

Jürg Marcel Tiefenthal

## **Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im (halb-)öffentlichen Raum durch private Sicherheitsdienste**

### **Eine verworrene Rechtslage verlangt dringend nach einer Bundeslösung**

---

In den vergangenen 20 Jahren hat der Staat zunehmend polizeiliche Aufgaben an private Sicherheitsunternehmen delegiert. Den Kantonen ist es jedoch nicht gelungen, über den Konkordatsweg schweizweit einheitliche Zulassungsbedingungen für diese Branche zu schaffen. Zudem wurden die Auswirkungen der binnenmarktrechtlichen Rahmenbedingungen falsch eingeschätzt. Die Motion Seiler Graf Priska 16.3723 vom 28. September 2016 verlangt aktuell vom Bundesrat, die Erbringung privater Sicherheitsdienstleistungen schweizweit zu regeln. Der Beitrag erläutert die wesentlichen Aspekte der Thematik und zeigt entsprechende Schlussfolgerungen auf.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Verwaltungsrecht; Polizei- und Ordnungsrecht; Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht

Zitiervorschlag: Jürg Marcel Tiefenthal, Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im (halb-)öffentlichen Raum durch private Sicherheitsdienste, in: Jusletter 12. Dezember 2016

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Grundlegende Fragen zur privaten Gefahrenabwehr
  - I. Vereinbarkeit mit staatlichem Gewaltmonopol?
  - II. Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben?
    - 1. Divergierende Ausgangslage
    - 2. Unterscheidungen
- C. Übertragung polizeilicher Aufgaben an Private
  - I. Wesentliche Regelungen im Bundesrecht
    - 1. Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)
    - 2. Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS)
    - 3. Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (ZAG)
    - 4. Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST)
  - II. Interkantonales Recht
    - 1. Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen («Hooligan-Konkordat»)
    - 2. Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen («KÜPS»)
    - 3. Konkordat über die Sicherheitsunternehmen («LKJPD-Konkordat»)
    - 4. Rahmenvertrag betreffend interkantonale Häftlingstransporte in der Schweiz
  - III. Kantonales Recht
- D. Wahrnehmung privater Sicherheitsaufgaben
  - I. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) als verfassungsrechtliche Grundlage
  - II. «Nachträglich derogatorische Bundeskompetenz» (Art. 95 Abs. 1 BV)
  - III. Regulierungsbemühungen auf kantonaler und interkantonaler Ebene
  - IV. Gesamtarbeitsvertrag für die private Sicherheitsbranche
- E. Zwischenfazit
- F. Bedeutung und Tragweite des Binnenmarktgesetzes (BGBM) für die private Sicherheitstätigkeit
  - I. Wesentlicher Zweck des Gesetzes
  - II. Kern der Gesetzesrevision
  - III. Grundsätze des freien Marktzugangs (Art. 2–4 BGBM)
    - 1. «Herkunftsortsprinzip»
    - 2. «Gleichwertigkeitsvermutung» im Besonderen
    - 3. «Beschränkungsverbot» bzw. «Diskriminierungsverbot»
    - 4. «Anerkennungsgrundsatz»
  - IV. Mit Marktzugangsrechten eng verbundene(r) absolute Verbote und Anspruch
    - 1. «Absolutes Verbot der per se Marktzugangsverweigerung»
    - 2. «Absolutes Verbot des verdeckten Protektionismus»
    - 3. «Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren»
  - V. Trendwende in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
  - VI. Bedeutungsvolle Aufsichtsfunktion der Wettbewerbskommission (WEKO)
  - VII. Wegweisende Urteile betreffend private Sicherheitsdienste
- G. Bewilligungsvoraussetzungen und -verfahren für ortsfremde private Sicherheitsdienstleister im Lichte des BGBM
  - I. Verworrene Rechtslage
  - II. Grundsatz: Anspruch auf freien Marktzugang
  - III. Vermutung der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen
  - IV. Beschränkung des Marktzugangsanspruchs
  - V. Begründungs- und Beweislast
  - VI. Kosten

- H. Schlussfolgerungen und Problemlösung
  - I. Wirkungsschwache Regulierungsbemühungen
  - II. Unbeabsichtigter Diskriminierungseffekt
  - III. Bundeslösung gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV als Ausweg

## A. Einleitung

[Rz 1] Die Sicherheitsbedürfnisse im wirtschaftlichen und öffentlichen Leben haben in den vergangenen Jahren stetig zugenommen; miteinher gestalten sich Sicherheitsaufgaben umfangreicher und komplexer. Der Staat versucht sich auf jene Aufgaben zu konzentrieren, welche von hoheitlicher Natur sind und demzufolge nicht wirklich an Private delegiert werden können. Die übrigen Aufgaben im Bereich der Sicherheit werden allerdings weitgehend von privaten Sicherheitsunternehmen wahrgenommen, und zwar nicht lediglich im privaten Raum, sondern zunehmend auch im halb-öffentlichen und öffentlichen Raum.<sup>1</sup> Angehörige privater Sicherheitsunternehmen führen Tätigkeiten aus wie namentlich die Bewachung von Gebäuden und Personen, die Durchsuchung von Personen und Effekten bei öffentlichen Anlässen, Aufsichts- und Ordnungsdienste bei privaten Grossveranstaltungen (z.B. Konzerte und Sportveranstaltungen), Kontrollen im öffentlichen Verkehr, die Durchführung von Gefangenentransporten, die bewaffnete Begleitung von Werttransporten, Ladendetektivdienste und Diebstahlkontrollen sowie Patrouillendienste in der Öffentlichkeit; sie sind bei solchen Tätigkeiten teilweise mit Schusswaffen oder Schlagstöcken bewaffnet oder führen Hunde mit. Seit Ende der 1990er-Jahre ist die Politik bestrebt, die Tätigkeiten der privaten Sicherheitsbranche einer einheitlichen Regulierung zu unterstellen. Die bisherigen Bemühungen, insbesondere diejenigen jüngerer Zeit, haben jedoch vielmehr zu einer verworrenen Rechtslage beigetragen, als dass sie zu mehr Rechtssicherheit mit einem einheitlichen Rechtsraum geführt hätten. Der vorliegende Beitrag analysiert die bisherigen Entwicklungen und die aktuelle Rechtslage, zeigt die unterschätzte Problematik des Binnenmarktgesetzes im interkantonalen Verhältnis auf und zieht entsprechende Schlussfolgerungen.

## B. Grundlegende Fragen zur privaten Gefahrenabwehr

### I. Vereinbarkeit mit staatlichem Gewaltmonopol?

[Rz 2] Das Gewaltmonopol ist typisches Charakteristikum und zugleich unabdingbare Voraussetzung eines jeden souveränen Staates. Der Staat muss fähig sein, innerhalb seines abgegrenzten Herrschaftsgebietes die geltende Gesetzgebung gegenüber den Bürgern durchzusetzen. GAMMA definiert den Inhalt des staatlichen Gewaltmonopols wie folgt: «Das staatliche Gewaltmonopol beinhaltet die Befugnis und Verpflichtung eines Staates zur alleinigen Ausübung gesetzmässiger,

---

<sup>1</sup> Laut den jüngsten Zahlen des Bundesamtes für Statistik (BFS) gibt es heute in der Schweiz 818 Unternehmen im Sicherheitsbereich mit rund 20'500 Angestellten, die Dienstleistungen anbieten bzw. erbringen und einen jährlichen Umsatz von über 1 Milliarde Franken erzielen (Bundesamt für Statistik, *Statistik der Unternehmensstruktur STATENT* (Daten für 2015); vgl. dazu ferner «Das private Geschäft mit der öffentlichen Sicherheit» von Urs ZURLINDEN, in: BZ Berner Zeitung, Online-Ausgabe vom 8. Juni 2015, abrufbar unter: «<http://www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Das-private-Geschaefit-mit-der-oeffentlichen-Sicherheit/story/14913470>» (alle Websites zuletzt besucht am 21. Oktober 2016). Näheres zum Boom privater Sicherheitsdienste in der Schweiz: vgl. MATTHIAS BIERI, Beständiger Aufstieg: Private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz, in: Christian Nünlist (Hrsg.), *Bulletin 2015 zur schweizerischen Sicherheitspolitik*, ETH Zürich Center for Security Studies (CSS), Zürich 2015, S. 63 ff.

unwiderstehlicher und verhältnismässiger physischer Gewalt gegenüber Personen und Sachen.»<sup>2</sup> Das staatliche Gewaltmonopol betrifft dabei zwei verschiedene Ebenen: Einerseits regelt es die staatliche Gewaltanwendung gegenüber dem Bürger, andererseits verbietet es grundsätzlich jegliche Gewaltanwendung zwischen Bürgern.<sup>3</sup> Trotz zunehmender Privatisierung<sup>4</sup> von bis anhin staatlichen Aufgaben lässt sich auch in der heutigen Zeit die absolute Notwendigkeit des staatlichen Gewaltmonopols allein schon aus elementaren staatspolitischen Überlegungen begründen; folglich ist die eigentliche materielle Privatisierung des Gewaltmonopols abzulehnen.<sup>5</sup>

[Rz 3] Die individuelle private Gefahrenabwehr lässt sich in gewissen Ausnahmesituationen allerdings mit dem staatlichen Gewaltmonopol vereinbaren. Dies trifft zu, wenn es sich um private Gefahrenabwehr im Sinne des Hausrechtes oder der sog. «Jedermannsrechte» handelt, wie sie im Straf- und Zivilrecht positivrechtlich für Ausnahmesituationen umschrieben sind. In strafrechtlicher Hinsicht handelt es sich um die Rechtfertigungsgründe der Notwehr, Notwehrhilfe (Art. 15 StGB<sup>6</sup>), Notstand und Notstandshilfe (Art. 17 StGB); Inhalt und Umfang des Hausrechtes ergeben sich primär aus dem Straftatbestand des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB) und im Rahmen des Strafprozessrechts gilt das private Festnahmerecht (Art. 218 StPO<sup>7</sup>). In zivilrechtlicher Hinsicht sind Notwehr, Notstand und erlaubte Selbsthilfe die gesetzlichen Ausschlussgründe der Widerrechtlichkeit (Art. 52 OR<sup>8</sup>); der Grundeigentümer hat den Zutritt durch aussenstehende Dritte im Falle einer Notstandssituation zu dulden (Art. 701 ZGB<sup>9</sup>); im Übrigen darf sich jeder Besitzer einer Sache mit Gewalt gegen verbotene Eigenmacht wehren (Art. 926 ZGB).<sup>10</sup>

[Rz 4] Die vorgenannten Rechte der privaten Gefahrenabwehr können grundsätzlich von den Trägern auf private Sicherheitsunternehmen übertragen werden; es kann sich bei den Trägern solcher Rechte sowohl um Private wie auch das Gemeinwesen handeln. Indes ist die Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr im privaten und einer solchen im öffentlichen Raum von entscheidender

---

<sup>2</sup> MARCO GAMMA, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Diss. Freiburg i.Ü., Bern 2000, S. 57.

<sup>3</sup> Vgl. PHILIPP RAUBER, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2006, S. 100 ff., insb. 103 f., der zum Gewaltmonopol im Verhältnis Staat–Bürger wie auch Bürger–Bürger näher eingeht. MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, N 1298 ff., unterscheidet zwischen Eingriffs-, Durchsetzungs- und Sanktionsmonopol.

<sup>4</sup> Eingehend zum Begriff «Privatisierung» und den herkömmlichen Idealtypen (Organisations-, Vermögens-, Aufgaben- und Finanzierungsprivatisierung) mit diversen Beispielen, entsprechenden Literaturverweisen und Hinweisen: vgl. ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Privatisierung von Polizeiaufgaben, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 162 ff., S. 163 ff.

