Untersagung ihres Gebrauchs auch eindeutiger den Fall der "Notwehr einschließlich der Nothilfe" aus.

<sup>191</sup> Neu sind sie in ihrer tatsächlichen Einführung, nicht auch im gedanklichen Konzept: Vgl. das vom Rat ausgearbeitete Übereinkommen aufgrund von Art. K.3 EU-Vertrag über gegenseitige Amtshilfe und Zusammenarbeit der Zollverwaltungen (Rechtsakt des Rates vom 18.12.1997, 98/C 24/01, ABl. EG Nr. C 24/1) (sog. Neapel II-Übereinkommen), dort Art. 19 ff. und dazu: Harings (Anm. 48), 109 ff.

<sup>192</sup> S. zu "Schengen" o. Anm. 18.

<sup>193</sup> S.o. bei Anm. 46.

<sup>194</sup> Art. 14 Abs. 3 Nr. 9; Art. 16 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 3 dt.-schw. PolV.

<sup>195</sup> Art. 40 Abs. 3 lit. f SDÜ (Anm. 6). Dies schließt nicht aus, daß einzelne Schengen-Staaten auf der Grundlage des Art. 40 Abs. 6 SDÜ bilateral ein Festhalterrecht auch im Falle der Observation vereinbaren. S. die auf der Grundlage von Art. 40 Abs. 6 und Art. 41 Abs. 10 SDÜ getroffenen Vereinbarungen (o. in Anm. 185) sowie die Vereinbarung zwischen dem Bundesminister des Innern der Bundesrepublik Deutschland sowie dem Justizminister und dem Minister der öffentlichen Macht des Großherzogtums Luxemburg über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzgebiet zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Großherzogtum Luxemburg vom 24.10.1995 (in Kraft getreten am 1.6.1996, Bekanntmachung vom 8.7.1996, BGBl. II, 1203).

<sup>196</sup> Vgl. hierzu auch die im Hinblick auf den Amsterdamer Vertrag vom 2.10.1997 (BGBl. 1998 II, 386) getroffenen Sonderregelungen in bezug auf Dänemark sowie Irland und Großbritannien (Art. 3 ff. des Protokolls zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der EU, BGBl. 1998 II, 429 ff., sowie das Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands, BGBl. 1998 II, 432, und das Protokoll über die Position Dänemarks, BGBl. 1998 II, 432 f.). S. auch das Übereinkommen zwischen dem Rat der EU sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung

dards für grenzüberschreitende Polizeieinsätze zu schaffen. Denn das Schengener Durchführungsübereinkommen definiert nicht mehr als den kleinsten gemeinsamen politischen Nenner und hat darum eine Art Baukastensystem geschaffen: Jede Vertragspartei gibt bei der Vertragsunterzeichnung eine Erklärung ab, in der sie bezüglich jeder Vertragspartei, mit der sie eine gemeinsame Grenze hat, die Modalitäten der Ausübung des Nacheilerechts in ihrem Hoheitsgebiet festlegt.<sup>197</sup> Diese Erklärung legt fest:

ob die nacheilenden Beamten des angrenzenden Vertragsstaates das Recht haben, die verfolgte Person festzuhalten, bis die Beamten des Gebietsstaates, die unverzüglich zu unterrichten sind, die Identitätsfeststellung oder die Festnahme vornehmen;<sup>198</sup>

ob die Nacheile auf ein bestimmtes Gebiet oder auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist oder aber ohne räumliche oder zeitliche Begrenzung zugelassen wird; und schließlich

ob die Nacheile nur bei bestimmten schweren Katalogstraftaten zulässig ist oder bei jeder auslieferungsfähigen Straftat.<sup>199</sup>

Dadurch kommt es zu einem Flickenteppich von Regelungen. So gesteht die Bundesrepublik Deutschland zwar allen "Schengener" Nachbarstaaten das Recht der Nacheile ohne räumliche oder zeitliche Begrenzung und für alle auslieferungsfähigen Straftaten zu und räumt ihnen sogar ein Festhalterrecht ein. Im Gegenzug aber werden die deutschen Beamten im Ausland außer von der Republik Österreich<sup>200</sup> nicht reziprok gleichbehandelt: Belgien gewährt ein Festhalterrecht nur während der ersten dreißig Minuten nach dem Grenzübertritt.<sup>201</sup> Frankreich schließt es gänzlich aus und beschränkt die Nacheile auf die Katalogtaten.<sup>202</sup> Luxemburg läßt die Nacheile ebenfalls nur bei der Verfolgung von Katalogtaten zu, gewährt aber im Gegensatz zu Frankreich ein Festhalterrecht; doch begrenzt es zugleich die Nacheile auf ein Gebiet von 10 km entlang der Grenze (deutsche Beamte können also z. B. nicht bis in die Stadt Luxemburg vordringen).<sup>203</sup> Die

und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (Beschluß des Rates 1999/437/EG vom 17.5.1999 über den Abschluß des Übereinkommens ABl. EG Nr. L 176 vom 20.5.1999, 35).

