

Auszug aus dem Gutachten BJ-05-01-31 des Bundesamtes für Justiz vom 31. Januar 2005

Verwaltungsverfahren. Zwangsmassnahmen. Grundrechtsbindung der Behörden. Schutz Betroffener bei behördlichen Kontrollen. Abgrenzung zwischen Kontrolltätigkeit und Strafverfolgung.

Art. 5, Art. 9, Art. 13, Art. 29 Abs. 2, Art. 35, Art. 36 BV. Art. 12, Art. 39, Art. 41, Art. 42 VwVG. Art. 45 VStrR.

- Instrumente und Kompetenzen der Aufsichtsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer gesetzlich vorgesehenen Kontrollbefugnisse (Ziff. 2).

- Verfassungsrechtliche Grundsätze und verfahrensrechtliche Regeln, die bei der Kontrolltätigkeit, namentlich im Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns, zu beachten sind (Ziff. 3).

- Spezifische Schranken für das behördliche Handeln bei Kontrollen vor Ort (Ziff. 3.4).

- Überlegungen de lege ferenda, Beurteilung des Regelungsbedarfes, Handlungsmöglichkeiten und Lösungsvorschläge (Ziff. 5).

- Übersicht und Schlussfolgerungen (Ziff. 6).

Procédure administrative. Mesures de contrainte. Devoir des autorités de respecter les droits fondamentaux. Protection des personnes touchées par des contrôles étatiques. Distinction entre activité de contrôle et poursuite pénale.

Art. 5, art. 9, art. 13, art. 29 al. 2, art. 35, art. 36 Cst. Art. 12, art. 39, art. 41, art. 42 PA. Art. 45 DPA.

- Instruments et compétences des autorités de surveillance dans l'exercice des pouvoirs de contrôle que leur confère la loi (ch. 2).

- Principes constitutionnels et règles de procédure qui doivent être observés dans une activité de contrôle, notamment dans le domaine des opérations administratives de fait (ch. 3).

- Limites spécifiques applicables aux actes de l'autorité en cas de contrôle sur place (ch. 3.4).

- Réflexions de lege ferenda, appréciation de la nécessité d'établir une réglementation, possibilités d'agir et propositions de solutions (ch. 5).

- Récapitulation et conclusions (ch. 6).

Procedura amministrativa. Misure coercitive. Doveri delle autorità di rispettare i diritti fondamentali. Protezione delle persone toccate da controlli delle autorità. Distinzione fra attività di controllo e perseguimento penale.

Art. 5, art. 9, art. 13, art. 29 cpv. 2, art. 35, art. 36 Cost. Art. 12, art. 39, art. 41, art. 42 PA. Art. 45 DPA.

- Strumenti e competenze delle autorità di sorveglianza quando esercitano le competenze di controllo attribuite loro dalla legge (n° 2).

- Principi costituzionali e regole di procedura che devono essere osservate durante l'attività di controllo, in particolare nell'ambito delle azioni amministrative (n° 3).

- Limiti specifici per l'attività delle autorità in caso di controlli sul posto (n° 3.4).

- Riflessioni de lege ferenda. Valutazione della necessità di creare regole, possibilità di agire e proposte di soluzioni (n° 5).

- Riassunto e conclusioni (n° 6).

1. Ausgangslage

Anlässlich der Beratungen zum Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, TPG, SR 810.21)[1], das in der Herbstsession 2004 vom Parlament verabschiedet wurde, wurde die Frage der Befugnisse der zuständigen Bundesbehörden zur Durchführung von Kontrollen eingehend diskutiert. In Bezug auf die im Transplantationsgesetz vorgesehene Befugnis des zuständigen Bundesamtes, zur Erfüllung seiner Aufgaben Grundstücke, Betriebe, Räume und Fahrzeuge zu kontrollieren, wurde in den Kommissionen und Räten verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass ein solcher weit reichender Eingriff in grundrechtliche Positionen Einzelner nicht bzw. kaum zu rechtfertigen sei. Im Laufe der Diskussionen wurde allerdings klar, dass diese Art von Kontrollbefugnis im Transplantationsgesetz im Bundesrecht keinen Einzelfall darstellt.

Diese Sachlage hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit bewogen, vom Bundesamt für Justiz einen Bericht zur Thematik zu verlangen. Dieser Bericht soll:

- die Befugnisse der Aufsichtsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer Kontrollen darstellen und erläutern;
- die gesetzlich vorgesehenen Kontrollbefugnisse im Hinblick auf Grundrechtsprobleme überprüfen; sowie
- Vorschläge für eine einheitliche Regelung unterbreiten.

Die Regelung bereichsspezifischer Kontrollbefugnisse und die Wahrnehmung dieser Befugnisse in der Praxis weist verschiedene Bezüge zu anderen Regelungsbereichen auf. Zu erwähnen sind insbesondere die folgenden:

- Verwaltungsverfahren (Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021)
- Strafprozess (Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR], SR 313.0; Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege [BSfP], SR 312.0; kantonale Strafprozessordnungen);
- Polizeirecht (insbesondere polizeiliche Zwangsmassnahmen[2]);
- zivile und militärische Landesverteidigung.

Im Zentrum dieses Berichts stehen die eigentlichen Kontrolltätigkeiten der verschiedenen Behörden. Andere behördliche Vollzugshandlungen, die ebenfalls Grundrechte der Betroffenen einschränken (können), werden lediglich am Rande behandelt. Namentlich auf die Regelung der Anwendung polizeilichen Zwangs wird nur eingegangen, soweit dessen Ausübung eng mit der Durchführung von behördlichen Kontrollen zusammenhängt. Analoges gilt für die Strafverfolgung bzw. die gerichtliche Polizei des Bundes. Weitestgehend ausgeklammert bleibt der Bereich der Gewährleistung der inneren Sicherheit, d. h. die eigentliche polizeiliche Tätigkeit.

Besonders bedeutsam ist der Bezug zur Regelung des Verwaltungsverfahrens. Namentlich mit Blick auf den Schutz der Betroffenen bei behördlichen Kontrollen stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Verwaltungsverfahrensgesetz, das auf den Erlass von Verfügungen ausgerichtet ist, auf Kontrollen (bzw. einzelne Kontrollmassnahmen oder -handlungen) anwendbar ist. Es besteht hier eine Schnittstelle, die rechtlich nicht klar definiert ist, zu der in der Lehre unterschiedliche Auffassungen bestehen und die auch in der Behördenpraxis unterschiedlich gehandhabt wird. Das Bundesamt für Justiz (BJ) geht davon aus, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz auch anwendbar ist auf Kontrollmassnahmen, die zwar nicht per se den Erlass einer Verfügung erfordern, bei denen aber im konkreten Fall anzunehmen ist, dass sie in den Erlass einer Verfügung (wie z. B. etwa den Entzug einer Bewilligung) ausmünden werden. Wenn und sobald bei der Ausübung von Kontrolltätigkeiten im konkreten Fall mit dem Erlass einer Verfügung zu rechnen ist, finden diese Tätigkeiten im Rahmen eines eigentlichen «Aufsichtsverfahrens» statt, für das nach Ansicht des BJ das VwVG gilt. Daneben gibt es jedoch eine Vielzahl unterschiedlicher Kontrollsituationen oder -tätigkeiten, auf die das Verwaltungsverfahrensgesetz an sich nicht anwendbar ist. Dieser Bericht befasst sich vor allem mit der Frage, welche rechtlichen Regeln für behördliche Kontrolltätigkeiten gelten, bei denen nicht von vornherein absehbar ist, dass sie in den Erlass einer Verfügung münden. Dazu gehören beispielsweise gesetzlich vorgesehene Stichprobenkontrollen oder periodische Inspektionen, wie sie auch nach Art. 63 Abs. 1 des Transplantationsgesetzes[3] durchgeführt werden.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass in zahlreichen Fällen, in denen das Bundesrecht Kontrollbefugnisse vorsieht, die Zuständigkeit für die Durchführung dieser Kontrollen bei den Kantonen liegt. Die Tätigkeit der zuständigen kantonalen Organe richtet sich nach kantonalem Recht, soweit die bundesrechtliche Spezialgesetzgebung im betreffenden Sachbereich keine besonderen Vorschriften enthält. Der vorliegende Bericht geht auf das kantonale Recht nicht im Einzelnen ein. Die Kernaussagen treffen indessen auch für die Kontrolltätigkeit kantonalen Behörden zu, namentlich dort, wo die Kontrolltätigkeit nicht verfahrensgesetzlich geleitet ist.

2. Übersicht über die Regelung der Kontrollbefugnisse von Aufsichtsbehörden im Bundesrecht

Den Behörden des Bundes und der Kantone ist durch das Bundesrecht eine Vielzahl von Aufgaben übertragen, die es erfordern, Private bzw. deren Tätigkeiten in Bezug auf die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften zu kontrollieren.

In zahlreichen Fällen sieht die Gesetzgebung ausdrücklich vor, dass Behörden im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Aufsichts- oder Vollzugsaufgaben in grundrechtlich geschützte Positionen Privater eingreifen oder sogar in einem gewissen Ausmass Zwang ausüben dürfen. Regelmässig geht es dabei um den Zugang zu Grundstücken, Gebäuden, Anlagen, Systemen, Gütern, Tieren, Dokumenten usw.

In einzelnen Fällen sind die Behörden darüber hinaus befugt, Kontrollhandlungen vorzunehmen, die massiv in grundrechtlich geschützte Positionen eingreifen. Typisches Beispiel dafür ist etwa die Personenkontrolle durch Zollorgane (Art. 36 Abs. 5 des Zollgesetzes vom 1. Oktober 1925, [ZG], SR 631.0).

Insgesamt sind in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts mehr als 120 Bestimmungen auffindbar, die behördliche Kontrollbefugnisse regeln (vgl. Übersicht im Anhang[4], die allerdings nicht Anspruch auf absolute Vollständigkeit erhebt). Im Folgenden wird diese Vielzahl von Bestimmungen systematisiert dargestellt. Die verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Instrumente werden aufgezeigt und es wird untersucht, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede deren gesetzliche Regelung aufweist.

2.1 Kontrollierendes Organ

Das kontrollierende Organ ist die jeweils gesetzlich im fraglichen Sachbereich zuständige Aufsichtsbehörde des Bundes oder des Kantons.

Beispiele: Art. 37 Abs. 3 des Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991 (StSG, SR 814.50); Art. 66 Abs. 1 der Direktzahlungsverordnung vom 7. Dezember 1998 (DZV, SR 910.13); Art. 15 Abs. 1 der Sömmerungsbeitragsverordnung vom 29. März 2000 (SöBV, SR 910.133).

In einzelnen Fällen ist vorgesehen, dass Dritte für die Durchführung von Kontrollen beigezogen werden können, und in mehreren Fällen sieht das Gesetz vor, dass Kontrollbefugnisse im Auftrag einer Behörde durch private Dritte wahrgenommen werden.

Beispiele: Art. 23quater Abs. 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0): «Die Bankenkommission kann eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, in einer Bank einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären [...]». Art. 18 Abs. 2 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0): «[Die Kontrollstelle] kann die Kontrollen einer von ihr bezeichneten Revisionsstelle übertragen». Eine analoge Regelung trifft auch Art. 25 Bst. d der Verordnung des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV) vom 30. August 1999 über die Bekämpfung der Geldwäscherei (VGW, SR 955.032). Weiteres Beispiel: Art. 93 der Zivildienstverordnung vom 11. September 1996 (ZDV, SR 824.01).