<sup>5</sup> So eingehend RAUBER (FN 3), S. 104 f., 141 ff. GAMMA (FN 2), S. 141, hielt diesbezüglich fest, dass in Staaten mit fehlendem oder defizitärem Gewaltmonopol generell das Risiko von Selbstjustiz und unkontrollierbarer Gewalt unweigerlich wächst. Eine materielle Privatisierung wäre im Bereich der Sicherheitspolizei kaum vorstellbar, jedoch bei der Spezialpolizei möglich (ZÜND/ERRASS [FN 4], S. 174); dies bedürfte aber einer Verfassungsänderung (vgl. etwa GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Publications de l'Institut suisse de droit comparé (éd.), Rapports suisses présentés au XVe Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, S. 67 ff., S. 97; GAMMA (FN 2), S. 197 f.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, N 110; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 11 N 10). Zur Entwicklung des staatlichen Gewaltmonopols im Speziellen in der Schweiz: vgl. statt vieler den kompakten Kurzausschnitt bei MARKUS H.F. MOHLER, Staatliches Gewaltmonopol, in: Sicherheit & Recht 2012, S. 152 ff., S. 154 f.

<sup>6</sup> SR 311.0.

<sup>7</sup> SR 312.0.

<sup>8</sup> SR 220.

<sup>9</sup> SR 210.

<sup>10</sup> Vgl. zum Ganzen RAUBER (FN 3), S. 105 ff., insb. S. 107 ff., 113 ff., 117 ff.; WALTER KÁLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, in: ZSR NF 2007, Beiheft 46, S. 33 f.; ferner MOHLER (FN 5), S. 159 f.

Relevanz. Jedermannsrechte bezwecken den Individualgüterschutz im Verhältnis zwischen Privaten, welche diesen in Ausnahmesituationen zustehen. Werden solche Rechte durch private Sicherheitskräfte plan- und gewerbsmässig in Anspruch genommen und betätigen diese sich dabei im Bereich der reinen Gefahrenvorsorge (z.B. Kontrollgänge, Werksicherungen etc.) oder bei der Gefahrenabwehr auf privatem Grund, ist dies aus rechtlicher Sicht unbedenklich.<sup>11</sup> Komplexer gestaltet sich die Rechtslage bei der privaten Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsunternehmen im halböffentlichen und öffentlichen Raum, zumal hier über den Individualgüterschutz hinaus eine generelle Gefahrenabwehr- und Ordnungsfunktion ausgeübt wird.<sup>12</sup> Im öffentlichen Raum – hierzu zählen namentlich Gemeindestrassen, Trottoirs, Plätze, öffentliche Bahnhofsbereiche, Parkanlagen oder öffentliche Strassen rund um Sportstadien – ist die Polizei für die Sicherheit zuständig; private Sicherheitskräfte dürfen im Rahmen der Jedermannsrechte hier lediglich im Bereich des individuellen Objekt-, Personen- und Transportschutzes tätig sein (z.B. Geldtransporte oder Begleitschutz für Privatpersonen).<sup>13</sup>

## II. Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben?

### 1. Divergierende Ausgangslage

[Rz 5] Von der Übertragung der Selbsthilferechte auf private Sicherheitsdienstleister gilt es die Auslagerung sicherheitspolizeilicher und damit öffentlicher Aufgaben zu unterscheiden. Das kantonale Polizeirecht sowie das Bundesrecht konkretisieren den Auftrag, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen. Der Polizei stehen zur Aufgabenerfüllung verschiedene verwaltungsrechtliche Mittel zur Verfügung. Ihre Aufgabenerfüllung unterliegt jedoch verschiedenen verfassungsrechtlichen Grenzen, die auf Gesetzesebene konkretisiert sind: Die Grundsätze polizeilichen Handelns, wie die Beachtung der Grundrechte und Prinzipien rechtstaatlichen Handelns (insbesondere das Legalitätsprinzip unter Vorbehalt der polizeilichen Generalklausel und das Verhältnismässigkeitsprinzip) sowie das Störer-, das Verursacher- und das Opportunitätsprinzip. Im Gegensatz zur Polizei als staatliche Behörde, deren Aufbau und Einsatz sich durch die Gesetzgebung legitimiert und regelt, dienen private Sicherheitsdienste wechselnden Arbeitgebern mit unterschiedlichen Motiven.<sup>14</sup> Aufgrund dieser divergierenden Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben möglich ist. An den aus Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) fliessenden allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns gemessen, bedürfen Auslagerungen bzw. die Privatisierung von sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten zumindest einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Zum Ganzen KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 34 f.

<sup>12</sup> Näheres zur privaten Gefahrenabwehr besonders im halb-öffentlichen Raum: vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 35 f.; ferner RAUBER (FN 3), S. 195 ff.

<sup>13</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 36 f.; weiterführend GAMMA (FN 2), S. 86 f.

<sup>14</sup> WALTER KÄLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen, Übersicht über die verfassungsrechtlichen Anforderungen in der Schweiz, in: format magazine 4/2014, S. 4 ff., S. 7.

<sup>15</sup> BIAGGINI (FN 5), S. 103. Konkrete Abwägungskriterien für den Auslagerungsentscheid nennt ANDREAS LIENHARD, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz?, in: LeGes 2008, S. 425 ff., S. 428 f.

## 2. Unterscheidungen

[Rz 6] Mit der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben auf Private haben sich eingehend KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH in einem Rechtsgutachten auseinandergesetzt und in ihren Konklusionen folgende hilfreiche Unterscheidungen vorgenommen:

- *Nicht auslagerungsfähige polizeiliche Standardmassnahmen im Kernbereich des Gewaltmonopols:* Im Bereich der polizeilichen Standardmassnahmen besitzt das staatliche Ausführungsmonopol spezielle Bedeutung, sofern es sich um Eingriffe mit Zwangscharakter in Form polizeilicher Realakte handelt. Dies betrifft namentlich hoheitliche polizeiliche Handlungen, die Personen zu einem Handeln, Unterlassen oder Dulden zwingen, wenn diese Anordnungen bei Widerstand zwangsweise durchgesetzt werden können; polizeiliche Standardmassnahmen wie Personenkontrollen, Gewahrsam, Wegweisung und Fernhaltung, Durchsuchung von Personen und Räumen sowie die Anwendung von Zwangsmitteln (Fesselung, Körpergewalt, Schusswaffengebrauch). Die Ausführung solcher Aufgaben durch Private liegt weder im öffentlichen Interesse, noch ist sie aus grundrechtlicher Hinsicht verhältnismässig.<sup>16</sup>
- *Beschränkt auslagerungsfähige Massnahmen:* Fragwürdig ist der Einsatz von Privaten im Bereich des Bestrafungsmonopols (Sanktionierung von Straftaten und deren Durchsetzung), sofern der anordnenden Behörde bei der Beurteilung ein Ermessensspielraum zukommt und es sich nicht um reine Erfüllungsgehilfenschaft handelt. Da hier der Kern des staatlichen Gewaltmonopols berührt wird, liegt eine Privatisierung nicht im öffentlichen Interesse. Weiter gelten auch individualisierte Wegweisungen und Fernhaltungen mit Kompetenz zur Zwangsanwendung als nicht auslagerungsfähig. Grundsätzlich ist es jedoch zulässig, die Kompetenz für allgemeine Wegweisungen und Fernhaltungen (z.B. auf Unfallstellen, bei Gefahren, zwecks Verkehrsumleitungen) auf Private zu übertragen. Besteht bei solchen Wegweisungen und Fernhaltungen ein erhöhtes Konfliktpotenzial, (z.B. Zwangsevakuationen) sollten diese nicht durch Private ausgeführt werden.<sup>17</sup>
- *Auslagerungsfähige Massnahmen:* Eine Auslagerung ist grundsätzlich zulässig bei rein präventiven Polizeiaufgaben (z.B. Beratung über den Einbruchschutz) sowie beim Beizug privater Erfüllungsgehilfen (z.B. Fotografen, Techniker, Autoabschleppdienste). Unter der Voraussetzung gewisser Auflagen sind auch Streifendienste und Kontrolltätigkeiten auf Private übertragbar, sofern sich solche Aufgaben lediglich auf blosser Überwachungs- und Meldetätigkeiten beschränken.<sup>18</sup>

## C. Übertragung polizeilicher Aufgaben an Private

### I. Wesentliche Regelungen im Bundesrecht

[Rz 7] Nach Art. 178 Abs. 3 BV können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die ausserhalb der Bundesverwaltung

---

<sup>16</sup> Vgl. zum Ganzen KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 94 ff.

<sup>17</sup> Vgl. zum Ganzen KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 105 ff.

<sup>18</sup> Vgl. zum Ganzen KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 113 ff.

stehen, übertragen werden.<sup>19</sup> MOHLER macht in Zusammenhang mit dieser Norm, welche aufgrund ihrer systematischen Einordnung her keinerlei Geltung für die kantonalen Verwaltungen besitzt, in zutreffender Weise auf deren Wirkung in der praktischen Umsetzung aufmerksam, welche sie dennoch in den Kantonen zeitigt.<sup>20</sup> Es bestehen derzeit mehrere verschiedene gesetzliche Erlasse, die Regelungen enthalten, welche die Ausführung von Aufgaben durch Private im sicherheitspolizeilichen Bereich betreffen. Die bedeutungsvollsten Regelungen finden sich in den nachfolgenden Bundeserlassen<sup>21</sup>:

### 1. **Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)**<sup>22</sup>

[Rz 8] Art. 22 Abs. 2 BWIS erlaubt die Delegation der öffentlichen Aufgabe des Schutzes von Personen, Behörden und Gebäuden des Bundes an Private. Die Verordnung über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden (VES)<sup>23</sup> regelt Grundsätzliches in Bezug auf die Beauftragung privater Sicherheitsunternehmen durch Bundesbehörden und legt insbesondere die Anforderungen fest, welche die eingesetzten Unternehmen zu erfüllen haben.

### 2. **Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS)**<sup>24</sup>

[Rz 9] Nach Art. 30 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS) kann der Bund ein Unternehmen, das private Sicherheitsdienstleistungen erbringt, zwecks Personenschutz, Bewachung oder Überwachung von Gütern und Liegenschaften im Ausland einsetzen. Das neue Gesetz stellt an die privaten Sicherheitsfirmen bestimmte qualitative Anforderungen, so namentlich hinsichtlich Ausbildung und Ausrüstung des einzusetzenden Personals (vgl. Art. 31 ff. BPS).

### 3. **Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (ZAG)**<sup>25</sup>

[Rz 10] Dieses Gesetz gilt auch für Private, die von Bundesbehörden oder kantonalen Behörden für die Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen werden (Art. 2 Abs. 1 lit. e ZAG). Die Spezialge-

---

<sup>19</sup> BBl 1997 I 1 ff., 408 f.; RAUBER (FN 3), S. 148. PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, in: ZBl 2001, S. 393 ff., S. 403 ff., insb. S. 409, äussert sich über die relevanten Rechtsregeln für die Privatisierung bzw. die privatisierte Aufgabenerfüllung. Neben dem Bund verfügen gleichermassen zahlreiche Kantone über eine verfassungsrechtliche Grundlage, welche den Beizug Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben erlaubt. So enthält etwa z.B. die Verfassung des Kantons Schaffhausen in Art. 51 KV (SHR 101.000) eine solche Rechtsgrundlage. Dieser zufolge kann das Gesetz anstelle von staatlichen Regelungen private Vereinbarungen ermöglichen (Abs. 1). Kontroll- und Überwachungsmassnahmen können Privaten übertragen werden, allerdings bedarf eine Übertragung von Verfügungsbefugnissen und weiteren Vollzugsaufgaben einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 2). Diese Verfassungsnorm lässt jedoch keine Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben an Private zu.