<sup>197</sup> Art. 41 Abs. 9 SDÜ (Anm. 6). Vgl. auch die Optionsmöglichkeiten nach Art. 20 Abs. 6 (Nacheile) sowie die *opting out*-Möglichkeiten nach: Art. 20 Abs. 8 (Nacheile), Art. 21 Abs. 5 (Observation), Art. 23 Abs. 5 (Verdeckte Ermittlungen) des sog. Neapel II-Übereinkommens (Anm. 191). Vgl. auch Punkt TIV.4. des Erläuternden Berichts über das sog. Neapel II-Übereinkommen (Anm. 39), ABl. EG Nr. C 189, 1 (8); s. dort auch Punkt 19.1 zur begrenzten Reichweite der besonderen Formen der Zusammenarbeit.

<sup>198</sup> Art. 41 Abs. 2 SDÜ (Anm. 6).

<sup>199</sup> Art. 41 Abs. 3 SDÜ (Anm. 6).

<sup>200</sup> Erklärung der Republik Österreich gemäß Art. 41 Abs. 9 des Schengener Durchführungsübereinkommens (BGBl. für die Republik Österreich 1997, Teil III, 2048).

<sup>201</sup> Erklärung der Regierung des Königreichs Belgien gemäß Art. 41 Abs. 9 des Schengener Durchführungsübereinkommens (BANz. Nr. 217a vom 23.11.1990, 26).

<sup>202</sup> Erklärung der Regierung der Französischen Republik zur Festlegung der Modalitäten für die grenzüberschreitende Nacheile in Anwendung des Art. 41 Abs. 9 (BANz. Nr. 217a vom 23.11.1990, 26).

<sup>203</sup> Erklärung der Regierung des Großherzogtums Luxemburg gemäß Art. 41 Abs. 9 des Schengener Durchführungsübereinkommens (BANz. Nr. 217a vom 23.11.1990, 27).

Niederlande gestatten die Nacheile ebenfalls nur bis zu einer Tiefe von 10km ins Landesinnere hinein, beziehen dies jedoch auf alle auslieferungsfähigen Straftaten; das Festhalterecht wird ausdrücklich auf öffentliche Straßen und Grundstücke beschränkt; allerdings wird die Möglichkeit einer erweiternden Regelung im Hinblick auf besondere örtliche Gegebenheiten ausdrücklich offengehalten.<sup>204</sup>

Gemessen an diesen unterschiedlichen Standards der Polizeizusammenarbeit zwischen den Schengen-Staaten gehen die Regelungen des Polizeivertrags außergewöhnlich weit. Sie dokumentieren, daß die Bereitschaft der Schweiz, zum Zwecke der internationalen Kriminalitätsbekämpfung ihre Gebietshoheit zu beschränken und zugunsten der Bundesrepublik Deutschland Ausnahmen von der Gebietsausschließlichkeit zuzulassen, größer ist als die manches EU-Mitgliedstaates.

## 2. Der Ausbau von Europol als Alternative zu zwischenstaatlicher polizeilicher Zusammenarbeit innerhalb der Europäischen Union?

Innerhalb Europas spürt man also gegenüber einer stärkeren Verflechtung der bilateralen zwischenstaatlichen Polizeizusammenarbeit, soweit sie auch den Grenzübertritt fremder Beamter umfaßt, eine deutliche Zurückhaltung. Dann aber könnte sich die politische Alternative anbieten, auf multilateraler Ebene zentrale supranationale Einrichtungen zu schaffen. Im Kontext der Europäischen Union denkt man dabei sofort an Europol<sup>205</sup> – zumal hinter den eher vorsichtigen Formulierungen der Art. 29 und 30 des EU-Vertrags<sup>206</sup> die Vision stecken dürfte, das Europäische Polizeiamt zu einem "Euro-FBI" auszubauen.<sup>207</sup> Schon als zen-

<sup>204</sup> Erklärung der Regierung des Königreichs der Niederlande gemäß Art. 41 Abs. 9 des Schengener Durchführungsübereinkommens (BAnz. Nr. 217a vom 23.11.1990, 27).