2.2 Kontrollobjekt

Wer oder was das Objekt der Kontrolle ist, ist aus dem jeweiligen Rechtsrahmen im betreffenden Sachbereich zu bestimmen. In der Regel werden bestimmte Tätigkeiten kontrolliert. Dabei setzt die Kontrolle häufig bei physischen Objekten (z. B. Akten, Informatiksystemen, Laboreinrichtungen, Rohrleitungen, Kunstwerken, Tieren) an, interessiert sich aber v.a. auch für Handlungen im Zusammenhang mit diesen Objekten.

Zu berücksichtigen ist dabei im Folgenden, dass die Zulässigkeit einer Kontrollhandlung im Einzelfall immer auch mit Blick auf das konkrete Kontrollobjekt und das Ziel der Kontrolle zu beurteilen ist: Ist das Instrument - bzw. die Intensität seiner Anwendung - zum Erreichen des angestrebten Kontrollzwecks geeignet, erforderlich und angemessen?

2.3 Kontrollinstrumente

2.3.1 Regelungsdichte

Der Umfang der Kontrollbefugnisse, und die Einzelheiten bezüglich der den Behörden für die Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben zur Verfügung stehenden Instrumente, sind in den spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen unterschiedlich detailliert geregelt. Manche Bestimmungen enthalten nur einige wenige Detailregelungen bezüglich des Umfangs der Kontrollbefugnisse bzw. der zur Verfügung stehenden Instrumente.

Beispiele: Art. 12 des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 18. Dezember 1998 (FMedG, SR 810.11) in Verbindung mit Art. 10 der Fortpflanzungsmedizinverordnung vom 4. Dezember 2000 (FMedV, SR 810.112.2); Art. 34 der Strukturverbesserungsverordnung vom 7. Dezember 1998 (SVV, SR 913.1); Art. 30 der Verordnung über die sozialen Begleitmassnahmen in der Landwirtschaft vom 26. November 2003 (SBMV, SR 914.11); Art. 7j der Weinverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 916.140).

In verschiedenen, insbesondere in eher technischen Bereichen, werden die Instrumente dagegen detailliert umschrieben.

Eine detaillierte Regelung findet sich z. B. in Art. 43 der Arzneimittel-Bewilligungsverordnung vom 17. Oktober 2001 (AMBV, SR 812.212.1): Die Inspektorin oder der Inspektor kann eine Betriebsbeschreibung einfordern, den Betrieb betreten, Bildaufnahmen machen, Kopien von Dokumenten oder elektronischen Daten erstellen und Material- und Verpackungsproben erheben sowie erforderliche Sofortmassnahmen treffen. Ähnliches sehen auch Art. 30 Abs. 2 der Tierarzneimittelverordnung vom 18. August 2004 (TAMV, SR 812.212.27) und Art. 26 der Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (MepV, SR 812.213) vor. Vergleichbar im Detaillierungsgrad ist auch Art. 120 der Spielbankenverordnung vom 24. September 2004 (VSBG, SR 935.521).

In den meisten Fällen liegt die Regelungsdichte zwischen diesen beiden «Extremen»: Es werden einzelne Kontrollinstrumente sowie gewisse Modalitäten der Kontrolle genannt.

2.3.2 Einzelne Kontrollinstrumente

Als am wenigsten invasives Instrument wird regelmässig die Befugnis vorgesehen, vom Beaufsichtigten Auskünfte sowie die Herausgabe von Unterlagen zu verlangen.

Beispiele: Es sind «alle erforderlichen Auskünfte» zu erteilen, Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969 (SR 641.31); Art. 42a des Alkoholgesetzes vom 21. Juni 1932 (SR 680); Art. 24 der Stauanlagenverordnung vom 7. Dezember 1998 (StAV, SR 721.102); Art. 73 Abs. 1 des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1); Art. 52 Abs. 1 des Gewässerschutzgesetzes vom 24. Januar 1991 (GSchG, SR 814.20).

Fast immer ausdrücklich oder implizit vorgesehen sind Zutrittsrechte, auf die weiter unten ausführlich eingegangen wird. In der Mehrzahl der untersuchten Fälle geht das Gesetz explizit oder implizit davon aus, dass eine Kontrolle vor Ort stattfindet. Verschiedene weitere Instrumente knüpfen daran an. Regelmässig wird neben der Auskunftspflicht des Beaufsichtigten vorgesehen, dass die Behörde bei der Kontrolle vor Ort in bestimmte Unterlagen Einsicht nehmen kann.

Beispiele: Befugnis zum Zugang zu Buchhaltung und dazugehörigen Belegen (Art. 62 des Mehrwertsteuergesetzes vom 2. September 1999 [MWSTG], 641.20); Art. 50 Abs. 1 des Verrechnungssteuergesetzes vom 13. Oktober 1965 (VStG, SR 642.21); Befugnis zur Einsicht in Geschäftsbücher und Belege (Art. 42a des Alkoholgesetzes). Ein allgemeines Recht zur Einsichtnahme in Unterlagen sehen ebenfalls vor: Art. 73 des Kernenergiegesetzes (KEG, SR 732.1); Art. 28 Abs. 1 des Kriegsmaterialgesetzes vom 13. Dezember 1996, (KMG, SR 514.51); Art. 29 Abs. 2 des Waffengesetzes vom 20. Juni 1997 (WG, SR 514.54); Art. 32 des Sprengstoffgesetzes vom 25. März 1977 (SprstG, SR 941.41); Art. 10 des Güterkontrollgesetzes vom 13. Dezember 1996 (GKG, SR 946.202); Art. 4 des Embargogesetzes vom 22. März 2002 (EmbG, SR 946.231).

In manchen Bereichen wird der Behörde darüber hinaus ausdrücklich die Befugnis erteilt, Waren- oder Materialproben zu erheben.

Beispiele: Befugnis Auskünfte und Unterlagen zu verlangen sowie Material- und Bodenproben zu nehmen (Art. 73 des Kernenergiegesetzes); Befugnis Proben zu erheben sowie in Lieferscheine, Rezepturen und Kontrollunterlagen Einsicht zu nehmen (Art. 24 des Lebensmittelgesetzes vom 9. Oktober 1992 [LMG], SR 817.0); Befugnis Proben zu erheben, erforderliche Auskünfte und Unterlagen zu verlangen sowie jede andere erforderliche Unterstützung anzufordern (Art. 63 Abs. 2 des Transplantationsgesetzes[5]); Befugnis Muster zu erheben und Prüfungen veranlassen (Art. 15 Abs. 1 der Aufzugsverordnung vom 23. Juni 1999, SR 819.13); Befugnis Proben zu nehmen oder einzufordern und sie zu untersuchen oder untersuchen lassen (Art. 25 Abs. 2 der Futtermittel-Verordnung vom 26. Mai 1999, SR 916.307).

Schliesslich gibt es einige Beispiele, wo den Beaufsichtigten neben der Duldung der Kontrolle und der Auskunftspflicht weitere Leistungsverpflichtungen auferlegt werden, so etwa die Pflicht, Material und Personal zur Verfügung zu stellen oder Messplätze einzurichten.

Beispiele: «Das zur Durchführung von Kontrollen erforderliche Personal und Material ist [...] kostenlos zur Verfügung zu stellen.» (Art. 19 Abs. 2 des Rohrleitungsgesetzes vom 4. Oktober 1963 [RLG], SR 746.1); «Die Seilbahnunternehmen haben [die Vertreter des Bundesamtes] bei der Prüf- und Kontrolltätigkeit kostenlos zu unterstützen.» (Art. 7 Abs. 4 der Seilbahnverordnung vom 10. März 1986, SR 743.12); «Der Inhaber der zu überprüfenden Anlage muss nach Anweisung der Behörde geeignete Messplätze einrichten und zugänglich machen» (Art. 14 Abs. 3 der Luftreinhalteverordnung vom 16. Dezember 1985, [LRV], SR

814.318.142.1).

Verschiedentlich wird auch vorgesehen, dass die Kontrollierten die Kosten der Kontrolle ganz oder teilweise zu tragen haben.

«Die Kontrollorgane dürfen zur Deckung ihrer Kosten angemessene Gebühren erheben.» (Art. 22 Abs. 5 der Saatgut-Verordnung vom 7. Dezember 1998, SR 916.151); «Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten trägt die Bank.» (Art. 23quater Abs. 4 des Bankengesetzes).

In einigen Fällen sieht die gesetzliche Grundlage darüber hinaus ausdrücklich vor, dass die Behörde «belastendes Material», welches sie bei ihren Kontrollen entdeckt, beschlagnahmt.

Beispiele: Art. 28 Abs. 1 des Kriegsmaterialgesetzes; Art. 29 Abs. 2 des Waffengesetzes; Art. 73 Abs. 2 des Kernenergiegesetzes; Art. 32 des Sprengstoffgesetzes; Art. 10 des Güterkontrollgesetzes; Art. 4 des Embargogesetzes.

Die Durchsuchung von Personen als Kontrollmassnahme ist - soweit ersichtlich - lediglich im Zollgesetz vorgesehen. Voraussetzung ist das Vorliegen eines Verdachtes.

Art. 36 Abs. 5 des Zollgesetzes: «Personen, welche die Zollgrenze überschreiten und im Verdachte stehen, verbotene oder zollpflichtige Waren auf sich zu tragen, können einer körperlichen Durchsuchung unterworfen werden. Der Bundesrat stellt die nötigen Vorschriften durch Verordnung auf.»

2.3.3 Polizeiliche Befugnisse im eigentlichen Sinn und Beizug von Polizeiorganen

Ausdrücklich erwähnt wird schliesslich in einigen Erlassen, dass die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Kontrollaufgabe eine Polizeibefugnis ausüben oder dass sie Polizeiorgane beiziehen kann.

In verschiedenen Fällen wird einer Behörde ausdrücklich eine gerichtspolizeiliche Funktion übertragen. Dies bedeutet namentlich, dass ihr die Kompetenz zur Vornahme von Vorermittlungs- bzw. Ermittlungshandlungen im Rahmen von Verwaltungsstrafverfahren (oder sogar Strafverfahren) zukommt.

Beispiele: Art. 8 Abs. 2 des Tierseuchengesetzes vom 1. Juli 1966 (TSG, SR 916.40): «[Die seuchenpolizeilichen Organe] haben bei der Ausübung ihrer Funktionen die Eigenschaft von Beamten der gerichtlichen Polizei». Gleich lauten Art. 34 des Tierschutzgesetzes vom 9. März 1978 (TSchG, SR 455) sowie Art. 26 des Jagdgesetzes vom 20. Juni 1986 (JSG, SR 922.0).

Die Übertragung der Befugnis zur Ausübung polizeilichen Zwangs, bedeutet, dass die betreffenden Beamten gegebenenfalls von körperlicher Gewalt, von bestimmten Hilfsmitteln (z. B. Handschellen) oder in Ausnahmefällen gar von Waffen Gebrauch machen dürfen.