<sup>20</sup> MOHLER (FN 3), N 1325, 1329 f., 1341.

<sup>21</sup> Eine beispielhafte Aufzählung betreffender (neuerer) Bundeserlasse ist ferner zu finden bei KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 14), S. 9 f. sowie ZÜND/ERRASS (FN 4), S. 169 ff.

<sup>22</sup> SR 120.

<sup>23</sup> SR 124.

<sup>24</sup> SR 935.41.

<sup>25</sup> SR 364.

setze bezeichnen die Behörden, welche zur Zwangsausübung berechtigt sind (Art. 7 i.V.m. Art. 5 f. ZAG). Dabei sind die beigezogenen Privaten ermächtigt, im Rahmen der ihnen übertragenen Aufgaben des betreffenden Aufgabengebietes dieselben Massnahmen und Zwangsmittel anzuwenden wie die Polizeiorgane, was problematisch erscheint.<sup>26</sup>

#### 4. **Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST)**<sup>27</sup>

[Rz 11] Das Gesetz und die dazugehörige Verordnung regeln die Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (Art. 1 Abs. 1 BGST). Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a–c BGST können sowohl Sicherheitsdienst und die Transportpolizei Personen befragen und Ausweiskontrollen vornehmen, Personen anhalten, kontrollieren und wegweisen sowie Sicherheitsleistungen verlangen. Einzig die Transportpolizei ist hingegen befugt, angehaltene Personen vorläufig festzunehmen und Gegenstände zu beschlagnehmen (Abs. 2). Soweit das Gesetz die Anwendung polizeilichen Zwangs oder polizeiliche Massnahmen vorsieht, ist das Zwanganwendungsgesetz (ZAG) anwendbar (Art. 4 Abs. 6 BGST).<sup>28</sup>

## II. **Interkantonaies Recht**

[Rz 12] Im Bereich des interkantonalen Rechts bestehen vereinzelt Bestimmungen, welche eine Übertragung spezifischer polizeilicher Aufgaben an private Sicherheitsunternehmen betreffen (können).

### 1. **Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen («Hooligan-Konkordat»)**<sup>29</sup>

[Rz 13] Das Bundesgericht musste über die Rechtmässigkeit des per 2. Februar 2012 geänderten «Hooligan-Konkordates» befinden. Das geänderte und weitgehend als rechtmässig beurteilte Konkordat sieht in Art. 3b die Möglichkeit vor, dass Behörden private Sicherheitsunternehmen, die vom Veranstalter mit den Zutrittskontrollen zu den Sportstätten und zu den Fantransporten beauftragt sind, ermächtigen können, Personen unabhängig von einem konkreten Verdacht über den Kleidern durch Personen gleichen Geschlechts am ganzen Körper nach verbotenen Gegenständen abzutasten.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> So die Kritik von KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 14), S. 10.

<sup>27</sup> SR 745.2.

<sup>28</sup> Vgl. zum Ganzen grundlegende Kritik von MOHLER, Kurzkomentar zum Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST) vom 18. Juni 2010, in: Jusletter 6. September 2010, Rz. 1 ff., insb. Rz. 7 (aus verfassungsrechtlicher Sicht), Rz. 11 ff. (betr. Art. 4 BGST im Besonderen); DERS. (FN 3), N 137 u. N 207; vgl. dazu ferner ZÜND/ERRASS (FN 4), S. 180 f. (insb. S. 181), welche das BGST als «alles in allem wenig geglückten Gesetzgebungsakt» bezeichnen.

<sup>29</sup> Der geänderte aktuelle Konkordatstext ist zu finden z.B. in der Zürcher Gesetzessammlung: LS 551.19.

<sup>30</sup> Das Bundesgericht wies die Rüge betreffend Art. 3b Abs. 2 Hooligan-Konkordat ab: vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_176/2013 vom 7. Januar 2014 E. 10.



## 2. Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen («KÜPS»)<sup>31</sup>

[Rz 14] Zumal Sicherheitsunternehmen häufig interkantonal oder gar international tätig sind, beabsichtigte die KKJPD mit dem Erlass eines Konkordates eine Rechtsvereinheitlichung für diese Bereiche herbeizuführen. Es enthält Regeln über die Zulassung von Sicherheitsunternehmen und deren Angestellten, über die Geschäftsführung und über die Aus- und Weiterbildung von Sicherheitsangestellten. Das KÜPS schliesst eine Übertragung staatlicher Aufgaben auf private Sicherheitsdienstleister nicht aus, stipuliert jedoch, dass Angehörige solcher privater Sicherheitsfirmen lediglich dann unmittelbaren Zwang ausüben dürfen, wenn die Eingriffe von «untergeordneter Bedeutung» sind (Art. 10 Abs. 2 lit. f KÜPS). Die Konkordatskommission, die als interkantonales Organ zum Erlass von rechtssetzenden Bestimmungen berechtigt ist, kann nämlich einer Branchenorganisation mit deren Zustimmung und gegen kostendeckende Entschädigung gewisse Aufgaben übertragen: Anbieten der theoretischen Grundausbildung und Durchführung der Prüfungen (Art. 5 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. c KÜPS), Entlastung der Behörden beim Bewilligungsverfahren (Art. 7 KÜPS) und bei der Herstellung von Legitimationsausweisen (Art. 8 Abs. 1 KÜPS).<sup>32</sup>

## 3. Konkordat über die Sicherheitsunternehmen («LKJPD-Konkordat»)<sup>33</sup>

[Rz 15] Die sechs Westschweizer Kantone haben sich bereits im Jahr 1996 zu einem Konkordat zusammengeschlossen, welches per 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist. Das LKJPD-Konkordat schliesst in Art. 16 Abs. 3 eine Übertragung von Aufgaben von öffentlichem Interesse auf die Sicherheitsunternehmen nicht aus.

## 4. Rahmenvertrag betreffend interkantonale Häftlingstransporte in der Schweiz

[Rz 16] Der nicht amtlich publizierte Rahmenvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der KKJPD sowie der Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus Schweizerische Bundesbahnen AG und Securitas AG vom 14. April 2000 wurde durch eine Verwaltungsvereinbarung zwischen den Kantonen unter Beteiligung des Bundes vom 3. Juni 2005 sowie einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen der KKJPD und der Arbeitsgemeinschaft vom 18. April 2005 abgelöst bzw. verlängert. Durch dieses interkantonale Vertragsrecht wird eine private Sicherheitsfirma mit den eigentlich polizeilichen Aufgaben betraut. Zumal es sich bei Gefangenentransporten um freiheitsbeschränkende Massnahmen handelt, ist schlussendlich im jeweiligen kantonalen Recht eine konkrete gesetzliche Bestimmung zwingend erforderlich, welche eine solche Aufgabenübertragung per Verwaltungsvereinbarung erst zulässig macht.<sup>34</sup> Demgegenüber sind seit Inkrafttre-

---

<sup>31</sup> Das KÜPS ist per 1. Juli 2013 in Kraft getreten. Der geltende Konkordatstext ist abrufbar unter: «<http://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>». Vgl. dazu ferner hinten D. III.

<sup>32</sup> Diese Rechtssetzungsdelegation an Private ist problematisch (vgl. dazu BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 320; CHRISTOPH ERRASS, Kooperative Rechtssetzung, Habil. St. Gallen, Zürich 2010, S. 249 ff.).

<sup>33</sup> Der ursprüngliche Konkordatstext ist zu finden in: AS 2001 2587 ff; zur Vereinbarung vom 3. Juli 2003 betreffend die Revision: vgl. ASF 2003 Nr. 152 (Kanton FR) bzw. AS 2004 4303 f.

<sup>34</sup> Eine solche Gesetzesgrundlage wurde nur in wenigen Kantonen nachträglich geschaffen, so etwa in Form einer Delegationsnorm (vgl. Art. 42 PolG-AR [bGS 521.1], Art. 20 Abs. 2 PolG-SG [sGS 451.1]).

ten des Zwangsanwendungsgesetzes am 1. Januar 2009 Gefangenentransporte im Auftrag einer Bundesbehörde gesetzlich abgestützt (Art. 2 Abs. 1 lit. d ZAG).<sup>35</sup>

### III. Kantonales Recht

[Rz 17] Die kantonalen Polizeigesetze lassen es nicht zu, polizeiliche Aufgaben, die mit Zwangsanwendung verbunden sein können, an Private zu übertragen. Die einzige Ausnahme hierzu bildet das Bündner Polizeigesetz<sup>36</sup>, wonach Kanton und Gemeinden Dritte mit der Erfüllung polizeilicher Aufgaben beauftragen können, sofern diese die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllen.<sup>37</sup> Demgegenüber erklären einige Kantone – so etwa beispielsweise die Kantone Aargau, Uri und Zug – eine solche Aufgabenübertragung an Private in ihren Polizeigesetzen vielmehr explizit für unzulässig.<sup>38</sup> Die Kantone Appenzell Innerrhoden und in besonderen Fällen auch St. Gallen erlauben es, die Regelung des Verkehrs Privaten zu übertragen.<sup>39</sup> Das neu revidierte Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft lässt eine Übertragung nicht-hoheitlicher Polizeiaufgaben durch Vertrag an Private zu und ermöglicht, die Ahndung von Übertretungen von Strassenverkehrs Vorschriften im Ordnungsbussenverfahren, die im Rahmen der Kontrolle des ruhenden und fahrenden Verkehrs (mittels technischer Geräte ohne Anhaltung) erfolgen, mittels Vertrag an Private zu übertragen.<sup>40</sup> Das Berner Polizeigesetz sieht vor, die Überwachung des ruhenden Verkehrs, welche Bussenerhebung und Anzeigeerstattung umfasst, bei Bedarf Dritten zu übertragen.<sup>41</sup> Eine Übertragung polizeilicher Befugnisse an Private (z.B. Anhaltung von Personen zur Feststellung ihrer Personalien oder die Wegweisung von Personen von öffentlichem Grund), welche nicht unmittelbaren Zwang miteinschliesst, wie sie in jüngerer Zeit immer öfters von Gemeinden festgelegt wird, ist auf jeden Fall problematisch, zumal in der Umsetzung Schwierigkeiten quasi vorprogrammiert sind; so entstehen in der Praxis denn auch rasch einmal kritische Situationen, in denen private Sicherheitsangestellte die ihnen übertragenen polizeilichen Befugnisse lediglich mit Berufung auf Notwehr und Notwehrhilfe durchsetzen können.<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> Vgl. zum Ganzen MOHLER (FN 3), N 265, 1337.

<sup>36</sup> BR 613.000.

<sup>37</sup> Art. 34 Abs. 1 PolG-GR; vgl. zum gesamten Art. 34 PolG-GR eingehend GIANFRANCO ALBERTINI, Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, Ein Handbuch der Kantonspolizei Graubünden zum Bündner Polizeirecht Zürich/Basel/Genf 2013, S. 168 ff.; zur Übertragung von «leichten» Zwangsmassnahmen, die als verhältnismässig einzustufen sind: vgl. ANDREAS BAUMANN, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006, N 275.

<sup>38</sup> § 27 Abs. 1 PolG-AG (SAR 531.200), Art. 59 Abs. 2 PolG-UR (RB 3.8111), § 3 PolG-ZG (BGS 512.1).

<sup>39</sup> Art. 22 PolG-AI (550.000), Art. 20 Abs. 1 PolG-SG.

<sup>40</sup> § 52 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 7 lit. a und b PolG-BL (SGS 700).

<sup>41</sup> Art. 7 Abs. 2 PolG-BE (BSG 551.1).