<sup>205</sup> S. das Europol-Übereinkommen vom 26.7.1995 (Zustimmungsgesetz vom 16.12.1997, BGBl. II, 2150) sowie das Immunitätsprotokoll vom 19.6.1997 (Zustimmungsgesetz vom 19.5.1998, BGBl. II, 974).

<sup>206</sup> Wie die Zusammenarbeit der Polizei-, Zoll- und anderer zuständiger Behörden in den Mitgliedstaaten "unter Einschaltung" von Europol (Art. 29 Abs. 2, 1. Spiegelstrich EUV) im einzelnen aussehen wird, ist noch unklar. S. auch Art. 30 Abs. 2 lit. a EUV, wonach der Rat es innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam Europol ermöglicht, die Vorbereitung spezifischer Ermittlungsmaßnahmen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, einschließlich operativer Aktionen gemeinsamer Teams mit Vertretern von Europol in unterstützender Funktion, zu erleichtern und zu unterstützen und die Koordinierung und Durchführung solcher Ermittlungsmaßnahmen zu fördern.

<sup>207</sup> Vgl. hierzu auch den Vorschlag einer Empfehlung des Europäischen Parlaments vom 23.2.1999 (A4-0064/99; Berichterstatter: Hartmut Nassauer), in der die mögliche Fortentwicklung Europols dahin gehend beschrieben wird, daß es mit eigener grenzüberschreitender Ermittlungszuständigkeit ausgestattet werden könne, indem ihm ein Weisungsrecht gegenüber nationalen Polizeibehörden eingeräumt werde; Europol müsse dann aber einer supranationalen Justizbehörde (etwa einer europäischen Staatsanwaltschaft) unterstellt werden, der gegenüber wiederum ein dem Europäischen Parlament voll verantwortliches Mitglied der Kommission weisungsbefugt sein müsse. S. auch Hans Peter Bull, Das Europäische Polizeiamt – undemokratisch und rechtsstaatswidrig, DRiZ 1998, 32, der einerseits eine europäische Staatsanwaltschaft für rechtspolitisch wünschenswert hält (*ibid.*, 39), andererseits aber mangels eines europäischen Straf- und Strafprozeßrechts Europol sich nicht recht in der Rolle eines Strafverfolgers ("Jägers") vorstellen kann (*ibid.*, 41f.).

trale Datenspeicher- und Analysestelle<sup>208</sup> mag Europol kraft überlegenen Wissens in die Lage kommen, koordinierte Polizeieinsätze der Mitgliedstaaten zu beherrschen. Echte operative Befugnisse, Einsätze zu leiten und zu befehligen, aber setzen nicht nur voraus, daß sich die EU-Staaten über die von Europol verfolgbareren Straftatbestände verständigen. Erforderlich ist auch eine Einigung auf strafprozessuale Verfahrensregeln und Beweisverwertungsstandards<sup>209</sup>. Beides wird in naher Zukunft gewiß nur ausschnittsweise gelingen – ganz abgesehen vom Problem der Einbindung und Mäßigung einer europäischen Polizeigewalt durch Grundrechte und effektiven Rechtsschutz.<sup>210</sup> Ohne eine zentrale EU-Strafgerichtsbarkeit wird überdies die Durchführung von Strafverfahren in nationaler Hand verbleiben. Auch läßt sich nicht erkennen, daß die Gefahrenabwehr aus der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit ausgelagert werden könnte.

Der Weg bis zur Schaffung echter operativer polizeilicher Kompetenzen auf supranationaler Ebene erscheint also lang. Darum wird unter den Unionsstaaten nicht nur die Rechtshilfe in Strafsachen, sondern ganz allgemein die bilaterale behördliche Kooperation weiterhin eine bedeutende Rolle spielen. Der deutsch-schweizerische Polizeivertrag fügt wie gesehen dem Gedanken der Rechtshilfe Elemente der grenzüberschreitenden Selbsthilfe hinzu. Das daraus entstehende System intensiver, eng verflochtener binationaler Zusammenarbeit verspricht, den Bedürfnissen der praktischen Polizeiarbeit in weitem Umfang gerecht zu werden. Auch innerhalb der Europäischen Union sollte daher nicht bis zur Schaffung eines "Euro-FBI" zugewartet werden. Vielmehr könnten sich die EU-Mitgliedstaaten am deutsch-schweizerischen Polizeivertrag ein Beispiel nehmen, um die behördliche Zusammenarbeit untereinander zu verbessern und das Schengener Niveau anzuheben. Denn der Polizeivertrag zieht überzeugend die Konsequenz daraus, daß innerhalb Europas ein Staat unter Berufung auf die Gebietsausschließlichkeit zwar die Polizeibeamten seiner Nachbarstaaten durchaus erfolgreich von Hoheitsakten auf seinem Territorium abhalten kann, gerade dadurch aber zugleich notwendig der internationalen Kriminalität Schlupflöcher und Fluchtwinkel öffnet. Schon von daher ist es aus deutscher Sicht zu empfeh-