Beispiele: Art. 91 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1): «Der Beamte kann nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch nehmen». Nach Art. 92 des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10) stehen der Truppe im Ausbildungsdienst und im Einsatz die Polizeibefugnisse zu, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind. Dazu gehören auch Personenkontrollen, Beschlagnahmungen, die Ausübung von unmittelbarem Zwang sowie der Waffeneinsatz. Vgl. auch Art. 6 der Anlageschutzverordnung vom 2. Mai 1990 (SR 510.518.1); Art. 4 der Verordnung über den Truppeneinsatz für den Ordnungsdienst vom 3. September 1997 (VOD, SR 513.71); Art. 5 der Verordnung über den Truppeneinsatz für den Grenzpolizeidienst vom 3. September 1997 (VGd, SR 513.72); Art. 5 der Verordnung über den Truppeneinsatz zum Schutz von Personen und Sachen vom 3. September 1997 (VSPS, SR 513.73).

Fünf der sechs genannten Beispiele betreffen die Wahrnehmung von Polizeiaufgaben durch das Militär und fallen dadurch nicht eigentlich unter die hier zu behandelnde Fragestellung. Dies zeigt, dass die Übertragung der Ausübung polizeilichen Zwangs an eine nicht primär mit polizeilichen Aufgaben betraute Behörde eine Ausnahme darstellt. In der Regel müssen Aufsichtsbehörden die zuständigen Polizeiorgane der Kantone und Gemeinden beiziehen, wenn es sich im konkreten Fall als wahrscheinlich erweist, dass die Anwendung von polizeilichem Zwang erforderlich sein wird. Bisweilen wird dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen.

Entsprechende Regelungen finden sich etwa in folgenden Erlassen: Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht; Art. 28 Abs. 2 des Kriegsmaterialgesetzes; Art. 72 Abs. 5 des Kernenergiegesetzes; Art. 294 Abs. 3 der Tierseuchenverordnung vom 27. Juni 1995 (TSV, SR 916.401); Art. 4 Abs. 2 des Embargogesetzes.

2.4 Insbesondere: Zutrittsrechte als Voraussetzung der Vor-Ort-Kontrolle

Fast alle gesetzlich vorgesehenen Kontrollbefugnisse im Rahmen von Aufsichtsbeziehungen (sowie auch weitere Vollzugsregelungen) umfassen das Recht, bestimmte Orte oder Räume zu betreten, damit Kontrollen oder andere Vollzugshandlungen vor Ort durchgeführt werden können. Mehr als 120 Erlasse enthalten solche Bestimmungen. Auch diese Zutrittsrechte sind, wie die übrigen Kontrollinstrumente, sehr unterschiedlich geregelt.

2.4.1 Direkte oder indirekte Regelung des Zutrittsrechts

In rund 40 untersuchten Bestimmungen wird das Zutrittsrecht im Gesetz ausdrücklich erwähnt. In rund 80 Fällen wird es aber nicht ausdrücklich als solches bezeichnet, sondern es ergibt sich aus der gesetzlich vorgesehenen Kontrollbefugnis, z. B. wenn von «Inspektion» oder «Kontrolle vor Ort» die Rede ist.

Beispiele: «[Die Bewilligungsbehörde] nimmt unangemeldete Inspektionen vor.», Art. 12 Abs. 2 des Fortpflanzungsmedizingesetzes; «Das Bundesamt [...] kann Kontrollen vor Ort durchführen» (Art. 34 der Strukturverbesserungsverordnung; Art. 30 der Verordnung über die sozialen Begleitmassnahmen in der Landwirtschaft; ähnlich auch Art. 7j der Weinverordnung); «...das Bundesamt [...] kontrolliert die Produktionsbetriebe...» Art. 25 Abs. 1 der Futtermittelverordnung; «Bauprodukte können während der Herstellung, der Lagerung, dem Transport oder auf der Baustelle kontrolliert werden» (Art. 13 der Bauprodukteverordnung vom 27. November 2000, [BauPV], SR 933.01); «[Die Kontrollstelle] kann an Ort und Stelle Kontrollen durchführen....», Art. 18 Abs. 2 des Geldwäschereigesetzes.

2.4.2 Zutritt zu Geschäftsräumen

In zahlreichen Fällen ist das Zutrittsrecht ausdrücklich auf Betriebs- und Geschäftsräume oder auf Räume, die der Berufsausübung dienen, beschränkt.

Beispiele: Art. 17 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 (KGTG, SR 444.1): «Zutritt zu Geschäftsräumen und Lagern»; Art. 28 des Kriegsmaterialgesetzes, sowie Art. 10 Abs. 1 des Güterkontrollgesetzes: «Geschäftsräume der auskunftspflichtigen Personen»; Art. 15 des Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung: Fabrikationsanlagen, Warenlager, andere Geschäftsräumlichkeiten; Art. 42a des Alkoholgesetzes: Geschäfts- und Lagerräume; Art. 10 der Fortpflanzungsmedizinverordnung: «Räumlichkeiten und Einrichtungen, die der Berufsausübung dienen».

In einigen Fällen wird das Zutrittsrecht auf Räumlichkeiten beschränkt, die bestimmten Personengruppen dienen, welche einen geschäftlichen Bezug zur fraglichen Materie aufweisen.

Beispiele: Art. 17 des Kulturgütertransfergesetzes: Das Zutrittsrecht gilt für Geschäftsräume und Lager «der im Kunsthandel und im Auktionswesen tätigen Personen». Nach Art. 41 der Schwerverkehrsabgabeverordnung vom 6. März 2000 (SVAV, SR 641.811) können die Behörden Betriebskontrollen namentlich bei Personen durchführen, «die infolge ihrer Tätigkeit für die Veranlagung der Abgabe wesentliche Unterlagen besitzen oder ausstellen oder sonstwie am Vollzug mitwirken»; Art. 73 Abs. 2 des Kernenergiegesetzes: Grundstücke, Gebäude und Anlagen der auskunftspflichtigen Personen.

2.4.3 Zutritt zu Privaträumen

In einigen wenigen Fällen besteht explizit oder implizit auch die Befugnis zum Zutritt zu Privaträumen oder es wird nicht zwischen Privaträumen und Geschäftsräumen unterschieden. So knüpft in manchen Fällen die Zutrittsbefugnis daran, dass sich in einem bestimmten Raum ein Kontrollobjekt befindet.

Beispiel: Nach Art. 11 der Artenschutzverordnung vom 19. August 1981 (ASchV, SR 453) haben die zuständigen Behörden «Zutritt zu allen Räumen, Einrichtungen und Fahrzeugen, welche Tiere, Pflanzen oder Erzeugnisse enthalten, welche zu kontrollieren sind». Art. 34 des Tierschutzgesetzes hält fest: «...Behörden haben Zutritt zu Räumen, Einrichtungen, Fahrzeugen, Gegenständen, Tieren; ...» (ähnlich auch Art. 8 des Tierseuchengesetzes). Nach Art. 33 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) haben die Behörden Zutritt zu Räumen, «in welchen sich Fernmeldeanlagen befinden». Art. 63 des Transplantationsgesetzes^[6] bestimmt: «[Das Bundesamt] kann zur Erfüllung seiner Aufgaben Grundstücke, Betriebe und Räume betreten, sowie Fahrzeuge durchsuchen.»

Diese Beispiele zeigen, dass es sich dabei mehrheitlich um Fälle handelt, in denen das Kontrollobjekt nicht zwingend mit einer gewerbmässigen Betätigung zusammenhängt, so dass der Zutritt nicht auf Geschäftsräume beschränkt werden kann.

Zumindest in einer der untersuchten Bestimmungen werden private Wohnräume ausdrücklich vom Zutrittsrecht ausgenommen.

Beispiel: Das dem Personal des Grenzwachtkorps für die Ausübung des Grenzwachtdienstes übertragene Zutrittsrecht bezieht sich nach Art. 138 Abs. 1 des Zollgesetzes nicht auf «Wohnungen und mit solchen in unmittelbarer Verbindung stehende Einfriedungen».

2.4.4 Besondere Modalitäten, insbesondere zeitliche Restriktionen

In zahlreichen Fällen wird das Zutrittsrecht zeitlich auf die üblichen Geschäfts- oder Arbeitszeiten beschränkt.

Beispiele: «während der üblichen Arbeitszeit» (Art. 28 Abs. 1 des Kriegsmaterialgesetzes; Art. 29 des Waffengesetzes; Art. 32 des Sprengstoffgesetzes; Art. 10 Abs. 1 des Güterkontrollgesetzes; Art. 4 Abs. 1 des Embargogesetzes); «zu den üblichen Arbeitszeiten» (Art. 33 des Fernmeldegesetzes; Art. 15 der Aufzugsverordnung); «sofern es die Umstände erlauben ... während der Geschäftszeiten» (Art. 41 der Schwerverkehrsabgabenverordnung); «während der üblichen Betriebszeit» (Art. 24 Abs. 3 des Lebensmittelgesetzes).

Dem gegenüber wird vereinzelt ausdrücklich vorgesehen, dass bestimmte Inspektionen auch ausserhalb der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten durchgeführt werden können.

Beispiel: Art. 32 Abs. 2 Bst. a der Chemikalienkontrollverordnung vom 3. September 1997 (ChKV, SR 946.202.21): Das Inspektionsteam ist unter bestimmten Voraussetzungen befugt, Grundstücke und Räume auch ausserhalb der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten zu betreten und zu besichtigen.

Oft wird explizit festgehalten, dass die Kontrolle ohne Voranmeldung erfolgen darf oder muss.

Beispiele: Art. 28 Abs. 1 des Kriegsmaterialgesetzes; Art. 29 des Waffengesetzes; Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung; Art. 30 Abs. 2 der Tierarzneimittelverordnung; Art. 32 des Sprengstoffgesetzes; Art. 10 Abs. 1 des Güterkontrollgesetzes; Art. 4 Abs. 1 des Embargogesetzes.

3. Leitplanken für die behördliche Kontrolltätigkeit

Die vorangehende Übersichtsdarstellung zeigt, wie der Gesetzgeber die Kontrolltätigkeit der Behörden in den verschiedenen Sachbereichen ausgestaltet hat. Während die einen Bestimmungen mehr oder weniger weit gehende örtliche, zeitliche oder sachliche Einschränkungen der behördlichen Kontrollbefugnisse vorsehen, sind andere Bestimmungen sehr offen formuliert.

Zwar bildet die Ausformulierung des Kontrollauftrags an die zuständige Behörde im jeweiligen Gesetz (bzw. in der Verordnung) die Leitlinie für deren Handeln. Darüber hinaus hat eine Behörde neben ihrer spezifischen Rechtsgrundlage aber zahlreiche weitere, sich insbesondere aus übergeordnetem Recht - namentlich der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) - ergebende Anforderungen zu beachten. Die konkret geltenden Leitplanken für ihre Kontrolltätigkeit sind sowohl für die jeweilige Behörde als auch für die von einer Kontrolle Betroffenen nur aus dieser Gesamtbetrachtung heraus zu gewinnen. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

3.1 Allgemeine Schranken des behördlichen Handelns

3.1.1 Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

Jedes Verwaltungshandeln hat sich zunächst an den allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen für staatliches Handeln zu orientieren. Erste und wichtigste Rechtsquelle ist dabei die Bundesverfassung, aus der sich namentlich die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts ableiten, welche wesentliche Leitplanken für staatliches Handeln darstellen (Art. 5 BV). Dazu gehören namentlich das Legalitätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsgebot, das Gebot, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss sowie der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht[7].