<sup>42</sup> Näheres zur Problematik: vgl. «Sicherheitsdienst verdrängen Polizisten: Bei nächtlichen Ruhestörungen rücken in Baselbieter Gemeinden neuerdings private Security-Anbieter aus» von DANIEL GERNY, in: NZZ vom 17. April 2015, Nr. 88, S. 9.

## **D. Wahrnehmung privater Sicherheitsaufgaben**

### **I. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) als verfassungsrechtliche Grundlage**

[Rz 18] Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gewährleistet den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. In sachlicher Hinsicht schützt sie jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, welche der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs dient.<sup>43</sup> Sicherheitsunternehmen erbringen im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit entgeltliche Dienstleistungen, womit folglich ihre Tätigkeit grundsätzlich durch die Wirtschaftsfreiheit vor ungerechtfertigten Eingriffen und Einschränkungen durch den Staat geschützt ist.<sup>44</sup> Dies trifft jedoch dann nicht zu, wenn private Sicherheitsunternehmen hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, welche ihnen vom Staat durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen wurden.<sup>45</sup> Schliesslich leitet das Bundesgericht aus der Wirtschaftsfreiheit einen Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung bzw. ein Verbot der rechtsungleichen Behandlung der direkten Konkurrenten ab.<sup>46</sup>

### **II. «Nachträglich derogatorische Bundeskompetenz» (Art. 95 Abs. 1 BV)**

[Rz 19] Gestützt auf Art. 95 Abs. 1 ist der Bund befugt, bezogen auf die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit einheitliche Vorschriften für die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit von Sicherheitsfirmen zu erlassen und damit die Wirtschaftsfreiheit einzuschränken.<sup>47</sup> Hierbei handelt es sich um eine nachträglich derogatorische Kompetenz des Bundes, d.h. solange der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch macht, ist die Zuständigkeit der Kantone gegeben.<sup>48</sup> Mit Bezug auf die privaten Sicherheitsunternehmen hat der Bund jedoch bislang noch keine eigenen Vorschriften erlassen, so dass es infolgedessen den Kantonen freigestellt ist, entsprechende Vorschriften zu erlassen.<sup>49</sup>

### **III. Regulierungsbemühungen auf kantonaler und interkantonaler Ebene**

[Rz 20] Ausgehend von der bislang nicht ausgeübten Kompetenz des Bundes haben die Kantone aufgrund der stets wachsenden Sicherheitsbedürfnisse von Öffentlichkeit und Wirtschaft bereits vor rund 20 Jahren sowohl auf kantonaler als auch interkantonaler Ebene begonnen, sich um eine Regulierung des privaten Sicherheitsgewerbes zu bemühen. Viele Kantone verfügen heute denn

---

<sup>43</sup> GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit weiteren einschlägigen Erlassen, Zürich 2007, N 8 zu Art. 27 BV.

<sup>44</sup> RAUBER (FN 3), S. 184; KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH (FN 10), S. 45; ferner GAMMA (FN 2), S. 7.

<sup>45</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH (FN 10), S. 45; vgl. auch GAMMA (FN 2), S. 257 (m.w.H.).

<sup>46</sup> Vgl. BIAGGINI (FN 43), N 23 ff. zu Art. 27 BV; FELIX UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, N 60 ff. zu Art. 27 BV; KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 28 ff. zu Art. 27 BV (jeweils m.w.Verw. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

<sup>47</sup> BBl 2006 623 ff., 646. Eingehend zu den Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit: vgl. BIAGGINI (FN 43), N 28 ff. zu Art. 27 BV; UHLMANN (FN 46), N 35 ff. zu Art. 27 BV; VALLENDER (FN 46), N 56 ff. zu Art. 27 BV.

<sup>48</sup> ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 667.

<sup>49</sup> Siehe bereits BBl 2006 623 ff., 662.

auch über Regelungen in ihren Polizeigesetzen<sup>50</sup> – zumindest in Form von Delegationsnormen –, in denen eine Bewilligungspflicht und die zur Erteilung notwendigen Voraussetzungen und Auflagen festgelegt sind.<sup>51</sup>

[Rz 21] Während die Anforderungen in den Deutschschweizer Kantonen teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, liegt demgegenüber in den Westschweizer Kantonen bereits seit 1. Januar 1999 eine rechtlich einheitliche Lösung vor. Die sechs Kantone der lateinischen Schweiz (FR, GE, JU, NE, VD, VS) einigten sich zum Zweck der Rechtsharmonisierung der privaten Sicherheitstätigkeit am 18. Oktober 1996 auf ein Konkordat über die privaten Sicherheitsunternehmen («LKJPD-Konkordat»)<sup>52</sup>. Die KKJPD ihrerseits stimmte am 12. November 2010 einem Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen («KÜPS») zu.<sup>53</sup> Die Westschweizer Kantone beschloss, sich aber nicht dem Konkordat der KKJPD anzuschliessen, sondern an ihrem strenger gefassten Vertragswerk festzuhalten.<sup>54</sup> Die KKJPD sah unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorgaben des Binnenmarktgesetzes (BGBM)<sup>55</sup> sowie der Tatsache, dass Sicherheitsunternehmen häufig interkantonal oder gar international tätig sind, in einer Rechtsvereinheitlichung den einzigen Weg, um ein Unterlaufen der bestehenden unterschiedlich ausgestalteten kantonalen Regelungen zu verhindern; aus diesem Grund empfahl sie den Kantonen, dem Konkordat der KKJPD oder demjenigen der LKJPD innert zwei Jahren beizutreten.<sup>56</sup> Das Inkrafttreten des KÜPS, dem bislang lediglich 10 Kantone beigetreten sind, ist auf den 1. Januar 2017 geplant; bis dahin müssen die entsprechenden Ausführungsbestimmungen erlassen und genehmigt werden.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> GAMMA (FN 2), S. 79, kritisiert in zutreffender Weise, dass die Deutschschweizer Kantone die Regelung der privaten Gefahrenabwehr in die jeweiligen kantonalen Polizeigesetze integriert haben, womit die privat veranlasste Gefahrenabwehr in einen Erlass eingebettet werde, der die Aufgaben und Befugnisse der mittels Gewaltmonopol operierenden staatlichen Zwangsbehörden ordnet; die hieraus resultierende Nähe zur Polizei stehe im Widerspruch zur klaren Differenzierung beider Gefahreninstitutionen.

<sup>51</sup> Ausführlichere Darstellungen dieser unterschiedlichen Regelungen in den kantonalen Polizeigesetzen finden sich insb. bei KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 41 ff. (Stand: 2007); RAUBER (FN 3), S. 187 ff. (Stand: 2006); ferner bereits bei GAMMA (FN 2), S. 79 ff. (Stand: 2000).

<sup>52</sup> Vgl. dazu bereits vorne C. II. 3. Das LKJPD-Konkordat wird ergänzt durch allgemeine Richtlinien sowie Reglemente über die Prüfung verschiedener Aspekte (wie z.B. anwendbare Gesetzgebung, Weiterbildung des Personals, Einsatz von Hunden), welche für das Konkordat von Relevanz sind.

<sup>53</sup> Vgl. dazu bereits vorne C. II. 2.

<sup>54</sup> Eine synoptische Darstellung der Regelungen beider Konkordate nach Kriterien ist zu finden bei MOHLER (FN 3), N 1349. Zur Bewilligungspflicht gemäss LKJPD-Konkordat: vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 39 ff.

<sup>55</sup> SR 943.02.

<sup>56</sup> Erläuternder Bericht zum KÜPS, S. 2., abrufbar unter: «<http://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>».

<sup>57</sup> Zu den Beitrittskantonen des KÜPS gehören: AI, AR, BS, GR, NW, SG, SO, TG, TI, UR. Der durch den Glarner Regierungsrat vorgesehene Beitritt zum KÜPS wurde anlässlich der Landsgemeinde im Mai 2016 als Traktandum gestrichen. Neben den LKJPD-Mitgliedskantonen haben bislang die Kantone BL, LU, OW, SH, SZ, ZH und ZG offiziell einen Konkordats-Beitritt abgelehnt. Im Kanton Zürich, der keine gesetzliche Regulierung der privaten Sicherheitsdienstleistungen vorgesehen hatte, hat der Kantonsrat im April 2016 anstelle der abgelehnten regierungsrätlichen Vorlage für einen KÜPS-Beitritt einer parlamentarischen Initiative mit einer weniger ausführlicheren Regulierung der privaten Sicherheitsbranche im kantonalen Gastgewerbe- sowie Polizeigesetz definitiv zugestimmt (vgl. Protokoll des Zürcher Kantonsrates, 47. Sitzung vom 4. April 2016, S. 3056 ff., 3064). Im Kanton Bern erwägt man gleichfalls keinen Beitritt zum KÜPS, sondern strebt eine eigenständige Regelung im Polizeigesetz an (vgl. ZURLINDEN [FN 1]). Im Kanton Aargau wurde bereits im Jahr 2012 ein Beitritt zum KÜPS an die Regierung zurückgewiesen.

#### **IV. Gesamtarbeitsvertrag für die private Sicherheitsbranche**

[Rz 22] Am 4. September 2003 wurde für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen zwischen dem «Verband Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen» (VSSU) einerseits und der Gewerkschaft «Unia Schweiz» andererseits ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) abgeschlossen.<sup>58</sup> Dieser GAV bezweckt die Erhaltung der Qualität der Dienstleistungen aller dem Vertrag unterstellten Betriebe im Bereich der Sicherheit und Bewachung, wozu namentlich die Ausbildung des Betriebspersonals sowie Mindestbedingungen im arbeitsrechtlichen Bereich zählen (vgl. Art. 1 des GAV).<sup>59</sup> Der Bundesrat erklärte mit Beschluss vom 17. Juni 2014 wesentliche Bestimmungen dieses GAV für die ganze Schweiz für allgemeinverbindlich.<sup>60</sup> Diese gelten für alle Arbeitgeber mit Betrieben oder Betriebsteilen, welche private Sicherheitsdienstleistungen erbringen und insgesamt mindestens 10 Arbeitnehmende (inkl. nicht der Allgemeinverbindlicherklärung unterstellte Beschäftigte) beschäftigen, und ihre operativen Arbeitnehmenden, die in folgenden Bereichen tätig sind: Bewachung, Objekt- und Personenschutz, Dienste in Alarmzentralen, Flughafensicherheit (Personen- und Gepäckkontrolle), Geldtransport, Werttransport, Anlassdienste (Eintrittskontrolle und Kassendienste), Sicherheitsassistentendienste (sog. «Steward-Services») und Verkehrsdienste (Überwachung ruhender Verkehr und Verkehrsregelung).<sup>61</sup> Der Bundesratsbeschluss ist am 1. Juli 2014 in Kraft getreten und gilt bis zum 31. Dezember 2016.<sup>62</sup>

[Rz 23] In Zusammenhang mit der gesetzlichen Regulierung der privaten Sicherheitsdienstleistungen auf interkantonaler und kantonaler Ebene sind im Besonderen zwei Bestimmungen von Bedeutung, die im jeweiligen Rechtsrahmen bei der Auslegung zu berücksichtigen sind, sofern es sich um einen Arbeitgeber der privaten Sicherheitsbranche handelt, der insgesamt mindestens 10 Arbeitnehmende beschäftigt. Art. 10 GAV legt namentlich fest, dass die Basisausbildung der Mitarbeitenden mindestens 20 Stunden beträgt und während der Probezeit erfolgen muss (Ziff. 1); diese Basisausbildung hat ausserhalb des Einsatzes zu erfolgen und ist zusätzlich zur theoretischen Grundausbildung in den Konkordaten zu leisten und stellt kein Ersatz für diese dar (Ziff. 4). Zudem nimmt Art. 26 Ziff. 1 und 2 GAV Bezug auf den Leumund und die Auskunftspflicht: Arbeitnehmende von privaten Sicherheitsfirmen haben zwingend einen einwandfreien Leumund und geordnete finanzielle Verhältnisse vorzuweisen; dies setzt voraus, dass keinerlei vertrauensmindernde Vorstrafen bestehen. Wird jemand während der Anstellung straffällig, so ist der/die betroffene Arbeitnehmende verpflichtet, diesbezügliche Vorkommnisse unaufgefordert und sofort seinem Arbeitgeber zu melden. Auf Verlangen des Arbeitgebers müssen ihm Auszüge aus dem Betreibungsregister und dem Zentralstrafregister vorgelegt werden; die entsprechenden Kosten hat der Arbeitgeber zu übernehmen.