---

<sup>208</sup> S. dazu Harings (Anm. 48), 120ff., der (*ibid.*, 120) darauf hinweist, daß im Gegensatz zum Schengener Informationssystem das von Europol unterhaltene System keine Fahndungs-, sondern ein Recherchesystem ist.

<sup>209</sup> Ein erster Ansatz für Verwertungsregeln findet sich in Art. 19 Abs.7 des Übereinkommens über gegenseitige Amtshilfe und Zusammenarbeit der Zollverwaltungen (Anm. 191).

<sup>210</sup> Vgl. hierzu nur die Diskussion um den Rechtsschutz gegen Europol in seiner bisherigen Funktion. Dazu: Bull (Anm. 207), 40f.; Udo Di Fabio, Die Dritte Säule der Union, DÖV 1997, 89 (99); Jochen Abr. Frowein/Nico Krisch, Der Rechtsschutz gegen Europol, JZ 1998, 589ff.; Harings (Anm. 48), 317ff.; Kay Hailbronner, Die Immunität von Europol-Bediensteten, JZ 1998, 283ff. Vgl. auch Heribert Ostendorf, Europol – ohne Rechtskontrolle, NJW 1997, 3418ff.; Sabine Gleß, Kontrolle über Europol und seine Bediensteten, EuR 1998, 748 (754ff.); Burkhard Hirsch, Immunität für Europol – Eine Polizei über dem Gesetz, ZRP 1998, 10ff.; Hans Liskén, EUROPOL – ein Symptom des Verfassungswandels, DRiZ 1998, 75ff.; Sven Hölscheid/Thomas Schotten, Immunität für Europol-Bedienstete – Normalfall oder Sündenfall?, NJW 1999, 2851 (insbes. 2853f.); Thilo Weichert, EUROPOL-Konvention und Datenschutz, DuD 1995, 450ff.

len, das deutsch-schweizerische Konzept bilateraler Kooperation in den Unionskontext zu übernehmen und auszubauen.

### 3. Der Polizeivertrag als Vorbild für Maßnahmen nach Titel IV des EU-Vertrags

Eine Möglichkeit dazu bietet Art. 32 des EU-Vertrags, der dem Rat im Hinblick auf die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit ermöglicht, die grenzüberschreitende Behördentätigkeit zu regeln.<sup>211</sup> In seinem Ansatz, auf die interne Rechtsordnung Deutschlands und der Schweiz Rücksicht zu nehmen und die bestehenden innerstaatlichen Strafverfolgungs- und Sicherheitsstrukturen zu vernetzen, ohne sie zu zersetzen, könnte der Polizeivertrag den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Muster dienen, um auf Unionsebene das Subsidiaritätsprinzip<sup>212</sup> zu verwirklichen. Zugleich könnte die Einbuße an eigenstaatlicher (rechtlicher) Identität gering gehalten und so die Bereitschaft der Mitgliedstaaten gestärkt werden, solchen Kooperationsformen zuzustimmen.

Freilich darf nicht übersehen werden, daß der Rat nach Art. 32 des EU-Vertrags darauf beschränkt ist festzulegen, unter welchen Bedingungen und innerhalb welcher Grenzen die Behörden des einen Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats in Verbindung und in Absprache mit dessen Behörden tätig werden dürfen. Die Vertragsbestimmung bietet dagegen keine Grundlage dafür, grenzüberschreitende Einsätze ohne vorherige Zustimmung zu regeln. Als Regelungsinstrument kommt insofern wohl allein der