Weitere Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns sind nach der Bundesverfassung grundrechtlicher Natur. Dies gilt insbesondere für das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürverbot und den Vertrauensschutz (Art. 9 BV) sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

3.1.2 Grundrechtsbindung der Behörden (Art. 35 BV)

Art. 35 BV verankert den Grundsatz der Grundrechtsbindung der Behörden: Diese müssen die Grundrechte bei all ihrem Handeln beachten. Die Behörden sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht nur den verfassungsmässigen Grundrechten sondern auch den entsprechenden Rechten der EMRK verpflichtet. Grundrechte dürfen nur unter folgenden Voraussetzungen beschränkt werden (Art. 36 BV): Die Einschränkung muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, das öffentliche Interesse für die Einschränkung muss gegeben sein, die Einschränkung muss verhältnismässig sein und der Kerngehalt des Grundrechts muss respektiert werden.

Einer gesetzlichen Grundlage auf Stufe des formellen Gesetzes bedarf es bei schwerwiegenden Eingriffen in ein Freiheitsrecht. Bei weniger schweren Eingriffen genügt eine Regelung auf Verordnungsstufe. Die gesetzliche Grundlage muss zudem inhaltlich genügend bestimmt sein, so dass die Tragweite einer potentiellen Grundrechtsbeschränkung für die Betroffenen absehbar ist. Eine Vornahme von Kontrollen ohne gesetzliche Grundlage wäre also nicht rechtmässig. Ob die oben unter Ziff. 2 dargestellten gesetzlichen Grundlagen diesen Anforderungen genügen, wäre jeweils für den einzelnen Sachbereich zu überprüfen.

Im öffentlichen Interesse liegt all das, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen. Insbesondere hat der Staat bei seinem Handeln polizeiliche Interessen wie öffentliche Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu berücksichtigen. Der Schutz dieser Polizeigüter ist denn auch das wichtigste Motiv für die staatliche Kontrolltätigkeit. Ein öffentliches Interesse am Erreichen der Zielsetzungen eines bestimmten Bundesgesetzes (eine Kontrolle ist letztlich nichts anderes als ein vom Gesetzgeber hierfür gewähltes Hilfsmittel) dürfte für die untersuchten Bestimmungen durchwegs gegeben sein.

Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Eingriff in ein Freiheitsrecht in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht nicht weiter gehen darf, als es das öffentliche Interesse erfordert. Der Eingriff muss in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum gesetzlichen Ziel, das zu erreichen ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst drei Elemente, die kumulativ gegeben sein müssen: Die Eignung der Massnahme, die Erforderlichkeit der Massnahme sowie die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung. Aus der Übersichtsdarstellung (Ziff. 2 oben) wird deutlich, dass das Gesetz in vielen Fällen Regelungen vorsieht, welche die Verhältnismässigkeit der Kontrollen (oder anderen Vollzugshandlungen) gewährleisten sollen. Der Gesetzgeber nimmt also die Verhältnismässigkeitsprüfung teilweise - soweit sie von ihm ex ante generell-abstrakt beurteilbar ist - vorweg. Die Verhältnismässigkeit einer behördlichen Massnahme ist indessen immer auch im Einzelfall zu beurteilen, insbesondere dort wo entsprechende Vorgaben eines Spezial- oder Verfahrensgesetzes fehlen.

Schliesslich darf der Kerngehalt eines Grundrechts nicht beeinträchtigt werden, das heisst, dieses darf weder völlig unterdrückt noch seines Gehalts als Institution der Rechtsordnung entleert werden. Eine Verletzung des Kerngehalts eines der potentiell betroffenen Grundrechte ist bei keiner der untersuchten Bestimmungen offensichtlich geworden.

3.2 Verfahrensrecht

Den Verfahrensgesetzen kommt in mehrfacher Hinsicht besonderes Gewicht zu. Als Leitplanken und Orientierungshilfen für die handelnden Behörden dienen sie nicht nur dem Schutz der Rechte der von behördlicher Tätigkeit betroffenen Personen, sondern auch dem rationalen Vollzug von Erlassen. Sie konkretisieren die vorstehend erwähnten Grundsätze und setzen sie in Vorgaben um, die das behördliche Vorgehen zu beachten hat. Das Verfahrensrecht - zu nennen sind im hier behandelten Zusammenhang namentlich das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) sowie das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) - dient darüber hinaus auch dazu, einen Ausgleich zwischen den oft divergenten Interessen von Staat und Privaten herzustellen[8]. Dabei gilt ganz allgemein, dass die Notwendigkeit, ein behördliches Handeln klaren Verfahrensregeln bzw. einem kodifizierten Verfahrensgesetz zu unterstellen jeweils umso grösser ist, je stärker dieses Handeln in grundrechtlich geschützte Positionen Privater eingreift.

Nicht jedes behördliche Handeln ist indessen verfahrensgesetzlich geregelt. Das «einfache», «schlichte» oder «tatsächliche» Verwaltungshandeln umfasst im Wesentlichen alle Tätigkeiten, die nicht den Erlass einer Verfügung, ein gegebenenfalls gestützt darauf angehobenes Beschwerdeverfahren, den Entscheid über andere Rechtsstreitigkeiten oder Verwaltungsstrafuntersuchungen zum Gegenstand haben[9] und die damit nicht in den Geltungsbereich eines der vorstehend erwähnten Verfahrensgesetze fallen. Dazu gehören auch die gemeinhin als Realakte[10] («actes matériels»[11]) bezeichneten behördlichen Handlungen, mit denen nicht «bloss» eine rechtliche Gestaltung, sondern ein unmittelbares, tatsächliches Ergebnis angestrebt wird. Gegenüber dem verfahrensgesetzlich geleiteten behördlichen Handeln fällt also ein beträchtlicher Teil der Verwaltungstätigkeit in diese Kategorie.

Beispiel Transplantationsgesetz: Dem tatsächlichen Verwaltungshandeln sind etwa die verwaltungsinterne Dossierführung, die Evaluation der Wirksamkeit des Gesetzes oder die Durchführung periodischer Inspektionen zuzurechnen (vgl. Ziff. 4.1 unten).

Das Durchführen von Kontrollen an und für sich gehört zumindest dann zum Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns, wenn die Kontrolle nicht eindeutig einen Schritt im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung darstellt. Kontrollhandlungen (wie z. B. der Zutritt zu einem bestimmten Ort), die man per se als tatsächliches Verwaltungshandeln betrachten kann, können Bestandteil eines «Aufsichtsverfahrens» sein, das die Behörde mit der Absicht durchführt, eine auf das Kontrollergebnis gestützte Verfügung

zu erlassen (etwa, wenn es darum geht, eine Bewilligung zu erteilen oder zu entziehen). In diesem Fall ist das Verwaltungsverfahrensgesetz auch auf die Durchführung der Kontrolle bzw. die einzelnen Kontrollhandlungen anwendbar[12].

Beide Arten des Verwaltungshandelns, das tatsächliche und das verfahrensgeleitete, liegen oft nahe beieinander und gehen - bisweilen nahtlos - ineinander über. Denn oft ist es die gleiche Bundesverwaltungsbehörde, die im jeweiligen Sachgebiet einfache Verwaltungstätigkeit (beispielsweise eben eine Kontrolltätigkeit) ausübt, Verfügungen erlässt und sogar auch Verwaltungstraftuntersuchungen führen kann. Im Folgenden geht es darum, aufzuzeigen, welche verfahrensrechtlichen Leitplanken sich für die behördliche Kontrolltätigkeit aus den Verfahrensgesetzen oder aus anderen Quellen ergeben.

3.2.1 Verfahrensgesetzlich geleitetes Verwaltungshandeln

Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt den Erlass von Verfügungen durch Bundesbehörden sowie das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren. Die Verfügung begründet oder ändert ein bestimmtes Rechtsverhältnis oder hebt es auf (Art. 5 VwVG). Das VwVG regelt die Parteirechte, insbesondere das rechtliche Gehör im Verfahren. Es verpflichtet die Behörden, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und listet die zugelassenen Beweismittel auf: Urkunden, Parteiauskünfte, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenschein, Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 VwVG). Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG). Wichtige Verfahrensschritte sind als Zwischenverfügungen selbständig anfechtbar (Art. 45 VwVG). Eigentliche Zwangsmittel werden für die Vollstreckung von rechtskräftigen Verfügungen vorgesehen, namentlich Schuldbetreibung, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang oder Strafverfolgung (Art. 39 ff. VwVG). Art. 42 VwVG verpflichtet die Behörde dabei ausdrücklich, kein schärferes Mittel anzuwenden, als es die Verhältnisse erfordern. Zur Durchsetzung einer Verfügung kann zudem Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) zur Anwendung kommen: Danach wird mit Haft oder mit Busse bestraft, wer einer unter Hinweis auf die Strafdrohung an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.

Das Verwaltungsstrafrechtsgesetz (VStrR) findet Anwendung, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen strafrechtliche Bestimmungen in Verwaltungsgesetzen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist (Art. 1 VStrR). Es stellt der Verwaltung ein vollwertiges Untersuchungsinstrumentarium zur Verfügung. Die Schaffung dieses besonderen Instruments der Strafverfolgung war darin begründet, dass die Komplexität der Verwaltungsgesetzgebung bei den Strafverfolgungsbehörden besondere Sachkenntnis und Erfahrung voraussetzt, die in vielen Fällen bei den ordentlichen Strafverfolgungsbehörden nicht in genügendem Ausmass vorhanden wäre. Zum Schutz der Rechte der betroffenen Privaten sieht das Gesetz ähnliche verfahrensmässige Vorkehrungen vor, wie sie im Strafverfahren üblich sind[13]. Das VStrR regelt in Art. 45 ff. die Anwendung von Zwangsmassnahmen (insbesondere Durchsuchung der Wohnung, Beschlagnahme von belastendem Material, Festnahme) sowie die Rechte Betroffener.

Für die vorliegende Untersuchung ist das Verwaltungsstrafrecht von besonderer Bedeutung. Die Kontrolltätigkeit bewegt sich oftmals im Bereich eigentlicher Vorermittlungen, namentlich wenn ein Verdacht Auslöser einer Kontrolltätigkeit ist. Die zuständigen Behörden orientieren sich daher - gerade bei Kontrollen vor Ort - in der Regel an den Vorschriften des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes, auch wenn ihre Tätigkeit formell (noch) nicht in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fällt. Einzelne Spezialgesetze sehen im Rahmen der Regelung der Durchführung von Kontroll- oder Untersuchungsmassnahmen denn auch ausdrücklich eine sinngemässe (Art. 42 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995, KG SR 251) oder unmittelbare (Art. 138 Abs. 2 des Zollgesetzes) Anwendung einzelner Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes vor.

Art. 48 VStrR regelt die Durchsuchung von Personen und Wohnungen und verlangt als Voraussetzung das Vorliegen eines schriftlichen Befehls des Direktors oder Chefs der zuständigen Verwaltungseinheit. Festnahmen sind nur mit einem Haftbefehl des zuständigen kantonalen Gerichts zulässig (Art. 53 VStrR).