#### **E. Zwischenfazit**

[Rz 24] Sowohl die Anstrengungen verschiedener Kantone um eine Regulierung der privaten Sicherheitsdienste im jeweiligen Polizeigesetz als auch die Bestrebungen der Westschweizer Kan-

---

<sup>58</sup> Der GAV ist in Kraft seit 1. Januar 2004.

<sup>59</sup> Vgl. BBl 2016 3453 ff., 3460.

<sup>60</sup> Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 BRB (BBl 2014 4851 f. [inkl. Beilage]).

<sup>61</sup> Art. 2 Abs. 3 BRB.

<sup>62</sup> Art. 4 BRB.

tone einerseits und der KKJPD andererseits auf interkantonaler Ebene um eine Rechtsharmonisierung der privaten Sicherheitsdienstleistungen haben vielmehr zu einer Rechtszersplitterung geführt, als dass durch all diese Bemühungen eine der Rechtssicherheit dienende Vereinheitlichung der Regulierung der privaten Sicherheitstätigkeit in der Schweiz erreicht worden wäre. Auch der Entwurf eines Musterreglements der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS) vom September 2005<sup>63</sup>, welches sowohl für private Sicherheitsunternehmen als auch für Organisationen gelten sollte, die anlässlich von Veranstaltungen polizeiähnliche Ordnungs- und Sicherheitsaufgaben wahrnehmen, konnte nichts Wesentliches bewirken.

[Rz 25] Die angestrebte Rechtsharmonisierung ist alleine durch die geschaffene Parallelität zweier Konkordate bereits im Ansatz als gescheitert zu betrachten.<sup>64</sup> Es erscheint unverständlich, dass die KKJPD den Deutschschweizer Kantonen nicht die Empfehlung abgegeben hatte, sich dem älteren, strikteren und in der Praxis offensichtlich bewährten LKJPD-Konkordat anzuschliessen, sondern mit einem neuen Konkordat einen eigenen Weg der Rechtsharmonisierung beschritten hat.<sup>65</sup> Damit ist die Grundlage für die heute bestehende Rechtszersplitterung geschaffen worden, deren «Status quo» sich inzwischen tendenziell noch weiter verfestigt hat, zumal einige Kantone einen Konkordatsbeitritt bereits abgelehnt haben bzw. am eigenen kantonalen Regime festzuhalten gedenken oder einen Teil der Konkordatsbestimmungen ins kantonale Recht übernommen und ein diesbezüglich eigenes kantonales Ausführungsrecht erlassen haben, aus welchem sich – im Unterschied zum entstehenden Ausführungsrecht des KKJPD-Konkordats (KÜPS)<sup>66</sup> – zwingend auch eine jeweils eigene Rechtsanwendungspraxis entwickelt. Die sowohl für Behörden als auch Rechtsunterworfenen sich geradezu unübersichtlich präsentierende Gemengelage von sich überlagernden kantonalen und interkantonalen Rechtsgrundlagen wird noch zusätzlich durch die Vorrangregelung von Art. 48 Abs. 5 BV, welche den Kantonen gebietet, das interkantonale Recht zu beachten, und insbesondere das übergeordnete Bundesgesetz über den Binnenmarkt verschärft.<sup>67</sup> Die binnenmarktrechtliche Problematik und deren Bedeutung für die Auslegung der betreffenden Normen über die privaten Sicherheitsdienste in den beiden Konkordaten bzw. im kantonalen Polizeirecht werden nachfolgend näher erläutert.

---

<sup>63</sup> Näheres zu diesem Musterreglement: vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 44 f.

<sup>64</sup> So ähnlich bereits MOHLER (FN 3), N 1347.

<sup>65</sup> Bereits KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH (FN 10), S. 46, erachteten ein Konkordat nach dem Muster der Westschweizer Konkordat als geeignet, um für schweizweit operierende Sicherheitsunternehmen einheitliche Auflagen zu erlassen.

<sup>66</sup> Näheres zum (entstehenden) Ausführungsrecht des KÜPS: vgl. Medienmitteilung der KKJPD vom 17. November 2014 sowie die entsprechenden Quartalsinformationen, abrufbar unter: «<http://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>».

<sup>67</sup> Sinngemäss mit ähnlicher Kritik sowie Hinweisen zur Auslegungsproblematik: vgl. MOHLER (FN 3), N 264, 1347, 1349. Im Übrigen weist MOHLER (FN 3), N 1351, in Zusammenhang mit den zu erfüllenden Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung auf mögliche neuartige Probleme hin, die unter Berücksichtigung des europäischen Binnenmarktes entstehen könnten. Näheres über den Vergleich zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Binnenmarktgesetz: vgl. NINA GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, in: Jusletter 26. September 2011, Rz. 75 ff., insb. Rz. 82 ff., 101.

## **F. Bedeutung und Tragweite des Binnenmarktgesetzes (BGBM) für die private Sicherheitstätigkeit**

### **I. Wesentlicher Zweck des Gesetzes**

[Rz 26] Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 bildete mit anderen Gesetzen zusammen, welche gemeinsam auf den 1. Juli 1996 in Kraft traten, einen der zentralen Pfeiler zur Umsetzung der marktwirtschaftlichen Neuausrichtung nach der Ablehnung des EWR-Abkommens<sup>68</sup> durch Volk und Stände am 6. Dezember 1992 (sog. «Revitalisierungsprogramm»)<sup>69</sup>. Laut Art. 1 Abs. 1 BGBM wird gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang haben. Das BGBM bezweckt namentlich eine Erleichterung der beruflichen Mobilität und des Wirtschaftsverkehrs innerhalb der Schweiz, eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft und eine Festigung des wirtschaftlichen Zusammenhalts in der Schweiz. Das Bundesgericht legte jedoch den freien Marktzugang nach Art. 2 BGBM sehr restriktiv, d.h. föderalismusfreundlich, aus und liess die Niederlassungsfreiheit unberücksichtigt; diese Rechtsprechung verhinderte eine spürbare Öffnung des Binnenmarktes bzw. hemmte die beabsichtigte Wirkung des Gesetzes.<sup>70</sup> Diese Feststellung war denn letztlich auch ausschlaggebend, dass eine Revision des BGBM für notwendig erachtet wurde.

### **II. Kern der Gesetzesrevision**

[Rz 27] Mit der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes vom 16. Dezember 2005 sollte dessen Durchschlagskraft verstärkt werden. Dies erfolgte insbesondere durch die Ausdehnung des sog. «Herkunftsortsprinzips»<sup>71</sup> auf die gewerbliche Niederlassung, die explizite Verankerung der Vermutung der Gleichwertigkeit kantonaler und kommunaler Vorschriften sowie die Verstärkung der institutionellen Aufsichtsfunktion der Wettbewerbskommission (WEKO).<sup>72</sup>

### **III. Grundsätze des freien Marktzugangs (Art. 2–4 BGBM)**

[Rz 28] Das revidierte BGBM steht seit 1. Juli 2006 in Kraft und sieht namentlich folgende Grundsätze für den freien Marktzugang vor:

---

<sup>68</sup> ABl. L 001 vom 3. Januar 1994, S. 3.

<sup>69</sup> MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, N 1 zu Art. 1 BGBM; Näheres zum Revitalisierungsprogramm: vgl. BBl 1993 805 ff.

<sup>70</sup> NICOLAS F. DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, in: ZBl 2010, S. 129 ff., S. 141 (m.w.Verw.); vgl. auch BBl 2004 465 ff., 472 ff.

<sup>71</sup> Dieses Prinzip knüpft an das auf die binnenwirtschaftlichen Verhältnisse der Schweiz übertragene «Cassis-de-Dijon-Prinzip» an (vgl. BBl 2005 1213 ff., 1237 ff., insb. 1263 f.; m.H. auf diese Anknüpfung GAMMENTHALER FN 67, Rz. 26).

<sup>72</sup> BBl 2005 465 ff., 484 f.; vgl. auch DIEBOLD (FN 70), S. 141 f.

## 1. «Herkunftsortsprinzip»

[Rz 29] Das in Art. 2 Abs. 1–5 BGBM statuierte Prinzip regelt den Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften. Das Kernstück bilden Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und Abs. 4, welche den vom Geltungsbereich erfassten Personen («Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz»)<sup>73</sup> einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang für das Anbieten von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen nach Massgabe der an ihrem Sitz oder an ihrer Niederlassung geltenden Vorschriften verleiht. Mittels Herkunftsortsprinzip werden Marktzugangsschranken überwunden, die sich aus den strengeren Marktzugangsregeln am Leistungs- bzw. Bestimmungsort ergeben. Allerdings darf ausnahmsweise zugunsten der Vorschriften des Leistungs- bzw. Bestimmungsortes abgewichen werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.

## 2. «Gleichwertigkeitsvermutung» im Besonderen

[Rz 30] Der anlässlich der Gesetzesrevision neu eingefügte Art. 2 Abs. 5 BGBM bildet die ideale Grundlage des Herkunftsortsprinzips. Der Gleichwertigkeitsvermutung kommt insbesondere mit Blick auf allfällige Marktzugangsbeschränkungen durch die Behörde des Bestimmungsortes nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 BGBM Bedeutung zu.<sup>74</sup> Laut Bundesgericht fallen solche Marktzugangsbeschränkungen von vornherein ausser Betracht, wenn gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen, was sich aus einem Vergleich der beidseitig geltenden, generell-abstrakten Marktzugangsregeln sowie der darauf gründenden Praxis ergibt, unter Berücksichtigung der zu schützenden öffentlichen Interessen.<sup>75</sup> So mangelt es an der Gleichwertigkeit, wenn eine Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung ausgeübt werden kann, am Bestimmungsort jedoch einer Bewilligungspflicht unterstellt ist.<sup>76</sup>

## 3. «Beschränkungsverbot» bzw. «Diskriminierungsverbot»

«Beschränkungsverbot» bzw. «Diskriminierungsverbot»<sup>77</sup>

[Rz 31] Ortsfremden Anbietern darf gemäss unmissverständlichem Wortlaut seit der Gesetzesrevision der freie Marktzugang nicht generell verweigert werden. Im Sinne einer Ausnahme vom Herkunftsortsprinzip wird jedoch der Behörde des Bestimmungsortes die Möglichkeit eingeräumt, nach Massgabe ihrer Vorschriften den Marktzugang ortsfremder Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen zu beschränken (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>78</sup> Eine solche Beschränkung des Marktzugangs ist nur zulässig, wenn die in Abs. 1 lit. a–c aufgeführten Voraussetzungen kumu-

---

<sup>73</sup> Siehe Art. 1 Abs. 1 BGBM; eingehend zum persönlichen Geltungsbereich: vgl. OESCH/ZWALD (FN 69), N 7 zu Art. 1 BGBM.

