

Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen

Übersicht über die verfassungsrechtlichen Anforderungen in der Schweiz ¹



Walter Kälin*



Andreas Lienhard**



Judith Wyttenbach***

Vom Institut für öffentliches Recht der Universität Bern:

- * Ordinarius für eidgenössisches und vergleichendes kantonales Staatsrecht sowie Völkerrecht unter Einschluss des Rechtes internationaler Organisationen
- ** Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht
- *** Ordinaria für Staats- und Völkerrecht

Im Bereich der Übertragung hoheitlicher polizeilicher Befugnisse an Private stehen sich verschiedene Interessen gegenüber, die einer sorgfältigen Abwägung bedürfen. Einerseits können Interessen des Staates an haushälterischer Ressourcenverwaltung (Sparpotential), Effizienzsteigerung und Praktikabilität für eine Erledigung durch Private sprechen. Andererseits sind aber auch die Interessen des Staates an (rechtsgleicher) Versorgungssicherheit, an der Legitimität, Regulierung und Kontrolle physischer Zwangsausübung als Kern des Gewaltmonopols sowie die Pflicht des Staates zur Achtung der Grundrechte entsprechend zu gewichten. Bei jeder sicherheitspolizeilichen Aufgabe muss eine qualitative Bewertung vorgenommen werden: Je intensiver der potentielle Eingriff in die Rechtsgüter von Menschen ist, desto weniger Spielraum besteht für die Erfüllung durch privates Personal. Polizeiliche Standardmassnahmen berühren i.d.R. grundrechtlich hochsensible Bereiche. Dies gilt insbesondere für unmittelbare Polizeieingriffe unter Anwendung von Zwang, die individualisiert und selektiv erfolgen (sog. polizeiliche Realakte). Solche repressiven Massnahmen sollten in Anordnung und Ausführung demokratisch begründet sein. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist allgemein zu fordern, dass an der Auslagerung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht (z.B. Effizienz- oder Effektivitätssteigerungen) und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz eingehalten wird, vor allem bezüglich der Eignung der Auslagerung für eine nachhaltige Versorgung. Hinsichtlich der ausgelagerten Aufgabenerfüllung müssen alsdann auch die weiteren rechtsstaatlichen Garantien – wie der Grundrechtsschutz, die Aufsichtsmechanismen und die demokratische Kontrolle – sowie die Staatshaftung und die Verfahrensgarantien sichergestellt sein.

I. Ausgangspunkt: Gewaltmonopol des Staates

Zentraler Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit von Auslagerungen ist zunächst das historisch begründete staatliche Gewaltmonopol als konstitutives Merkmal des modernen Staates. Das Gewaltmonopol wird von der Verfassung implizit vorausgesetzt bzw. als *Element des Rechtsstaatsprinzips* aufgefasst.² Es bedeutet einerseits, dass der Staat die demokratisch und rechtsstaatlich verliehene Macht besitzt, seine Gesetze notfalls mit Zwang durchzusetzen, und andererseits, dass er über die Frage legitimer und illegitimer Gewalt von Privaten entscheidet.³ Die Menschen verzichten auf gewaltsame Selbstjustiz; im Gegenzug garantiert ihnen der Staat rechtsstaatliche Verfahren zur Durchsetzung ihrer Ansprüche und gewährleistet ihre Sicherheit. Die Gewaltausübung als letztes Mittel der Durchsetzung der Rechtsordnung

¹ Der vorliegende Beitrag fasst die Ergebnisse eines Gutachtens zusammen (integral publiziert in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht: Kälin Walter/Lienhard Andreas/Wyttenbach Judith, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben ZSR 126 (2007), Beiheft Nr. 46. Die Autorin und die Autoren danken stud. iur. Laura Zimmermann für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts.

² Bernhard Weiner, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, Frankfurt am Main 2001, S. 128, für Deutschland. I.d.R. wird die Existenz des Gewaltmonopols nur indirekt anhand einzelner Verfassungsbestimmungen sichtbar, die ein Monopol des Staates in diesem Bereich voraussetzen. Dazu zählen vor allem gewisse Zweck-, Aufgaben- und Kompetenznormen wie Art. 2 BV (Staatszweck), Art. 57 BV (Sicherheit), Art. 58 BV (Armee), Art. 36 Abs. 1 BV (polizeiliche Generalklausel).