Die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes, welche Zwangsmassnahmen zum Gegenstand haben, sind relativ offen formuliert. Dies liegt an der Vielfalt von möglichen relevanten (Lebens-)Sachverhalten und -umständen, auf die solche Zwangsmassnahmen zugeschnitten sein müssen. Art. 45 Abs.1 VStrR verankert aber das Verhältnismässigkeitsprinzip verfahrensgesetzlich und hält fest, dass in solchen Fällen mit «der dem Betroffenen und seinem Eigentum gebührenden Schonung» zu verfahren ist. Weitere Bestimmungen konkretisieren das Verhältnismässigkeitsprinzip in Teilbereichen, so z. B. Art. 50 VStrR für die Durchsuchung von Papieren[14]. Die untersuchende Behörde ist also stets verpflichtet, zu überprüfen, ob eine bestimmte in Aussicht genommene Zwangsmassnahme im konkreten Einzelfall tatsächlich verhältnismässig ist oder nicht.

3.2.2 Tatsächliches Verwaltungshandeln

Wie oben bereits erläutert, sind gewisse Teile der Verwaltungstätigkeit nicht durch Verfahrensgesetze geregelt (Ziff. 3.2). Das bedeutet indessen nicht, dass für diesen Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns keinerlei Verfahrensregeln gelten würden. Diese sind aber nicht kodifiziert, sondern müssen von den jeweiligen Behörden situationsgerecht aus der einschlägigen Spezialgesetzgebung, aus den allgemeinen Grundsätzen oder aus der analogen Anwendung von Verfahrensgesetzen gewonnen werden. Im Folgenden wird darauf noch detaillierter eingegangen (vgl. Ziff. 3.4 unten).

3.3 Weitere Mechanismen der Lenkung und Beschränkung des behördlichen Handelns

Im weiteren Zusammenhang mit den hier behandelten Fragen sei auch noch summarisch auf die vermögens-, disziplinar- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Behörden hingewiesen, die in gewisser Hinsicht im beschränkenden Sinn auf das Verhalten des Behördenpersonals einwirkt.

Art. 146 BV verankert die Staatshaftung des Bundes, welche im Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) konkretisiert wird. Verursachen Organe des Bundes in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich Schäden, so haftet der Bund. Nach Art. 7 des Verantwortlichkeitsgesetzes kann der Bund, falls er Ersatz leisten muss, auf Mitarbeiter Rückgriff nehmen, die den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet haben.

Die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des Bundespersonals, die rein verwaltungsinterner Natur ist, richtet sich insbesondere nach dem Bundespersonalrecht. Gegen Angestellte des Bundes können verschiedene Disziplinar massnahmen verhängt werden (Verwarnung, Verweis, Änderung des Aufgabenkreises; in schwereren Fällen auch Lohnkürzungen, Bussen sowie Änderung von Arbeitszeit oder -ort; Art. 99 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV], SR 172.220.111.3).

Auch das Strafrecht setzt der Tätigkeit des Behördenpersonals bestimmte Grenzen. Zu nennen sind namentlich das

Amtsmissbrauchsverbot (Art. 312 StGB) und die Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB).

Zu erwähnen sind auch noch verschiedene Erlasse, insbesondere Organisations-, Verwaltungsverordnungen und Weisungen der Departemente und Ämter, welche die Aufgaben der einzelnen Behörden und die Art und Weise ihrer Erfüllung näher regeln.

3.4 Spezifische Schranken bei der Vornahme von Kontrollen vor Ort

3.4.1 Grundrechte, insbesondere Schutz der Unverletzlichkeit von Wohn- und Geschäftsräumen

Behördliche Kontrollen vor Ort tangieren in erster Linie unmittelbar den in Art. 13 BV[15] verankerten Schutz der Privatsphäre. Darin eingeschlossen sind die Achtung des Privat- und Familienlebens, die Unverletzlichkeit der Wohnung, der Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs sowie der Datenschutz[16]. Inhalt und Schutzbereich von Art. 13 BV entsprechen im Wesentlichen denjenigen von Art. 8 Abs. 1 EMRK[17], von Art. 7 des Entwurfs der Charta der Grundrechte der Europäischen Union[18] sowie Art. 17 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte[19] (UNO-Pakt II, SR 0.103.2).

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine behördliche Kontrolle unter bestimmten Voraussetzungen auch andere Grundrechte wie das Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV)[20] tangiert; namentlich dann, wenn Personen im Rahmen von Kontrolltätigkeiten festgehalten werden oder wenn mit physischer Gewalt gegen sie vorgegangen wird. Solche Fälle stellen jedoch - sowohl quantitativ wie auch im Hinblick auf die im vorliegenden Bericht im Vordergrund stehenden Fragestellungen - Ausnahmen dar, weshalb auf diese Grundrechte hier nicht näher eingegangen wird.

Darüber hinaus können sich im vorliegenden Zusammenhang auch Fragen aus der Perspektive einer Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) oder der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) stellen. Diese scheinen indessen für die hier zu untersuchende Problematik nicht von wesentlicher Bedeutung.

Die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung bezweckt die Sicherung eines räumlichen Bereichs des Menschen, in dem er sein Privatleben unbehelligt gestalten kann und der deshalb dem unerbetenen Zutritt oder Eindringen Fremder grundsätzlich entzogen sein muss[21]. Das Grundrecht richtet sich in seiner geschichtlich erhärteten, klassischen Funktion konkret gegen unbefugtes polizeiliches oder militärisches Eindringen in die Wohnung mit dem Ziel, beliebige Informationen, Gegenstände oder Personen ausfindig zu machen. Es bietet namentlich Schutz gegen Hausdurchsuchungen ohne richterliche Anordnung oder aufgrund einer blossen Blankoermächtigung[22].

Schutzgut des Grundrechts sind die persönliche Sicherheit und Freiheit des Menschen in ihrer räumlichen Ausprägung. Die wirtschaftlichen oder Eigentümerinteressen werden grundsätzlich von der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) bzw. der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) erfasst. Bei der Unverletzlichkeit der Wohnung geht es nicht darum, den Schutz dieser Grundrechte zu duplizieren[23].

Nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) erfasst Art. 8 EMRK grundsätzlich auch die Berufs- und Geschäftsräume. Bei diesen Räumlichkeiten geht jedoch die Schutzintensität weniger weit. Bei Lokaltäten, die ausschliesslich einer Berufs- oder Geschäftstätigkeit dienen, kann die Eingriffsbefugnis des Staates weiter gehen als bei Räumen, die für das private Leben bestimmt sind[24]. Dieser Linie folgt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts[25]. In geringerem Ausmass geschützt sind also eigentliche Geschäftsräume (z. B. Apotheken, Lebensmittelgeschäfte u.a.), Büros (etwa einer Liegenschaftsverwaltung) und andere Lokaltäten (wie Arzt- und Anwaltspraxen), die grundsätzlich allein der Berufsausübung dienen, oder auch Produktionsstätten (Fabrikhallen, Montageanlagen, Werkhöfe). Geschäftsräume fallen insbesondere dann unter den Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung, wenn die Räume der Berufs- und Geschäftstätigkeit eng mit dem Privatbereich verbunden sind. Als Beispiele dafür sind die Räumlichkeiten eines Psychotherapeuten, der den Beruf in seiner Privatwohnung ausübt oder das in den Wohnbereich integrierte Atelier einer Töpferin oder Architektin zu erwähnen[26].

Fahrzeuge können nicht schlechthin als Raum privater Lebensgestaltung gelten, da sie kaum dieselbe räumliche und zeitliche Stabilität wie eine Wohnung aufweisen. Sie dienen primär als Mittel der raschen Fortbewegung auf der Strasse. Für eine weitergehende Kontrollbefugnis bei Fahrzeugen sprechen neben Sicherheitsanliegen auch andere öffentliche Interessen: Die hohe Mobilität des Autos macht es verdächtigen oder gesuchten Personen leicht, sich selbst oder belastende Sachen dem Zugriff der polizeilichen oder gerichtlichen Behörden zu entziehen[27].

3.4.2 Verfahrensregeln

Im Folgenden wird skizziert, welchen Schranken die Vornahme von Kontrollen vor Ort insbesondere in denjenigen Fällen unterliegt, in denen die Kontrolle nicht verfahrensgesetzlich geleitet ist.

Soweit die hier untersuchten Bestimmungen betroffen sind, muss bei der Beurteilung der verfahrensmässigen Sicherungen gegen Grundrechtseingriffe (vgl. Ziff. 3.1 und 3.2 oben) durch behördliche Kontrollen auf zwei Punkte nicht näher eingegangen werden: Ein öffentliches Interesse kann, soweit Polizeigüter geschützt werden bzw. Kontrollbefugnisse gesetzlich vorgesehen sind, regelmässig als gegeben betrachtet werden. Zudem lässt sich auch festhalten, dass keine der aufgefundenen Bestimmungen offensichtlich den Kerngehalt eines potentiell betroffenen Grundrechts verletzt.

3.4.2.1 Gesetzliche Grundlage der Kontrollbefugnis

Die eingangs unter Ziff. 2 dargestellten Kontroll- und Massnahmenbefugnisse von Bundesverwaltungsbehörden liefern der ausführenden Behörde eine gesetzliche Grundlage, welche die Beschränkung von Grundrechten erlaubt. Der Gesetzgeber hat eine Interessenabwägung vorgenommen und in bestimmten Fällen ein Recht für die zuständigen Behörden vorgesehen, in Grundrechtspositionen bestimmter Privater einzugreifen. Für den Zutritt zu Wohn- oder Geschäftsräumen zum Zweck bestimmter behördlicher Kontrollen ist daher nach Auffassung von Lehre und Praxis die Voraussetzung der Genehmigung durch den Richter nicht erforderlich[28].

Ob die einzelnen Bestimmungen hinreichend konkret sind, wäre jeweils unter Berücksichtigung der Gegebenheiten im betreffenden Sachbereich vertieft zu prüfen, denn die Schranken für Zweck und Umfang der Kontrollbefugnis ergeben sich vielfach aus dem Gesamtzusammenhang der einschlägigen Gesetzgebung[29].

Bei einzelnen Bestimmungen auf Verordnungsstufe, die als schwer zu qualifizierende Eingriffe vorsehen (z. B. Zutritt zu privaten Räumen), wäre allenfalls im Einzelfall zu prüfen, ob nicht eine formellgesetzliche Grundlage erforderlich wäre.

Bei den Eingriffen in Wohn- oder Geschäftsräume sind zudem auch die gegebenenfalls betroffenen Berufsgeheimnisse (Arzt-, Anwalts-, Beichtgeheimnis etc.) zu beachten. Sie vermitteln einen zusätzlichen, spezifischen Schutz[30].