<sup>74</sup> OESCH/ZWALD (FN 69), N 4 zu Art. 2 BGBM.

<sup>75</sup> BGE 135 II 12 S. 19 E. 2.4. DIEBOLD (FN 70), S. 145 ff., skizziert anhand einer zweistufigen Prüfung, wann allenfalls ein wesentlich höheres Schutzniveau am Bestimmungsort berücksichtigt werden kann.

<sup>76</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 10. Oktober 2008 in Sachen Frau X./WEKO gegen Regierungsrat des Kantons Tessin betreffend Bewilligung zur selbständigen Tätigkeit als komplementärmedizinische Therapeutin, kommentiert in: RPW 2009/1, S. 15.

<sup>77</sup> Im Übrigen besteht ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen und kommunalen Monopol- und Beschaffungsmärkten (Art. 2 Abs. 7 und Art. 5 BGBM), der aber für die vorliegende Thematik nicht von Relevanz ist.

<sup>78</sup> Vgl. DIEBOLD (FN 70), S. 147 f.



lativ erfüllt sind: Beschränkungen müssen gleichermaßen für ortsansässige Anbieter gelten, d.h. die Behörde des Bestimmungsortes ist verpflichtet, die geltenden Marktzugangsregelungen auf alle Anbieter unterschiedslos anzuwenden (Gleichbehandlungs- bzw. Nichtdiskriminierungsgebot)<sup>79</sup>; sie müssen zur Wahrung überwiegender Interessen unerlässlich wie auch verhältnismässig sein.<sup>80</sup>

#### 4. «Anerkennungsgrundsatz»

[Rz 32] Die Bestimmungen über den Anspruch auf Anerkennung von Fähigkeitsausweisen gemäss Art. 4 BGBM sehen drei verschiedene Regime der Anerkennung vor, namentlich die schweizweite Geltung von Fähigkeitsausweisen (Abs. 1 und 3), die vorgesehene Anerkennung gemäss Konkordat (Abs. 4) sowie die Anerkennung gemäss den Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>81</sup>. Der Inhaber eines Fähigkeitsausweises kann sich auf das für ihn vorteilhafteste Anerkennungsregime berufen.<sup>82</sup>

### IV. Mit Marktzugangsrechten eng verbundene(r) absolute Verbote und Anspruch

#### 1. «Absolutes Verbot der per se Marktzugangsverweigerung»

[Rz 33] Gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbietern nicht in genereller Weise der Marktzutritt verweigert werden.<sup>83</sup>

#### 2. «Absolutes Verbot des verdeckten Protektionismus»

[Rz 34] Es gibt Beschränkungen, die zwar nach Art. 3 Abs. 1 BGBM grundsätzlich zulässig sind, aber häufig protektionistisch motiviert sind. Laut Art. 3 Abs. 3 BGBM stellen solche Beschränkungen de facto in ihrer Wirkung verdeckte Marktzutrittsschranken zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen dar. Es handelt sich dabei um sog. «indirekte oder mittelbare Diskriminierungen», die auf rechtlichen Vorgaben beruhen, die auf den ersten Blick hin zwar nicht-diskriminierend ausgestaltet sind, da sie auf ortsansässige und ortsfremde Personen unterschiedslos angewendet werden, jedoch in ihrer praktischen Wirkung zu einer Schlechterbehandlung von ortsfremden Personen führt.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> So gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM.

<sup>80</sup> Gemäss Botschaft fallen diejenigen öffentlichen Interessen in Betracht, welche Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen (BBl 2005 465 ff., 486). Die Verhältnismässigkeit ist frei zu prüfen (BGE 134 II 329 S. 337 ff. E. 6.2.3) und konkretisiert sich anhand eines in Art. 3 Abs. 2 BGBM negativ formulierten Fallkataloges, dem aber kein abschliessender Charakter zukommt.

<sup>81</sup> SR 0.142.112.681.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 136 II 470 E. 3.3 S. 479 ff. u. E. 5.3 S. 485 ff.; WEKO-Gutachten vom 16. Juli 2012 betr. interkantonaler Marktzugang einer Assistenzzahnärztin aus dem Kanton Appenzell Ausserrhoden, in: RPW 2012/3, S. 708 ff.

<sup>83</sup> Siehe eingehend bereits vorne F. III. 3. (in der Aufzählung unter dem Titel «Beschränkungsverbot» bzw. «Diskriminierungsverbot»).

<sup>84</sup> Zum Ganzen OESCH/ZWALD (FN 69), N 6 zu Art. 3 BGBM.

### 3. «Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren»

[Rz 35] Die Regelung von Art. 3 Abs. 4 BGBM verfolgt den Zweck, ortsfremde Anbieter bei der behördlichen Überprüfung ihrer Marktzugangsrechte vor bürokratischen Hürden zu schützen.<sup>85</sup> Der gesetzlich verankerte Anspruch geht über den Wortlaut hinaus und erfasst laut Bundesgericht das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich somit nicht einzig auf diejenigen Fälle, in welchen tatsächlich Marktzugangsbeschränkungen verfolgt werden.<sup>86</sup> Die Anwendbarkeit begrenzt sich aber auf den Bereich von nichtstreitigen Verwaltungsverfahren und gilt nicht für Rechtsmittelverfahren.<sup>87</sup>

## V. Trendwende in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

[Rz 36] Mit der Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 16. Dezember 2005 hat sich auch ein unverkennbarer Richtungswechsel in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes eingestellt. Während das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum BGBM aus dem Jahre 1995 dem Föderalismusprinzip gegenüber dem Binnenmarktpinzip mehr Gewicht beigemessen hatte, nimmt es in seiner neueren Rechtsprechung zum revidierten BGBM nun eine deutlich liberalere Haltung ein. Es gewährt – entgegen seiner früheren Rechtsprechungspraxis – dem Binnenmarktpinzip den Vorrang und verleiht damit den Marktzugangsrechten die vom Gesetzgeber gewünschte Durchschlagskraft.<sup>88</sup>

## VI. Bedeutungsvolle Aufsichtsfunktion der Wettbewerbskommission (WEKO)

[Rz 37] Die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat überwachen als unabhängige Behörde die Einhaltung und den Vollzug des Binnenmarktgesetzes (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO verfügt über verschiedene Mittel und Instrumente im Bereich des BGBM, so wie namentlich:

- Empfehlung zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen (Art. 8 Abs. 2 BGBM);
- Gutachten in Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren auf Anfrage der zuständigen Behörde (Art. 10 Abs. 1 BGBM);
- Beschwerderecht mit Begehren auf gerichtliche Feststellung, dass ein binnenmarktrechtswidriger Entscheid vorliegt (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM);
- Durchführung von Untersuchungen (Art. 8 Abs. 3 BGBM);
- Veröffentlichung von kantonalen Verfügungen und Urteilen, die in Anwendung des BGBM ergehen (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

[Rz 38] Damit die WEKO den ihr gesetzlich auferlegten Publikationsauftrag und ihr Beschwerderecht in binnenmarktrechtlichen Angelegenheiten wahrnehmen kann, führte der Gesetzgeber

---

<sup>85</sup> OESCH/ZWALD (FN 69), N 7 zu Art. 3 BGBM.

<sup>86</sup> BGE 125 II 56 E. 5b S. 63 f.; ebenso BGE 136 II 470 E. 5.3 S. 485 ff.

<sup>87</sup> BGE 134 II 329 E. 7 S. 339 f.

<sup>88</sup> Die ersten und wegweisenden Urteile BGE 134 II 329 ff. (Praktikantenausbildung als Teil der Anwaltsfreizügigkeit) und BGE 135 II 12 ff. (Freizügigkeit der Psychotherapeuten) wurden eingehender von DIEBOLD (FN 70), S. 142 ff., kommentiert; vgl. dazu auch RPW 2009/1, S. 14 f. Zur aktuellen Entwicklung der Rechtsprechung in den relevanten Sektoren: vgl. RPW 2013/1, S. 14 f.; RPW 2014/1, S. 11 f.

im Rahmen der Teilrevision des BGBM im Jahr 2005 eine behördliche Mitteilungspflicht ein (Art. 10a Abs. 2 BGBM). Behörden und Gerichte sind demgemäss verpflichtet, der WEKO sämtliche Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert zuzustellen. Eine BGBM-relevante Verfügung liegt jeweils dann vor, wenn ein ausserkantonaler Anbieter von Waren, Dienstleistungen oder Arbeitsleistungen mit Sitz in der Schweiz den Zugang zum Markt im betreffenden Kanton sucht. Von der gesetzlichen Mitteilungspflicht sind insbesondere Verfügungen erfasst, welche Berufsausübungs- und Betriebsbewilligungen berühren, die im Rahmen der kantonalen und kommunalen Kompetenzen erteilt werden.<sup>89</sup> Dies betrifft namentlich auch bewilligungspflichtige Berufe aus dem Bereich der privaten Sicherheitsdienste.

## VII. Wegweisende Urteile betreffend private Sicherheitsdienste

[Rz 39] Die WEKO hält in ihrem Jahresbericht (2013) an den Bundesrat fest, dass der interkantonale Marktzugang und die Umsetzung des BGBM im Bereich der privaten Sicherheitsdienste nur ungenügend funktionieren; infolgedessen habe das «Kompetenzzentrum Binnenmarkt» verschiedene Kantone im Zusammenhang mit der binnenmarktrechtlichen Ausgestaltung der Marktzugangsvorschriften für private Sicherheitsdienste beraten.<sup>90</sup> Der Bericht nimmt im Besonderen Bezug auf zwei Beschwerden der WEKO gegen die Nichtzulassung ortsfremder Sicherheitsdienstleister im Kanton Aargau, welche beide gutgeheissen wurden.<sup>91</sup>

- Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hatte die Rechtsfrage zu beantworten, ob ein privater Sicherheitsdienst mit Sitz im Kanton Luzern und im Besitze einer behördlichen Bewilligung des Kantons Luzern ebenfalls Aufträge im Kanton Aargau ausführen darf, obwohl dieser nicht über den im Kanton Aargau zusätzlich erforderlichen eidgenössisch anerkannten VSSU-Fachausweis verfügt. Laut Verwaltungsgericht hat die kantonale Verwaltung nicht den Nachweis erbracht, dass die bisherige Berufspraxis und die Ausbildung des luzernischen Sicherheitsdienstes den im Kanton Aargau angestrebten Schutz nicht gewährleisten (Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM). Ausserdem hielt das Gericht das Erfordernis des eidgenössisch anerkannten VSSU-Fachausweises zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen generell nicht für notwendig und demzufolge auch nicht für verhältnismässig.<sup>92</sup>
- Dasselbe Gericht hielt in einem zweiten Urteil fest, dass das Kontrollieren von privaten Parkflächen (richterliche Verbote) nicht als Sicherheitsdienst gilt und – entgegen der behördlichen Praxis (!) – ohne Bewilligung ausgeübt werden darf. Das richterliche Verbot ist zivilprozessual und dient dem verstärkten Besitzschutz. Die im Auftrag von privaten Liegenschaftseigentümern handelnden Personen kontrollieren nicht die Einhaltung von verfügbaren Verkehrsanordnungen und Verkehrsbeschränkungen nach Art. 107 ff. SSV<sup>93</sup>. Es werden weder Verkehrsregelung noch Verkehrsdienste betrieben (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 KÜPS

---

<sup>89</sup> Von Relevanz sind v.a. Negativ-Verfügungen wie namentlich die Nichterteilung einer Berufsausübungs- oder Betriebsbewilligung. Dazu zählen aber auch Verfügungen, die ortsfremden Anbietern den Marktzugang nur unter Auflagen oder Bedingungen gewähren (z.B. Verlangen von zusätzlichen Qualifikationen) oder solche, die ortsfremden Anbietern Kosten oder Gebühren auferlegen.