<sup>211</sup> Angemerkt sei, daß die beim deutsch-schweizerischen Polizeivertrag diskutierte verfassungsrechtliche Problematik entschärft erscheinen könnte, soweit im europäischen Kontext die Zulässigkeit einer Duldung der Ausübung fremder Staatsgewalt im Bundesgebiet in Frage steht. Denn selbst wenn man darin – anders als hier vertreten – eine “Hoheitsrechtsübertragung” sehen wollte und selbst wenn die wechselseitige Zulassung einer grenzüberschreitenden Tätigkeit mitgliedstaatlicher Behörden aufgrund von Art. 32 EUV über ein bloßes Dulden hinausginge, so wäre Art. 23 Abs.1 GG zu beachten. Nach dessen Satz 2 kann der Bund “Hoheitsrechte übertragen”. Aus dem Kontext mit Satz 1 folgt, daß der Adressat der Hoheitsrechtsübertragung die “Europäische Union” ist. Da sie selbst aber (noch) nicht rechtsfähig ist, läßt sich Art. 23 Abs.1 Satz 2 GG durchaus so auslegen, daß es gestattet, vermittels Rechtsakte im Rahmen des EU-Vertrags Hoheitsrechte nicht nur auf die drei supranationalen Gemeinschaften, sondern auch auf die Mitgliedstaaten zu übertragen. Ein solches Verständnis liegt um so näher, als man für die Schaffung der unionsvertraglichen Grundlagen solcher EU-Akte die Beachtung der Vorschrift des Art. 23 Abs.1 Satz 3 GG – und damit des Art. 79 Abs.2 und 3 GG – wird fordern müssen. Vgl. hierzu insbes. die Parallelen in BVerfGE 58, 1 (41 ff.) (Begründung der Zuständigkeit belgischer Gerichte für den Rechtsschutz gegen Akte von Eurocontrol, 42: “Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Regelung folgt letztlich aus der in Art. 24 Abs.1 GG vorgesehenen Möglichkeit, Hoheitsrechte auf eine zwischenstaatliche, unter Umständen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ansässige Einrichtung zu übertragen.”); BVerfGE 68, 1 (89 ff., 92) (der US-Präsident als Organ der NATO); die “Ausübung einer Exekutiv- oder Justizfunktion eines nichtdeutschen Mitgliedstaats in Durchführung der Aufgaben der zwischenstaatlichen Einrichtung” hält etwa Mosler (Anm. 104), Rn. 47, offenbar für möglich (vgl. aber auch *ibid.* Rn. 38 a.E.). S. demgegenüber jedoch die Bedenken bei Gram (Anm. 103), 1239.

<sup>212</sup> Art. 2 Abs.2 EUV i.V. mit Art. 5 EGV.

Abschluß eines Übereinkommens zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 34 Abs.2 Satz 1 *lit. d* EU-Vertrag in Betracht.<sup>213</sup> Um so deutlicher aber tritt der Vorbildcharakter des Polizeivertrags als eines zwischenstaatlichen Abkommens hervor.

### Summary<sup>214</sup>

## Trans-border Missions of Police Officers under the German-Swiss Police Treaty: An Example to be Followed by the Member States of the European Union in Cooperating in their Fight against Crime?

On 27 April 1999, the Federal Republic of Germany and the Swiss Confederation signed a “Treaty on Trans-border Cooperation in Matters of Police and Justice”. This so-called Swiss-German Police Treaty, which has not yet been ratified, aims at improving both the prosecution and the prevention of criminal acts. It goes beyond traditional international cooperation in the extent to which each State Party allows the respective other State Party’s police officers to enter its territory and to exercise official powers there on missions of hot-pursuit, observation or undercover investigation. By this, the Swiss-German border is to lose its ambivalent character as both a curtain behind which criminals can vanish and an impenetrable wall for trans-border police activities. While both countries want to extend their police’s arm across the border, Switzerland, still remaining island-like outside of the European Union and the Schengen system of cooperation in justice and home affairs, is also especially interested in not being cut off and isolated from a European network of public security.

The Treaty contains provisions regulating in great detail when police officers are allowed to cross the Swiss-German border on official duty. As specifically as the conditions for trans-border police operations seem to be designed for cases of hot-pursuit, observation or undercover investigation, they still are based on three common principles: (1) In general, trans-border police operations require the prior consent of the territorial state in each specific case, with the consenting State Party being able to impose certain terms on the mission, and a general waiver of the requirement of prior consent existing for cases of urgency, in which immediate subsequent notification suffices. (2) The acting police officers must beforehand, or upon crossing the border, notify the authorities of the foreign state of their actually entering its territory; the operation must be stopped or left to be completed by domestic officers on the territorial state’s demand; and the foreign officers are under the

<sup>213</sup> Ein Rahmenbeschluß nach Art. 34 Abs.2 Satz 1 *lit. b* EUV dürfte nicht ausreichen, da er als Instrument für die “Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten” vorgesehen ist. Folglich zielt er lediglich auf harmonisierende Veränderungen innerhalb der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, nicht aber auf die Schaffung von Rechtsbeziehungen im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander.