3.4.2.2 Verhältnismässigkeit der Kontrollmassnahmen

Die Kontrollbehörden verfügen in der Regel über einen recht grossen Ermessensspielraum, wenn sie im konkreten Einzelfall das Vorgehen bei einer Kontrolle festzulegen haben. In vielen Fällen positivieren aber die spezialgesetzlichen Regelungen einzelne Aspekte der Verhältnismässigkeit und beschränken dadurch das behördliche Ermessen. Das Zutrittsrecht beispielsweise wird fast immer vorgesehen; sehr oft wird seine Formulierung im Gesetz aber mit restriktiven Modalitäten verbunden (vgl. Ziff. 2.4 oben). Örtlich ist es häufig beschränkt auf Geschäftsräume und bestimmte Anlagen. Ein Zutritt zu Privaträumen wird nur in vergleichsweise wenigen Fällen - explizit oder implizit - vorgesehen. Zeitlich wird der Zutritt oft auf die üblichen Arbeits- bzw. Geschäftszeiten beschränkt. Sachlich ist die Kontrolle durch die gesetzliche Regelung der fraglichen Tätigkeit bzw. die Umschreibung des Kontrollobjekts beschränkt.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist seitens der zuständigen Behörden insbesondere auch bezüglich der Intensität der Kontrolle zu beachten. Ein gesetzlich vorgesehenes Recht, gewisse Räume zu betreten und dort bestimmte Kontrollen vorzunehmen, kann beispielsweise nicht ohne weiteres mit der Befugnis zur umfassenden Durchsuchung dieser Räumlichkeiten gleichgesetzt werden.

3.4.2.3 Durchsetzungsmassnahmen, insbesondere Anwendung von Zwangsmitteln

Die überwiegende Mehrheit aller Kontrollen können, soweit ersichtlich, im gegenseitigen Einvernehmen zwischen den Kontrollierenden und den Kontrollierten abgewickelt werden. Was passiert aber in Fällen, bei denen es zu Widerstand gegen die Durchführung einer Kontrollmassnahme kommt?

Soweit die Behörde mit gerichtspolizeilichen Kompetenzen ausgestattet ist, kann sie die Durchführung der Kontrolle notfalls mit Hilfe der Polizei durchsetzen (vgl. Art. 20 Abs. 2 VStrR); dasselbe gilt, wenn die kontrollierende Behörde aufgrund spezialgesetzlicher Ermächtigung ausdrücklich zum Beizug der Polizei oder zur Anwendung von Polizeigewalt befugt ist.

Die Polizei kann dabei Zwangsmittel anwenden, z. B. Gewalt gegen Personen (Durchsuchung, Festnahme) oder gegen Sachen (Aufbrechen von versperrten Zugängen oder Behältnissen, Durchsuchung, Sicherstellung oder Beschlagnahmung).

Anders ist die Situation, wenn die Behörde zur Mithilfe bei der Durchführung der Kontrolle zwar Polizeiorgane aufbietet, es aber an einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zur Ausübung polizeilichen Zwangs fehlt. Hier herrscht offenbar in der Praxis eine gewisse Unsicherheit, die oft dazu führt, dass in solchen Fällen vorläufig auf eine zwangsmässige Durchsetzung der Kontrolle verzichtet wird.

In diesen Fällen ist - zumal wenn fortgesetzt Widerstand geleistet wird oder wenn die Kontrolle sofort durchgeführt werden muss - denkbar, dass die Kontroll- bzw. Zwangsmassnahmen in der Form von (Zwischen-)Verfügungen nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz angeordnet werden (vgl. insbesondere Art. 34 Abs. 2 sowie auch Art. 3 Bst. f VwVG). Das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht vor, dass die Behörde zur Vollstreckung von Verfügungen zu Zwangsmitteln greifen kann (Art. 41 VwVG). Zu nennen sind insbesondere die Ausübung von unmittelbarem Zwang gegen Personen und Sachen sowie die Strafverfolgung nach Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen eine behördliche Verfügung).

Zu erwähnen ist weiter der in Art. 19 Abs. 3 VStrR geregelte Fall: Werden die kontrollierenden Organe der Bundesverwaltung oder die allenfalls mitwirkende Polizei Zeugen einer Widerhandlung oder kommen sie unmittelbar nach der Tat zum Ort der Widerhandlung, ist die Durchsetzung von Zwangsmassnahmen wie Festnahme, Beschlagnahmung und Hausdurchsuchung zulässig, wenn Gefahr im Verzug ist.

Schliesslich kann die Behörde, wenn die entsprechenden Voraussetzungen (insbesondere Vorliegen einer schweren und unmittelbar drohenden Gefahr) gegeben sind, Massnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ergreifen, auch wenn keine besondere gesetzliche Grundlage besteht[31].

3.4.2.4 Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

Die Durchführung einer Kontrolle kann in der Regel nicht vorgängig angefochten werden, es sei denn, die Behörde erlasse ausnahmsweise vor der Durchführung eine entsprechende Verfügung. Dies ist in der Praxis jedoch kaum je der Fall und wird auch von den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen nicht vorgesehen. Im Gegenteil: Zahlreiche Bestimmungen sehen vor, dass Kontrollen unangekündigt durchzuführen sind.

Eine direkte Anfechtung der Kontrolle ist auch ex post nicht in jedem Fall möglich, da das Verwaltungsverfahrensgesetz als Anfechtungsobjekt eine Verfügung voraussetzt. Wie bereits erwähnt, kann die Kontrolle bzw. eine bestimmte Kontrollmassnahme in bestimmten Fällen als Verfügung bzw. Zwischenverfügung betrachtet werden (vgl. Ziff. 3.2 und 3.4.2.3 oben). In den übrigen Fällen kann die betroffene Person von der Behörde eine Verfügung verlangen (Feststellungsverfügung), die dann angefochten werden kann. Ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht dann, wenn die betroffene Person daran ein schützenswertes Interesse hat[32]. Im Rahmen der laufenden Revision der Bundesrechtspflege soll zudem ein neuer Art. 25a VwVG den bisherigen Rechtsschutz ausdehnen bzw. vereinfachen[33]: Er soll nicht mehr nur an das Handeln in Verfügungsform anknüpfen, sondern auch an staatliche Handlungsformen, mit denen nicht «bloss» eine rechtliche Gestaltung, sondern ein unmittelbares, tatsächliches Ergebnis angestrebt wird (sog. Realakte; vgl. Ziff. 3.1.3). Damit würde eine direkte Anfechtung behördlicher Kontrollen möglich.

Die betroffenen Personen sind also gehalten, die Kontrolle zu dulden. Gegen einzelne allenfalls von den Behörden im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens getroffene Massnahmen kann die betroffene Person direkt vorgehen. So kann sie etwa gegen eine eigentliche Durchsuchung Einsprache erheben. Diesfalls werden die Papiere versiegelt und verwahrt, und die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheidet über die Zulässigkeit der Durchsuchung (vgl. Art. 50 Abs. 3 VStrR).

Betrachtet die betroffene Person die entsprechenden tatbestandsmässigen Voraussetzungen als erfüllt, kann sie auch im Verfahren gemäss Art. 10 Verantwortlichkeitsgesetz Forderungen gegen den Bund geltend machen oder Strafanzeige (z. B. wegen Amtsmissbrauch, Art. 312 StGB) erstatten.

Die Betroffenen können sich zudem mit dem Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde an die zuständige Aufsichtsinstanz - in der Regel die übergeordnete Verwaltungsbehörde der für die Kontrolle zuständigen Behörde - wenden (d. h. in der Regel das zuständige Departement). Die Aufsichtsbehörde ist aber grundsätzlich nicht verpflichtet, die Aufsichtsbeschwerde materiell zu behandeln.

Ebenfalls möglich ist es schliesslich, an die Bundesversammlung als Oberaufsichtsbehörde zu gelangen. Die Geschäftsprüfungskommissionen können auf solche Eingaben hin, die ebenfalls den Charakter von Aufsichtsbeschwerden haben, Untersuchungen durchführen und gestützt darauf Empfehlungen aussprechen.

4. Beispiel Transplantationsgesetz

Der vorliegende Bericht ist durch Fragen ausgelöst worden, die in den parlamentarischen Beratungen zum Transplantationsgesetz[34] aufgeworfen worden waren (vgl. Ziff. 1 oben). Daher sollen die vorangehenden Erläuterungen an dieser Stelle kurz anhand dieses praktischen Beispiels illustriert werden.

4.1 Verschiedene Verfahrenswege

In verschiedenen Fällen sieht das Transplantationsgesetz den Erlass von Verfügungen vor (z. B. Aufnahme in eine Warteliste, Verfügung über die Zuteilung von Organen, Bewilligung für Lagerung sowie Ein- und Ausfuhr, Anordnung von Massnahmen nach Art. 65 TPG). Die von diesen Verfügungen Betroffenen können als Parteien ihre Interessen im Rahmen der im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Rechte geltend machen. Auch der Ablauf eines allenfalls nachfolgenden Verwaltungsbeschwerdeverfahrens ist verfahrensgesetzlich geregelt.

Ist eine strafrechtlich sanktionierte Widerhandlung gegen Bestimmungen des Transplantationsgesetzes zu untersuchen (vgl. Art. 69 TPG), so sind die kantonalen Strafverfolgungsbehörden dafür zuständig (Art. 71 TPG). Sie gehen dabei nach den Vorschriften ihrer jeweiligen kantonalen Strafprozessordnungen vor.

Alle übrigen verwaltungsrechtlich relevanten Tätigkeiten, die sich nicht auf die genannten kodifizierten Verfahrensrechte stützen können (das Spektrum reicht etwa von der verwaltungsinternen Dossierführung über die Evaluation der Wirksamkeit des TPG bis zur Durchführung von periodischen Inspektionen), sind im Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns angesiedelt.

4.2 Kontrollen

Art. 63 des Transplantationsgesetzes sieht vor, dass das Bundesamt - u.a. mittels periodischer Inspektionen - kontrolliert, ob die Vorschriften dieses Gesetzes eingehalten werden. Es kann dabei «Grundstücke, Betriebe und Räume betreten, sowie Fahrzeuge durchsuchen». Die Kontrollierten haben eine Mitwirkungspflicht (Art. 64 TPG): Sie müssen dem Bundesamt bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unentgeltlich behilflich sein und insbesondere Probeentnahmen gestatten, Auskünfte erteilen sowie Einblick in die Unterlagen und Zutritt zu den Räumlichkeiten gewähren.

Somit umreisst das Gesetz die Instrumente, die der Behörde zur Verfügung stehen, wie auch die Pflichten der von der Kontrolle Betroffenen. Das Vorgehen der Behörde bei der Kontrolle wird durch die Ausgangslage bestimmt werden: Handelt es sich um eine Routinekontrolle, wird sich die Behörde darauf beschränken, den Ort der Kontrolle - ein Spital, einen Betrieb, der Transplantate produziert, oder ein Forschungslabor - zu betreten, vor Ort einen Augenschein vorzunehmen und von der verantwortlichen Person des Betriebs, die im Normalfall bei der Kontrolle anwesend ist, Auskünfte verlangen[35]. Darüber hinaus wird sie auch Einsicht in gewisse Geschäftsunterlagen nehmen. Diese Einsicht darf nur so weit gehen, als die gesuchten Angaben für die Kontrolle von Bedeutung sind[36].

Eine etwas schärfere Massnahme stellt dagegen die Entnahme von Proben dar. Sie erfolgt in der Regel nur bei Verdacht[37], der natürlich auch im Laufe der Kontrolltätigkeit entstehen kann. Die Behörde muss sich hier zwar eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, kann aber diese Massnahme gestützt auf das Gesetz ergreifen, wenn sie sie als notwendig erachtet.