³ Ähnlich Gerhard Nitz, Private und öffentliche Sicherheit, Berlin 2000, S. 326.

und der Gewährleistung des friedlichen Zusammenlebens ist deshalb grundsätzlich den unmittelbar demokratisch legitimierten, staatlichen Behörden vorbehalten.⁴ Das Gewaltmonopol stellt damit bei Auslagerungen von sicherheitspolizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen ein besonderes Beurteilungselement dar.⁵ Sicherheitsaufgaben stellen mithin einen staatlichen Aufgabentypus dar, der Auslagerungen nur beschränkt zugänglich ist.⁶

II. Private Gefahrenabwehr

1. Vereinbarkeit mit dem staatlichen Gewaltmonopol

Mit dem staatlichen Gewaltmonopol vereinbar ist die individuelle, private Gefahrenabwehr im Sinne des Hausrechts oder der sog. Jedermannsrechte, wie sie im Zivil- und Strafrecht positivrechtlich für Ausnahmesituationen umschrieben sind (Notwehr, Notstand, Festhalterrecht etc.). Die privaten Selbsthilferechte sind eine notwendige Ergänzung zu den polizeilichen Aufgaben des Staates; die Polizei kann und soll nicht immer und überall präsent sein. Die Rechte der privaten Gefahrenabwehr können grundsätzlich von den Trägern – es kann sich dabei um Private wie auch um das Gemeinwesen handeln – auf private Sicherheitsunternehmen übertragen werden. Allerdings ist zu unterscheiden zwischen der Gefahrenabwehr im *privaten* und jener im *öffentlich zugänglichen* Raum: Während im ersten Fall der Individualgüterschutz in Ausnahmesituationen im Vordergrund steht, wird im zweiten Fall auch eine generelle Gefahrenabwehr- und Ordnungsfunktion ausgeübt. Dies kann besonders dann problematisch sein, wenn Betroffene nicht vorgängig ausdrücklich oder konkludent – z.B. mit dem Eintrittsticket zu einer Veranstaltung – die Einwilligung in Massnahmen des Sicherheitsdispositivs erteilt haben. Im *öffentlichen Raum* – dazu zählen unter anderem Gemeindestrassen und Trottoirs, Plätze, öffentliche Bahnhoftareale, Parkanlagen oder öffentliche Strassen rund um Sportstadien – ist die Polizei für die Sicherheit zuständig. Tätigkeiten privater Sicherheitsleute im Rahmen der Jedermannsrechte sind hier bloss im Bereich des *individuellen* Objekt-, Personen- und Transportschutzes zulässig.

2. Regulierung des privaten Sicherheitsgewerbes

Die Tätigkeit privater Sicherheitsdienstleister fällt unter den Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Diese Freiheit kann allerdings unter den Voraussetzungen von

Art. 36 und 94 Bundesverfassung (BV) eingeschränkt werden. Einschränkungen – z.B. die Einführung einer Gewerbebewilligung, Auflagen bei der Gewerbeausübung oder behördliche Kontrollen – bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen zudem öffentlichen Interessen dienen, verhältnismässig sein und alle Konkurrenten gleich behandeln. Da private Sicherheitsdienste auf gewerbsmässiger Basis Jedermannsrechte und Befugnisse aus dem Hausrecht ausüben, sind an ihre Fähigkeiten bezüglich der Einschätzung der Gefahrensituation und der Angemessenheit der Abwehr erhöhte Anforderungen zu stellen. Entsprechend sollten sie zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und namentlich zum Schutz der Rechte betroffener Personen einer staatlichen Regulierung unterzogen werden.

In der Schweiz und europäischen Ländern häufig anzutreffen sind dabei Bewilligungspflichten sowie Vorschriften über die Ausbildung oder Ausrüstung, über die Befugnisse, über Haftpflichtversicherungen und über die staatliche Aufsicht. Manche Kantone haben gesetzlich eine Bewilligungspflicht eingeführt oder sehen in ihrer Gesetzgebung vor, dass eine solche in Zukunft eingeführt werden kann. Andere kantonale Polizeigesetze halten fest, dass die privaten Sicherheitsdienste bei ihrer Aufgabenerfüllung ohne besondere Bewilligung keine Schusswaffen tragen oder benützen dürfen. Es findet sich ferner die Pflicht, dass sich privates Personal von der Polizei z.B. durch die Uniform optisch klar zu unterscheiden hat. In mehreren Kantonen schreibt die Gesetzgebung vor, dass die Bewilligungsinhaber sowie deren Angestellte keine hoheitlichen Befugnisse innehaben und dass sie ferner keine amtlichen Kompetenzen vortäuschen dürfen. Insgesamt ist die

Insgesamt ist die kantonale Aufsicht über die private Sicherheitsbranche nach wie vor sehr unterschiedlich.