<sup>214</sup> Summary by the author.

duty to obey the territorial state's orders. (3) The foreign officers are bound by the rules of the territorial state's laws (in cases concerning the prevention of crimes the Treaty refers to the statutes of the Cantons and *Bundesländer* who within their respective systems of federal government are vested with some exclusive powers in this field of law).

In attempting to characterize the Treaty one must see that, traditionally, police activities would have to stop short at the border and the goals of criminal prosecution and crime prevention would have to be pursued by instruments of international legal assistance. The Treaty differs from such classical forms of cooperation by making exceptions to the rule that official acts be tightly restricted to each state's own territory, as it permits police officers to perform certain tasks on foreign territory. Still, there exists a parallel to traditional legal assistance in the Treaty's general requirement of prior consent to any trans-border operation, which, however, is taken down from the diplomatic level to the short-wired direct communication between police authorities. Thus the Treaty in its essence establishes a system of short-wired legal assistance containing elements of quasi-self-help.

The interpretation of its specific clauses shows the Treaty itself to grant the States Parties' police officers executive powers on the respective other State Party's territory, and to subject them, when exercising these specific powers, to the general rules of the territorial state's laws governing the conduct of executive organs – including constitutional rights and freedoms.

As to the context within which the Treaty will exist, public international law perceives Germany and Switzerland as restricting their territorial sovereignty in favor of one another, while their police officers officially acting in the other State Party's territory in compliance with the terms of the Treaty – as a result of the radiating effects of their home state's sovereign immunity – enjoy immunity from the territorial state's jurisdiction (as far as it has not been waived).

While the Treaty poses no problems under European law (including the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms), its constitutionality under the German Basic Law could be challenged. Articles 23 and 24 (1) and (1a) of the Basic Law might be read as restricting the Federal Republic of Germany to “transferring sovereign powers” only to the European Union, to international organizations and (by acts of the *Bundesländer* with the consent of the Federal Government) to transfrontier institutions in neighboring countries. There is, however, no basis for an *argumentum e contrario* of this kind that could affect the German-Swiss Police Treaty since its provisions do not amount to a “transfer of sovereign powers”. Such a transfer is, in the theory adopted by the Federal Constitutional Court, understood to involve a two-step procedure: The first step is taken at the international level by establishing an international organization and vesting it with certain competences. The second step is an internal act of the Federal Republic's taking back the exclusivity of German jurisdiction and opening the German legal order for acts issued by the international organization. The recognition of these acts in their quality as legal acts both by German executive authorities and by German courts is the decisive feature of a “transfer of sovereignty” interlocking the German legal order and law of a “foreign” source. The German-Swiss Police Treaty as a system of short-wired legal assistance, other than might be expected, does not involve such a recognition of administrative acts. Even the acts of Swiss policemen on German territory which above have been characterized as measures of quasi-self-help have no other effect than to induce German authorities to become active. For instance, while the Swiss officers are permitted to seize and

search a person they have been pursuing across the border, they must hand him or her over to the domestic authorities as soon as possible.

Apart from this, the Police Treaty can be shown to be in accordance with general requirements of German constitutional law, as it respects fundamental rights and freedoms and especially does not illicitly reduce judicial protection against administrative acts. Furthermore, it neither violates the principle of *Rechtsstaatlichkeit* nor of democracy, and takes special care to duly respect the spheres of autonomy the constitution guarantees the *Bundesländer*.

Without taking much of a risk one can predict that the Swiss-German Police Treaty will be an effective instrument in fighting crime – especially as some of its provisions (including those addressing crime prevention) go beyond the system of police cooperation established under the Treaties of Schengen, which have recently been integrated into the European Union. The EU Treaty, after the revisions of Amsterdam, faintly sketches Europol as a European equivalent to the United States' FBI. Still, at least for the near future, it is bilateral cooperation which will prevail in the field of crime prosecution and prevention even among the EU Member States. This will remain so until both the procedural and material standards of criminal law are harmonized and a centralized European police force is established that, simultaneously, is effectively checked and balanced by judicial control. Even then the EU/EC principle of subsidiarity may still favor bilateral cooperation, for which the German-Swiss Police Treaty sets a good example.