<sup>90</sup> Jahresbericht 2013 der Wettbewerbskommission (WEKO), S. 18.

<sup>91</sup> RPW 2014/1, S. 11 f.

<sup>92</sup> Vgl. zum Ganzen Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil WBE.2013.101/WBE.2013.112 vom 19. November 2013 (ebenfalls publiziert in: RPW 2013/4, S. 848 ff.).

<sup>93</sup> SR 741.21.

sowie Art. 67 Abs. 3 SSV). Es besteht zudem keine Verfügungsbefugnis gegenüber Verkehrsteilnehmern und es wird keine hoheitliche Tätigkeit wahrgenommen. Bei der ausgeübten Kontrolltätigkeit kommt das Ordnungsbussenverfahren nicht zur Anwendung und das Einverlangen von Umtriebsentschädigungen hat keinen pönalen Charakter. Die Kontrolltätigkeit hat deswegen keine sicherheitsbezogene öffentliche Funktion und die Einleitung eines Strafverfahrens setzt schliesslich das Vorliegen eines gestellten Strafantrags voraus.<sup>94</sup>

[Rz 40] Diesen Urteilen kommt wegweisender Charakter zu; sie verdeutlichen die binnenmarktrechtliche Problematik bzw. die Schranken, welche das BGBM für die kantonale und interkantonale Rechtsetzung im Bereich der privaten Sicherheitsdienste darstellt.

## **G. Bewilligungsvoraussetzungen und -verfahren für ortsfremde private Sicherheitsdienstleister im Lichte des BGBM**

### **I. Verworrene Rechtslage**

[Rz 41] Die Tätigkeit privater Sicherheitsunternehmen ist grundsätzlich durch die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vor ungerechtfertigten Eingriffen und Einschränkungen geschützt. Wie bereits festgestellt, besteht gestützt auf Art. 95 BV eine sog. «nachträglich derogatorische Bundeskompetenz» für den Erlass von Vorschriften in Bezug auf die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit. Da der Bund von seiner Kompetenz bislang jedoch keinen Gebrauch gemacht hat, steht es den Kantonen frei, entsprechende Vorschriften bezüglich der Bewilligung im Bereich der privaten Sicherheitsdienste zu erlassen. Bis heute haben drei Kantone (SH, BL und ZH) von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und eine Bewilligungspflicht einschliesslich entsprechender Voraussetzungen gesetzlich verankert.<sup>95</sup> Daneben bestehen auf interkantonaler Ebene die zwei bereits erläuterten Konkordate betreffend private Sicherheitsdienstleistungen – das LKJPD-Konkordat der sechs Westschweizer Kantone (GE, FR, JU, NE, VD, VS) sowie das KÜPS der Deutschschweizer Kantone, dem 10 Kantone (AI, AR, BS, GR, NW, SG, SO, TG, TI, UR) beigetreten sind. Die übrigen Kantone AG, BE, GL, LU, OW, SZ und ZG haben bereits einen Beitritt zum KÜPS abgelehnt und/oder beabsichtigen, künftig allenfalls eine eigene kantonale Regulierung zu erlassen. Die verfassungsmässige Kompetenzverteilung bzw. die von den Kantonen, der KKJPD sowie der LKJPD geschaffene rechtliche Gemengelage sowie die Auswirkungen des übergeordneten eidgenössischen Binnenmarktgesetzes (BGBM) führen unweigerlich zu Diskrepanzen zwischen den unterschiedlichen kantonalen und interkantonalen Regelungen.<sup>96</sup> Abgesehen von dieser insgesamt ziemlich verworrenen Rechtslage stellt sich in der Rechtspraxis

---

<sup>94</sup> Vgl. zum Ganzen Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil WBE.2013.251/WBE.2013.304 vom 19. November 2013 (ebenfalls publiziert in: RPW 2013/4, S. 856 ff.).

<sup>95</sup> SH hat als erster Kanton eine (teilweise analoge) Regelung erlassen, indem er zwei zentrale Bestimmungen des KÜPS wörtlich ins Polizeigesetz einfügte (vgl. Art. 27 und Art. 27a PolG-SH [SHR 354.100]), die man allerdings bald schon mit Verordnungsbestimmungen ergänzte (vgl. §§ 31a – 32b PolV-SH [SHR 354.100]). BL hat eine weitgehend analoge Regelung zum KÜPS ins Polizeigesetz eingefügt (vgl. §§ 51a–51q PolG-BL). Nach Ablehnung des Beitritts zum KÜPS hat ZH im April 2016 eine eigene gesetzliche Regelung betreffend die privaten Sicherheitsdienste im Polizei- sowie Gastgewerbegesetz erlassen (vgl. §§ 59a–59i PolG-ZH [LS 550.1], § 19a Gastgewerbegesetz [LS 935.11]).

<sup>96</sup> Zur unklaren Rechtslage mit Kritik: vgl. bereits vorne E. (Zwischenfazit). Das BGBM als konzipiertes Rahmengesetz beschränkt sich auf die Festlegung von Grundsätzen und verzichtet insbesondere auf eine Harmonisierung der unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen (BBI 2004 465 ff., 470).

jedem Bestimmungsort (Kanton) die zentrale Frage, wie im konkreten Fall vorzugehen ist, wenn eine Bewilligung in einem Kanton erteilt worden ist und der betreffende Sicherheitsangestellte bzw. das betreffende Sicherheitsunternehmen beabsichtigt, die im Herkunftskanton bewilligte Tätigkeit in einem anderen Kanton auszuüben.

## II. Grundsatz: Anspruch auf freien Marktzugang

[Rz 42] Laut Art. 2 und Art. 4 BGBM gilt der freie Marktzugang unter Anwendung des sog. «Herkunftsortsprinzips». Dazu zählen:

- das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM);
- das Recht auf Niederlassung am Bestimmungs- bzw. Einsatzort in einem anderen Kanton (Art. 2 Abs. 4 BGBM);
- das Recht auf Anerkennung allfälliger Berufsausübungsbewilligungen (Art. 4 Abs. 1 BGBM).

[Rz 43] Daraus folgt, dass ortsfremde (d.h. ausserkantonale) private Sicherheitsdienstleister – ungeachtet, ob es sich um Sicherheitsunternehmen oder Sicherheitsangestellte handelt –, welche in ihrem Herkunftskanton die entsprechende Tätigkeit rechtmässig nach den dort geltenden Zulassungsvorschriften ausüben, am Bestimmungs- bzw. Einsatzort in einem anderen Kanton keine erneute Bewilligung einholen müssen, sondern kraft der am Herkunftsort ausgestellten Bewilligung ausüben dürfen.<sup>97</sup> Dieser Grundsatz gilt ebenfalls, wenn ein Sicherheitsunternehmen in einem anderen Kanton als demjenigen der Erstniederlassung eine Zweigniederlassung gründet und kommt selbst dann zur Anwendung, wenn das Sicherheitsunternehmen die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgeben wird – das bedeutet, dass sich das Sicherheitsunternehmen unverändert auf die Bewilligung des Ortes der Erstniederlassung abstützen und dessen ungeachtet seine Tätigkeit nach Massgabe der Vorschriften der Erstniederlassung weiterführen kann.<sup>98</sup> Der Anspruch auf freien Marktzugang gilt aber nicht absolut, denn die Behörden des Bestimmungsortes können unter gewissen Voraussetzungen den Marktzugang einschränken.<sup>99</sup>

## III. Vermutung der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen

[Rz 44] Art. 2 Abs. 5 BGBM statuiert die gesetzlich widerlegbare Vermutung der Gleichwertigkeit der kantonalen oder kommunalen Marktzugangsordnungen. Damit geht das Binnenmarktgesetz davon aus, dass in anderen Kantonen gleichwertige Zulassungsvoraussetzungen gelten wie im Herkunftskanton. Private Sicherheitsdienstleister, die über eine kantonale Bewilligung verfügen, dürfen demzufolge grundsätzlich in anderen Kantonen im Rahmen der im Herkunftskanton erteilten Bewilligung tätig werden und auch eine Zweigniederlassung gründen, ohne beim Bestimmungskanton nochmals um eine Bewilligung zu ersuchen.

[Rz 45] An einer gesetzlichen Vermutung der Gleichwertigkeit fehlt es hingegen, wenn eine Tätigkeit im Herkunftskanton ohne Bewilligung ausgeübt werden kann, jedoch am Bestimmungs-

---

<sup>97</sup> OESCH/ZWALD (FN 69), N 2 f. zu Art. 2 BGBM; ZÜND/ERRASS (FN 4), S. 171; BBl 2004 465 ff., 484 f.

<sup>98</sup> BBl 2004 465 ff., 484 f.

<sup>99</sup> Vgl. sogleich hinten G. IV.

bzw. Einsatzort einer Bewilligungspflicht untersteht.<sup>100</sup> Ortsfremde private Sicherheitsdienstleister, welche in ihrem Herkunftskanton, der keine gesetzliche Bewilligungspflicht kennt, die betreffenden Tätigkeiten rechtmässig erbringen bzw. anbieten (vorausgesetzt, diese sind ihnen auch nicht explizit verboten worden), dürfen von ansässigen Sicherheitsdienstleistern mittels Bewilligungsverfahren geprüft werden. Eine Ausübung der entsprechenden Tätigkeit darf diesfalls unter den jeweils geltenden gesetzlichen Voraussetzungen gewährt werden. Wer aus einem Herkunftskanton stammt, der keine Bewilligungspflicht kennt, jedoch über eine Bewilligung eines Drittkantons verfügt, dem ist der freie Marktzugang ebenfalls vorbehaltlos zu gewähren.

#### **IV. Beschränkung des Marktzugangsanspruchs**

[Rz 46] Ortsfremden (ausserkantonalen) Anbietern von privaten Sicherheitsdienstleistungen darf der freie Marktzugang grundsätzlich nicht verweigert werden. Art. 3 BGBM räumt der Behörde des Bestimmungsortes aber die Möglichkeit ein, den ortsfremden Anbietern den Marktzugang in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken. Um überhaupt derartige Beschränkungen des freien Marktzugangs ins Auge fassen zu können, muss die zuständige Behörde des Bestimmungsortes die gesetzliche Vermutung umstossen bzw. widerlegen. Damit marktbeschränkende Auflagen oder Bedingungen überhaupt zulässig sind, müssen diese entsprechend ausgestaltet sein. Dies trifft zu, sofern sie gleichermaßen auch für ortsansässige Anbieter gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten. Solche Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen sind im Besonderen dann unverhältnismässig und dementsprechend unzulässig, wenn ein hinreichender Schutz der öffentlichen Interessen bereits durch die Bewilligungsvorschriften des Herkunftsortes oder durch die vom Anbieter am Herkunftsort ausgeübte praktische Tätigkeit gewährleistet wird.<sup>101</sup>

#### **V. Begründungs- und Beweislast**

[Rz 47] Es obliegt den Behörden des Bestimmungsortes, die nach Art. 2 Abs. 5 BGBM verankerte Gleichwertigkeitsvermutung zu widerlegen und zu begründen, dass die verfügten Beschränkungen den gesetzlichen Voraussetzungen genügen (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM). Ein kantonales Bewilligungsverfahren ist einzig dann zu durchlaufen, sofern es an der gesetzlich vermuteten Gleichwertigkeit fehlt, was, wie erläutert, häufig nur sehr schwer zu beweisen ist, oder allenfalls dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Gesuchsteller die Bewilligungsvoraussetzungen im betreffenden Herkunftskanton gar nie erfüllt hat oder die dort zuständige Behörde die eigenen Zulassungsvorschriften systematisch missachtet, wobei dies wohl nur schwer zu beweisen ist.<sup>102</sup> Ist einem ortsfremden Sicherheitsdienstleister eine Tätigkeit in einem ande-

---

<sup>100</sup> DIEBOLD (FN 70), S. 145 f. (m.H. auf die Rechtsprechung in FN 61); OESCH/ZWALD (FN 69), N 4 zu Art. 2 BGBM. Nach der von der KKJPD vertretenen Ansicht soll selbst dann um keine Bewilligung ersucht werden müssen, wenn die erste Zulassung in einem Kanton erfolgt bzw. erste Tätigkeit aufgenommen wird, in welchem gar keine Bewilligung erforderlich ist (Erläuterungen KÜPS, S. 1; wörtlich zitiert von mehreren Kantonsregierungen in den jeweiligen Berichten zu deren Gesetzesrevisionen: vgl. z.B. auch der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen in der Amtsdruckschrift 11-55, S. 12). Diese Ansicht widerspricht klar der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

<sup>101</sup> OESCH/ZWALD (FN 69), N 4 f. zu Art. 3 BGBM.