Kontrollen von Fahrzeugen durch das Bundesamt sind wohl in erster Linie denkbar, wenn es sich um Geschäftsfahrzeuge handelt und etwa deren Eignung für den Transport von Organen oder Transplantaten kontrolliert werden soll. Auch hier wird sich die Kontrolle auf einen Augenschein, das Verlangen von Auskünften und allenfalls die Einsicht in Papiere, die sich auf ein solches Fahrzeug beziehen, beschränken. Diese Tätigkeiten sind direkt gestützt auf das Gesetz möglich.

Dass das Bundesamt Kontrollen privater Räume vornimmt, ist dagegen wohl eher in Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen privaten Räumen und Geschäftsräumen besteht. Das Gesetz beschränkt die zur Erfüllung der Kontrollaufgaben vorgesehene Zutrittsbefugnis zwar nicht auf Geschäftsräume. Im Parlament wurde denn auch die Ansicht geäussert, dass es durchaus notwendig sein könnte und zulässig wäre, Kontrollen bei Privaten in deren rein privaten Räumlichkeiten vorzunehmen[38]. Praktisch dürfte aber die dort diskutierte Situation kaum je eintreten: Wenn gegen einen Privaten der Verdacht besteht, dass er mit Organen handelt, so wäre dies ein Vergehen nach Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Transplantationsgesetzes. Wenn die Behörde nun die privaten Räume des Betroffenen daraufhin kontrollieren will, ob dieser dort illegal Organe lagert, bewegt sie sich im Bereich der Vorermittlung. Das Transplantationsgesetz überträgt dem Bundesamt aber ganz klar nicht die Verfolgung von Widerhandlungen; diese ist nach Art. 71 Abs. 1 TPG Sache der zuständigen kantonalen Behörden. Daher wird das Bundesamt in solchen Situationen den Fall ohnehin an diese weiterleiten - bzw. Anzeige erstatten - müssen. Die kantonale Strafverfolgungsbehörde muss dann, wenn sie ein Verfahren eröffnet, gemäss dem kantonalen Strafprozessrecht vorgehen, d. h. für die Durchführung einer Kontrolle müsste in der Regel ein richterlicher Durchsuchungsbefehl erlangt werden. In der Praxis dürfte der zuständige Untersuchungsrichter die Fachleute des Bundesamtes zur Unterstützung bei einer solchen Untersuchung beziehen.

Anhand dieses Beispiels zeigt sich aber auch, dass die Abgrenzung von Kontrolltätigkeit und Strafverfolgung nicht abstrakt und allgemeingültig vorgenommen werden kann, da die Kontrolltätigkeit gerade im Falle des Transplantationsgesetzes ganz generell auch dazu dient, Hinweise auf mögliche strafbare Handlungen zu erhalten. Geht es aber um die Kontrolle von rein privaten

Räumen, hat die Eröffnung eines Strafverfahrens sicher zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zu erfolgen. Dies gebietet der grundrechtliche Schutz für private Räumlichkeiten, der gegenüber dem Schutz von Geschäftsräumen klar höher ist (vgl. Ziff. 3.4.1 oben). Geht es dagegen um die Kontrolle von Geschäftsräumen oder Betrieben (einschliesslich «geschäftsnaher» Privaträume), so ist der Ermessensspielraum für die Behörde bedeutend grösser zu veranschlagen. Auch dann, wenn die Kontrolle auf gewisse Anzeichen oder Hinweise auf mögliche Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen der Art. 69 und 70 TPG hin stattfindet, kann sie in der Regel durch das Bundesamt durchgeführt werden. Der richtige Zeitpunkt für die Eröffnung eines Strafverfahrens ist also jeweils nach den Umständen im Einzelfall festzulegen.

5. Überlegungen de lege ferenda

5.1 Beurteilung des Regelungsbedarfes

Die mit dem Vollzug des Bundesrechts betrauten Einheiten der Bundesverwaltung führen jährlich eine beträchtliche Anzahl von Kontrollen der verschiedensten Art - zu denken ist namentlich an die Bereiche Zoll (Grenzkontrolle) oder Steuern - und unter verschiedensten Umständen durch. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle laufen diese Kontrollen mehr oder weniger einvernehmlich und unter mehr oder weniger grosser Kooperation der Betroffenen ab. Dies rührt nicht zuletzt daher, dass sich die Betroffenen regelmässig bewusst sind, dass sie sich in einem Bereich bewegen, der - entweder aufgrund besonderer Risiken oder Gefahrenpotentiale oder aufgrund anderer öffentlicher (namentlich fiskalischer) Interessen - einer staatlichen Aufsicht unterstellt ist. Sie sind sich über die Kontrollbefugnisse der Behörden bereits im Klaren, wenn diese tatsächlich Kontrollen durchführen.

Darüber hinaus dürfte auch die Zahl der von der Bundesverwaltung aufgrund der Ergebnisse einer Kontrolle durchgeführten Verwaltungsstrafverfahren (von der einfachen Zoll- und Steuerübertretung bis zum komplexen Leistungs- und Abgabebetrug) in die Tausende gehen.

Zahlreiche stichprobenweise Anfragen bei Verwaltungsstellen, die mit Kontrollaufgaben betraut sind, haben ergeben, dass zwar oft eine behördlich angeordnete Korrekturmassnahme oder Sanktion angefochten wird, fast nie aber die Durchführung der Kontrolle an sich oder die Art und Weise ihrer Durchführung. Dieser Befund wird durch die Tatsache gestützt, dass die diesbezügliche Rechtsprechung sehr spärlich ist.

Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Kontrolltätigkeit in der Regel von erfahrenen Spezialisten ausgeübt wird, die für die sich stellenden Probleme sensibilisiert sind. Hinzu kommt, dass die Behörden bei der Ausübung ihrer Kontrollfunktion oft auch dann in Analogie zu den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes bzw. des Verwaltungsstrafverfahrensgesetzes vorgehen, wenn kein Verfahren eröffnet ist. Dieses Vorgehen liegt nicht zuletzt auch im Interesse der Behörden, denn so kann eine mögliche Quelle von Streitigkeiten eliminiert werden. Schliesslich zeigt sich darin auch, dass die oben beschriebenen Leitplanken (Ziff. 3) ihre Wirkungen tatsächlich auch entfalten.

Erwähnt sei zudem, dass im Rahmen der Revision der Bundesrechtspflege voraussichtlich ein neuer Art. 25a VwVG geschaffen wird (vgl. Ziff. 3.4.2.4 oben). Mit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung ist im Jahr 2007 zu rechnen. Diese Bestimmung dürfte den Rechtsschutz für die von behördlichen Kontrollen Betroffenen vereinfachen und verbessern, da er den bisherigen unmittelbaren Rechtsschutz gegen das Handeln in Verfügungsform auch auf andere staatliche Tätigkeiten (z. B. auch behördliche Kontrollen) ausdehnt.

Der gesetzgeberische Handlungsbedarf (sowohl in sachlicher Hinsicht als auch in Bezug auf eine etwaige zeitliche Dringlichkeit) erscheint somit insgesamt aus praktischen wie auch aus rechtlichen Überlegungen als eher gering.

Für den Fall, dass die Kommission zu einer abweichenden Beurteilung des Regelungsbedarfes gelangen sollte, werden nachfolgend zwei Varianten hinsichtlich des gesetzgeberischen Vorgehens skizziert.

5.2 Handlungsmöglichkeiten

Sollen die für den Einsatz von Zwangsmassnahmen massgebenden Normen der Verwaltungsstraf- bzw. Strafprozessrechte - insbesondere die Voraussetzungen für die Durchführung von Durchsuchungen in privaten Räumen - in vergleichbarer Form auch für behördliche Kontrollen vorgesehen werden, bieten sich theoretisch zwei Möglichkeiten an: Entweder werden die betroffenen Spezialgesetze jeweils mit entsprechenden Bestimmungen ergänzt oder aber die Verfahrensregeln werden zentral in einem bestehenden Verfahrensgesetz oder in einem neuen, separaten Gesetz eingefügt.

5.2.1 Variante 1: Koordinierte Ergänzung jedes einzelnen betroffenen Spezialgesetzes

Eine Möglichkeit bestünde darin, sämtliche Gesetze, die eine behördliche Kontrolle vorsehen, mit den entsprechenden Bestimmungen zu ergänzen. Allenfalls könnte eine sinngemässe Anwendung eines Teils der Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes vorgesehen werden. Diese Lösung wurde in Art. 42 des Kartellgesetzes gewählt. Im Rahmen eines solchen grösseren Revisionsvorhabens wäre gleichzeitig auch für jede der betroffenen Bestimmungen über Kontrollbefugnisse zu prüfen, ob und wie weit deren Wortlaut im Hinblick auf die Zielerreichung des Gesetzes und vor dem Hintergrund der Erkenntnisse dieses Berichtes vereinheitlicht werden müsste. Zudem wäre dort, wo die Kontrollkompetenz nur in einer Verordnung vorgesehen wird, zu prüfen, ob die entsprechende Norm auf Stufe Gesetz angehoben werden müsste, oder ob sie im konkreten Fall den Anforderungen des Legalitätsprinzips genügt.

Eine «Sammelanpassung» verschiedenster Bundesverwaltungsgesetze hatte der Gesetzgeber bereits vor rund 30 Jahren bei der Schaffung des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes gewählt. Damals wurden rund 25 Gesetze angepasst. Heute würde eine materielle Harmonisierung aller Kontrollnormen im Bundesrecht mehr als 120 Erlasse betreffen.

5.2.2 Variante 2: Lösung im Rahmen eines bestehenden oder allenfalls eines neu zu schaffenden Gesetzes

5.2.2.1 Lösung im Rahmen eines bestehenden Gesetzes

Grundsätzlich wäre das Einfügen von Verfahrensbestimmungen für die Durchführung behördlicher Kontrollen sowie allenfalls weitere Formen des tatsächlichen Verwaltungshandelns in verschiedenen Erlassen möglich: In Betracht kommen namentlich das Verwaltungsverfahrensgesetz und das Verwaltungsstrafrechtsgesetz.

Das Verwaltungsstrafrechtsgesetz ist kaum für eine Regelung von Massnahmen im Bereich des einfachen Verwaltungshandelns geeignet, weil es konzeptionell auf die Verfolgung und Beurteilungen von Widerhandlungen gegen Strafbestimmungen ausgerichtet ist. Wollte man die behördlichen Kontrollen ebenfalls mit diesem Verfahrensgesetz erfassen, müsste deren Geltungsbereich eigens für diesen Teilbereich weit in den normalen Gesetzesvollzug vorverlagert werden, obwohl dort sonst kaum Berührungspunkte mit dem Strafrecht bestehen.

Bei einer Ergänzung des Verwaltungsverfahrensgesetzes wäre namentlich vertieft abzuklären, wie weit es sinnvoll wäre, dieses Gesetz mit Bestimmungen zu ergänzen, die eine vorgängige Prüfung - durch ein Gericht oder eine übergeordnete Verwaltungsstelle - verlangen, bevor bestimmte Zwangsmassnahmen im Rahmen des tatsächlichen Verwaltungshandelns angeordnet werden können.