<sup>102</sup> GAMMENTHALER (FN 67), Rz. 62 (m.H. auf BGE 135 II 12 E. 2.4 S. 19).

ren Kanton verboten worden, kann dies ebenfalls ein erneutes Durchlaufen eines Bewilligungsverfahrens rechtfertigen und als Folge daraus marktbeschränkende Auflagen oder Bedingungen bzw. gar die Verweigerung des Marktzuganges nach sich ziehen.

[Rz 48] Neben der Begründungs- und Beweislast trifft den Bestimmungskanton zudem eine Meldepflicht. Die zuständige, sprich verfügende Behörde, hat jede Beschränkung oder Verweigerung der Marktzulassung eines ausserkantonalen privaten Sicherheitsdienstleisters nicht nur dem Verfügungsadressaten selbst, sondern gleichzeitig auch der Eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Kenntnis zu bringen. Das BGBM verpflichtet nämlich Behörden und Gerichte, Verfügungen und Urteile, welche in Anwendung des BGBM ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift der WEKO zuzustellen (Art. 10a Abs. 2 BGBM). Damit wird sichergestellt, dass die WEKO von ihrem eigenständigen Beschwerderecht gemäss Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM Gebrauch machen kann.<sup>103</sup> Als unabhängige Bundesbehörde kann sie Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Marktzugang in unzulässiger Weise beschränkt. Dabei kann sie die Rechtsmittel des kantonalen Rechts jeder Stufe ergreifen und sich am Verfahren vor jeder kantonalen Instanz (d.h. verfügende Behörde, Exekutive, Verwaltungs- bzw. Obergericht) beteiligen. Ausserdem ist sie zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt (Art. 111 Abs. 2 BGG<sup>104</sup>).<sup>105</sup>

## VI. Kosten

[Rz 49] Art. 3 Abs. 4 BGBM begründet einen Anspruch und verlangt, dass über Beschränkungen des Marktzuganges in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden ist.<sup>106</sup> Dieser Anspruch geht über den Wortlaut der Bestimmung hinaus: Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dieser Grundsatz des kostenlosen Verfahrens für sämtliche Verfahren nach BGBM und folglich für das Bewilligungsverfahren schlechthin.<sup>107</sup> Liegt nun eine gültige kantonale Bewilligung vor, so dürfen in einem allenfalls erneuten Bewilligungsverfahren in einem anderen Kanton von den dort zuständigen Behörden nicht nochmals Bewilligungsgebühren erhoben werden, und zwar auch nicht mit der Begründung einer reinen, dem Aufwand der Behörde entsprechenden Verwaltungsgebühr.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> OESCH/ZWALD (FN 69), N 3 zu Art. 10a BGBM. Das Beschwerderecht der WEKO wurde im Zuge der Teilrevision des BGBM im Jahre 2006 eingeführt, um der Verwirklichung des Binnenmarktes zum Durchbruch zu verhelfen (BBl 2004 465 ff., 490; OESCH/ZWALD (FN 69), N 3 zu Art. 1 BGBM).

<sup>104</sup> SR 173.110.

<sup>105</sup> Zum Ganzen OESCH/ZWALD (FN 69), N 6 zu Art. 9 BGBM.

<sup>106</sup> Dieser Anspruch beschränkt sich auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren und gilt daher nicht für Rechtsmittelverfahren (BGE 134 II 329 E. 7 S. 340).

<sup>107</sup> BGE 136 II 470 E. 5.3 S. 487; BGE 125 II 56 E. 5b S. 63; ferner zitiert bei GAMMENTHALER (FN 67), Rz. 72.

<sup>108</sup> BGE 125 II 56 E. 6 S. 64; BGE 125 II 406 E. 3 S. 408 ff.; ferner zitiert und zusammengefasst bei GAMMENTHALER (FN 67), Rz. 73.

## **H. Schlussfolgerungen und Problemlösung**

### **I. Wirkungsschwache Regulierungsbemühungen**

[Rz 50] Die gesamtschweizerisch im Bereich der privaten Sicherheitstätigkeit bereits als verworren und unsicher zu qualifizierende Rechtslage sowie insbesondere die von den Kantonen und der KKJPD stark unterschätzte Durchschlagskraft des Binnenmarktgesetzes haben in der Rechtspraxis dazu geführt, dass die verschiedenen bestehenden Lösungen sowohl auf kantonaler als auch interkantonaler Ebene sehr einfach zu umgehen bzw. zu unterlaufen sind und sich inzwischen in der Rechtspraxis als wirkungsschwache Regulierungsversuche entpuppt haben. Daran wird sich so lange nichts ändern, als nicht der Bund eine Rechtsvereinheitlichung mit entsprechend hohen Standards in Form eines neuen Bundesgesetzes zwingend durchsetzt.

[Rz 51] Mit Ausnahme der gesuchstellenden ausserkantonalen Anbieter, in deren Herkunftskanton keine gesetzliche Bewilligungspflicht besteht, ist es für die jeweils zuständige Behörde bei allen ortsfremden Gesuchstellern praktisch unmöglich, die binnenmarktrechtlich vermutete Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen zu widerlegen. Letztendlich darf ein Kanton auch allenfalls zwielichtigen ortsfremden Anbietern von privaten Sicherheitsdienstleistungen, die bereits über eine Bewilligung eines anderen Rechtsraums (d.h. Kanton oder Konkordatsgebiet) besitzen, nicht die Zulassung auf dem Kantonsgebiet verweigern bzw. beschränken. Infolgedessen kann ein ausserkantonaler Anbieter versuchen, in demjenigen Kanton oder Konkordat, welcher bzw. welches über die tiefsten gesetzlichen Standards verfügt, eine Bewilligung zu erlangen und sich damit einen gesamtschweizerischen Marktzugang zu erschliessen bzw. die bestehenden höheren gesetzlichen Anforderungen in der übrigen Schweiz zu umgehen.

### **II. Unbeabsichtigter Diskriminierungseffekt**

[Rz 52] Neben der Bindung personeller und finanzieller Ressourcen hat die Einführung der gesetzlichen Bewilligungspflicht, welches zwischen dem Bewilligungsverfahren für ortsansässige und demjenigen für ortsfremde Gesuchsteller unterscheidet, zu einer indirekten Diskriminierung von im betreffenden Kanton ansässigen Erbringern privater Sicherheitsdienstleistungen gegenüber ortsfremden (d.h. ausserkantonalen) Anbietern geführt. Den Letztgenannten muss ohne Durchlaufen eines Bewilligungsverfahrens fast ausnahmslos der freie Marktzugang gewährt werden, was vom jeweiligen Gesetzgeber gerade nicht beabsichtigt war. Die rechtliche Regulierung der privaten Sicherheitsbranche trifft somit praktisch ausschliesslich die ortsansässigen Anbieter. Diese Ungleichbehandlung entspricht zwar nicht dem Sinn und Geist des als Rahmengesetz konzipierten BGBM, welches zur Erreichung seines Zwecks die Nichtdiskriminierung ortsfremder Wirtschaftsteilnehmer sowie die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit kantonaler oder kommunaler Marktzutrittsvorschriften in den Vordergrund stellt.<sup>109</sup> Dennoch scheint das BGBM einen solchen negativen Nebeneffekt in Kauf zu nehmen.

---

<sup>109</sup> BBl 1995 I 1213 ff., 1257.



### III. Bundeslösung gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV als Ausweg

[Rz 53] Wie die Ausführungen zum geltenden kantonalen bzw. interkantonalen Recht betreffend das private Sicherheitsgewerbe belegen, ist die Rechtslage derart verworren, dass weder für die rechtsanwendenden Behörden noch die Rechtsunterworfenen unbestritten klar ist, gestützt auf welche Rechtsgrundlage private Sicherheitsdienstunternehmen und deren Angestellte in welchem Rechtsraum zur Ausübung welcher Sicherheitsmassnahmen berechtigt sind. Zudem sind die Auswirkungen des Binnenmarktrechtes auf die gesetzliche Regulierung der Tätigkeiten des privaten Sicherheitsgewerbes stark unterschätzt worden, wie die beiden von der WEKO erfolgreich geführten Beschwerden gegen kantonale Negativverfügungen vor dem zuständigen Verwaltungsgericht offenbart haben. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften sind von den Kantonen entweder zu wenig bis gar nicht berücksichtigt oder gar missinterpretiert worden. Das BGMB «neutralisiert» sozusagen – zwar in unbeabsichtigter Weise (!) – die Regulierungsbestrebungen der Kantone und verunmöglicht faktisch eine wirksame und rechtsgleiche gesetzliche Regulierung einer Branche, die sinnvoll und vonnöten wäre. Dieser Missstand kann einzig durch den Bund behoben werden, zumal es denn auch unzweifelhaft einer einheitlichen Regelung für den gesamten schweizerischen Rechtsraum bedarf. Der Bund wäre kraft seiner aus Art 95 Abs. 1 BV fliessenden nachträglich derogatorischen Kompetenz zum Erlass einheitlicher Regelungen für die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit von Sicherheitsunternehmen in Form eines Bundesgesetzes befugt.<sup>110</sup>

---

Dr. iur. JÜRGEN MARCEL TIEFENTHAL ist Autor des Buches «Kantonale Polizeihöhe», welches 2016 im Schulthess Verlag erschien. Der Autor ist zur Zeit in der wissenschaftlichen Forschung tätig.

Der Autor hat sich mit der hier spezifisch behandelten Thematik bereits im Rahmen einer umfassenden Publikation über das kantonale Polizeirecht auseinandergesetzt. Der vorliegende Beitrag stützt sich u.a. auf die Erkenntnisse in den betreffenden Abschnitten jener Arbeit ab.

---

<sup>110</sup> Vgl. gl.M. BIAGGINI (FN 43), N 3 zu Art. 95 BV (zur Rechtsnatur); BBl 2006 623 ff., 646. Auch das neue und erst auf den 1. September 2015 in Kraft gesetzte Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS) verweist in seinem Ingress auf Art. 95 Abs. 1 BV als Rechtsgrundlage. Ein Lösungsweg zur einheitlichen Regelung der besagten Materie nach Art. 43a BV, der jedoch einer Verfassungsänderung bedürfte, ist aufgrund des Gesagten abzulehnen (vgl. BIAGGINI [FN 43], N 2 ff. zu Art. 43a BV, welcher den in Art. 43a BV formulierten Grundsätzen eine diffuse rechtliche Tragweite attestiert und den Eindruck äussert, eine «missglückte» Norm [Art. 42 Abs. 2 BV] sei durch eine andere «missglückte» Norm ersetzt worden).