5.2.2.2 Lösung im Rahmen eines neu zu schaffenden Gesetzes

In Ziff. 3.2 wurde dargelegt, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit der Bundesverwaltung nicht von einem kodifizierten Verfahrensrecht erfasst und geleitet ist. Angesichts der unübersehbaren Vielfalt der Ausprägungen des tatsächlichen Verwaltungshandelns wäre eine Generalisierung bzw. eine Verdichtung in einen einzigen Verfahrenserlass ein äusserst anspruchsvolles Unterfangen.

Denkbar wäre aber, dass einzelne Verfahrensbestimmungen in einem Gesetz Platz finden könnten, welches bestimmte «Form» von tatsächlichem Verwaltungshandeln regelt, das der in Frage stehenden Kontrollfunktion möglichst nahe kommen. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang etwa der am 24. November 2004 vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickte Entwurf für ein Zwangsanwendungsgesetz, das in einer früheren Fassung der Expertengruppe eine generelle Regelung der Anwendung von polizeilichen Zwangsmassnahmen durch Bundesbehörden vorsah. Dieser Ansatz wurde aber schliesslich in den späteren Fassungen nicht weiterverfolgt.

Da die Kontrollen der Bundesbehörden in den jeweiligen Sachgebieten gewissermassen eine spezialpolizeiliche Funktion haben (Schutz von Polizeigütern), wäre die Schaffung entsprechender Normen im Übrigen auch im Rahmen der gegenwärtig laufenden Arbeiten für ein Polizeigesetz des Bundes denkbar.

6. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Die Übersicht über das geltende Recht hat ergeben, dass eine grosse Zahl von Bestimmungen besteht, welche Kontrollbefugnisse von Behörden vorsehen. Diese Befugnisse sind unterschiedlich ausführlich geregelt; häufig sehen die gesetzlichen Grundlagen aber bereits verschiedene Einschränkungen der Kontrolltätigkeit vor. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird Aufsichts- und Vollzugsbehörden die Befugnis erteilt, selbst polizeilichen Zwang auszuüben (Ziff. 2.3.3). Ebenfalls nur in wenigen Fällen ist vorgesehen, dass Behörden auch private Räume betreten dürfen (Ziff. 2.4.3).

Die Ausübung der Kontrollbefugnisse unterliegt darüber hinaus den allgemeinen verfassungsmässigen Schranken des behördlichen Handelns (Ziff. 3.1). Dazu gehören namentlich das Legalitätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsgebot, der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht sowie das Gebot, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss. Zudem sind sie gehalten, die Grundrechte der Betroffenen zu wahren. Dazu gehören neben Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot namentlich die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung (die in beschränkterem Ausmass auch für Geschäftsräume gilt; Ziff. 3.4.1).

Wenn Behörden Verfügungen erlassen (bzw. rechtskräftige Verfügungen vollstrecken) oder wenn sie strafbare Widerhandlungen verfolgen, so ist ihr Vorgehen und insbesondere die Anwendung von Zwangsmitteln - wie z. B. Durchsuchung von Wohn- oder Geschäftsräumen - durch die einschlägigen Verfahrensgesetze geregelt (Verwaltungsverfahrensgesetz, Verwaltungsstrafrechtsgesetz). Diese Gesetze konkretisieren die erwähnten Schranken des behördlichen Handelns in allgemeiner Art und Weise und regeln insbesondere die Rechte der Betroffenen in einem solchen Verfahren (Ziff. 3.2.1). Ein Teil des behördlichen Handelns ist indessen nicht durch solche kodifizierten Verfahrensgesetze geregelt. Dazu gehören unter bestimmten Voraussetzungen auch behördliche Kontrollen. Leitplanken ergeben sich in diesen Fällen einerseits durch die Konkretisierung der zu beachtenden allgemeinen Rechtsgrundsätze im Einzelfall - durch die handelnde Behörde selbst - wie auch durch die analoge Anwendung von verfahrensgesetzlichen Bestimmungen (Ziff. 3.1 sowie 3.4.2).

Die Betroffenen können sich gegen behördliche Kontrollen in der Regel erst im Nachhinein zur Wehr setzen bzw. deren Rechtmässigkeit überprüfen lassen. Sie können eine Feststellungsverfügung verlangen, die angefochten werden kann, soweit nicht die Kontrolltätigkeit bzw. -handlung selbst als Verfügung gilt oder ohnehin in eine solche mündet. Im Rahmen der Reform der Bundesrechtspflege soll darüber hinaus eine direkte Anfechtungsmöglichkeit geschaffen werden: Eine neue Bestimmung im Verwaltungsverfahrensgesetz soll künftig vorsehen, dass auch ein behördliches Handeln angefochten werden kann, das nicht in der Form der Verfügung, sondern lediglich in der Form des Realaktes bzw. als «tatsächliches» Verwaltungshandeln erfolgt. Damit wird der Rechtsschutz verbessert bzw. zumindest vereinfacht (Ziff. 3.4.2.4).

Die Praxis zeigt, dass einer insgesamt beträchtlichen Anzahl von behördlichen Kontrollen eine praktisch vernachlässigbare Anzahl von Beschwerden gegenübersteht. In der Verwaltungspraxis, im Parlament und in der Öffentlichkeit sind die hier untersuchten Fragen unseres Wissens höchstens punktuell thematisiert worden. Der Hauptforderung der Lehre im vorliegenden Zusammenhang wird mit der vorgesehenen Verbesserung des Rechtsschutzes Rechnung getragen.

Dies führt uns zum Schluss, dass zwar in einzelnen Punkten durchaus weitere Klärungen nützlich sein können (vgl. insbesondere Ziff. 3.2 sowie 3.4.2.3), dass aber kein erheblicher, und gewiss kein dringlicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Hingegen scheint es angezeigt, beim Erlass neuer Bestimmungen über Kontrolltätigkeiten den Grundsätzen staatlichen Handelns und den Grundrechten gebührend Beachtung zu schenken und sachlich nicht begründete Sonderregelungen zu vermeiden. Insbesondere sollte die Anwendung von polizeilicher Gewalt zumindest dort jeweils klar geregelt werden, wo erfahrungsgemäss häufig darauf zurückgegriffen werden muss.

Sollte entgegen unserer Einschätzung der gesetzgeberische Handlungsbedarf bejaht werden, würde das Bundesamt für Justiz einer bereichsübergreifenden Regelung in einem neuen Gesetz (Ziff. 5.2.2.2) den Vorzug geben.

[1] Referendumsvorlage BBl 2004 5453.

- [2] Für den Asyl- und Ausländerbereich sowie den Transport von Personen im Auftrag von Bundesbehörden vgl. auch den Vernehmlassungsentwurf vom 24. November 2004 zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von Zwang im Ausländerrecht und beim Transport von Personen im Auftrag von Bundesbehörden. Weitere Aspekte der Anwendung polizeilichen Zwangs durch Bundesbehörden sollen in einem künftigen Polizeigesetz geregelt werden, welches sich gegenwärtig beim Bundesamt für Polizei in Ausarbeitung befindet.
- [3] Noch nicht in Kraft; (Fundstelle vgl. Fn. 1).
- [4] Der Anhang kann beim Bundesamt für Justiz bezogen werden.
- [5] Noch nicht in Kraft; (Fundstelle vgl. Fn. 1).
- [6] Noch nicht in Kraft; (Fundstelle vgl. FN 1).
- [7] Vgl. statt vieler Ulrich Häfelin / Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, RZ 363 ff.
- [8] Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Rz 81 - 84.
- [9] Bisweilen wird auch von «verfügungsfreiem Staatshandeln» gesprochen; vgl. z. B. Paul Richli, Zum Rechtsschutz gegen verfassungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1998, 1426 - 1442.
- [10] Häfelin/Müller, a.a.O., RZ 883.
- [11] Vgl. Alexandre Flückiger, Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen, 2004/2, 159-303, S. 183 ff.
- [12] Vgl. BGE 106 Ib 109 E. 1, wo das Bundesgericht allerdings die Qualifikation einer Durchsuchung am Zoll als Verfügung nicht näher begründet.
- [13] Vgl. Botschaft VStrR, BBl 1971 I 1011.
- [14] «Papiere sind mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse zu durchsuchen; insbesondere sollen Papiere nur dann durchsucht werden, wenn anzunehmen ist, dass sich Schriften darunter befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind». Vgl. auch Art. 44 Abs. 2 VStrR für den Augenschein (der aber nicht zu den Zwangsmitteln zu zählen ist).
- [15] Art. 13 BV: 1 Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. 2 Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.
- [16] Zum Ganzen vgl. Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., 2001, S. 115 ff.
- [17] Art. 8 Abs. 1 EMRK: Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
- [18] Art. 7 Charta 4422/00 (für die Schweiz nicht verbindlich): Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.
- [19] Art. 17 UNO-Pakt II: (1) Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden. (2) Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.
- [20] Zum Verhältnis von Art. 13 zu Art. 10 BV vgl. Stephan Breitenmoser, St. Galler BV-Kommentar, Art. 13, Rz. 4.
- [21] Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Zürich 1999, S. 118 f.
- [22] Müller, a.a.O., S. 119.
- [23] Müller, a.a.O., S. 119.
- [24] Vgl. Müller, a.a.O., S. 124 sowie Niemietz c. Bundesrepublik Deutschland, Serie A Nr. 251-B, Ziff. 29, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1993, S. 66.
- [25] BGE vom 11. April 1996 in: Die Praxis des Bundesgerichts (Pra) 1996, Nr. 197, E. 3.a, S. 749.
- [26] Müller, a.a.O., S. 123.
- [27] Müller, a.a.O., S. 126.
- [28] Dies im Gegensatz zum (verwaltungs-)straftprozessrechtlichen Durchsuchungsbefehl, den ein eidgenössischer oder kantonaler Untersuchungsrichter oder gegebenenfalls der Direktor einer Verwaltungseinheit jeweils im Einzelfall ausstellt. Vgl. insbesondere BGE 81 I 119 sowie Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16. Dezember 1997 i.S. Camenzind gegen die Schweiz, Recueil des arrêts et décisions 1997, 2880; Müller, a.a.O., S. 128 f.
- [29] Vgl. auch BGE 81 I 119.
- [30] Müller, a.a.O., S. 129.
- [31] Häfelin/Müller, a.a.O., RZ 2467 ff.
- [32] Das Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein und es muss sich dabei grundsätzlich um ein aktuelles Interesse handeln. Auf letztere Bedingung wird unter bestimmten Voraussetzungen aber verzichtet, insbesondere wenn sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können; vgl. Kölz/Häner, a.a.O., RZ 201 sowie VPB 60.56 E. 3.3.
- [33] Art. 25a (neu) VwVG; AB 2003 S 870 (Marginalie: Verfügung über Realakte): 1Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie: a. widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; b. die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt; c. die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. 2Die Behörde entscheidet durch Verfügung.
- [34] Noch nicht in Kraft; (Fundstelle vgl. Fn. 1).
- [35] Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 26 ff., 179.
- [36] Botschaft Transplantationsgesetz, a.a.O.
- [37] Botschaft Transplantationsgesetz, a.a.O.
- [38] AB 2004 S 562, insbesondere Votum Bundesrat Couchepin.