⁴ Siehe dazu auch Bericht des Bundesrates vom 2. Dezember 2005 zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (in Beantwortung des Postulats Stähelin 04.3267 vom 1. Juni 2004. „Private Sicherheitsfirmen“), BBl 2005 2848 ff.

⁵ Zur Abwägung von Vor- und Nachteilen von Auslagerungen im Allgemeinen siehe Andreas Lienhard, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern 2009, S. 45 ff.

⁶ Bericht des Bundesrats vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006 8251 ff.

kantonale Aufsicht über die private Sicherheitsbranche nach wie vor sehr unterschiedlich.⁷

Eine erste interkantonale Vereinheitlichung der Regulierung erfolgte 1996 im Konkordat der Westschweizer Kantone über die Sicherheitsunternehmen.⁸ Es statuiert im Wesentlichen eine doppelte Bewilligungspflicht, einerseits für die Gründung und den Betrieb einer Firma, andererseits für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen in den Konkordatskantonen. Zudem nennt es (deklaratorisch) die Grenzen der privaten Selbsthilfe. Das Konkordat über private

Anders als private Sicherheitsunternehmen ist die Polizei eine Behörde, deren Aufbau und Einsatz direkt durch die Gesetzgebung legitimiert und reglementiert ist.

Sicherheitsdienstleistungen der KKJPD vom 12. November 2010 führt ebenfalls für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen eine Bewilligungspflicht ein, die mit verschiedenen Voraussetzungen und Bedingungen verknüpft

ist. Es umschreibt ferner die Grenzen der privaten Selbsthilfe. Allerdings haben bereits mehrere Kantone den Beitritt zum Konkordat abgelehnt, darunter auch Kantone, die bisher keine Bewilligungspflicht kennen.⁹

III. Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben

Von der Übertragung der privaten Selbsthilfrechte auf Sicherheitsunternehmen zu unterscheiden ist die *Auslagerung sicherheitspolizeilicher und damit öffentlicher Aufgaben*.

1. Charakteristik der sicherheitspolizeilichen Aufgaben

Die kantonale Polizeigesetzgebung sowie teilweise auch die Bundesgesetzgebung enthalten Kon-

kretisierungen des Auftrags, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu schützen. Zu den sicherheitspolizeilichen Aufgaben zählen z.B. die Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung, die Hilfeleistung bei unmittelbarer Gefahr für Leib, Leben, Eigentum oder anderen Notsituationen, unter Umständen die Leistung von Amts- und Vollzugshilfe, die Beilegung von Streitigkeiten und die Lösung von Konflikten sowie die Intervention bei häuslicher Gewalt, die polizeiliche Unterstützung bei Grossanlässen oder Massnahmen bei Katastrophen und Unfällen. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen der Polizei verschiedene Mittel des Verwaltungsrechts zur Verfügung. *Hoheitlich und unmittelbar im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols* handelt die Polizei, wenn ihre Massnahmen im Rahmen der sicherheitspolizeilichen Gefahrenabwehr oder der zwangsweisen Amts- und Vollzugshilfe in die Rechte der Menschen eingreifen.¹⁰ Als besonders grundrechtssensibel müssen Eingriffe gelten, welche die physische Integrität (z.B. Leibesvisitation und Einsatz von Gewalt), die Bewegungsfreiheit (z.B. Festhaltung und Inhaftierung), die Privatsphäre (z.B. Hausdurchsuchung) und das Eigentum (z.B. Einzug von Gütern) betreffen. *Hoheitlich* ist staatliches Handeln, wenn einer Person ein Handeln, Unterlassen oder Dulden vorgeschrieben wird und diese Anordnung rechtlich durchgesetzt werden kann. Als hoheitliche polizeiliche Massnahmen gelten nach der Literatur und der Praxis der Kantone insbesondere Handlungen, die *direkt mit Zwang oder Zwangsandrohung verbunden sein können*, z.B. die Anhaltung und Identitätsfeststellung, erkennungsdienstliche Behandlung, Wegweisung und Fernhaltung, Befragung und Auskunftspflicht, Vorladung, Vorführung, Fahndung, Polizeigewahrsam, die Durchsuchung von Personen (inkl. Leibesvisitationen) und Sachen, das Betreten von Grundstücken und Durchsuchen von Räumlichkeiten, die Sicherstellung von Objekten, die Zuführung minderjähriger, entmündigter oder eingewiesener Personen, das Eingreifen bei häuslicher Gewalt oder die Durchführung von Polizeitransporten und vieles mehr. Unter *Zwang* wird die unmittelbare Einwirkung auf Personen und Sachen durch körperliche Gewalt, Hilfsmittel (wie Einsperrung) oder Waffen verstanden, um eine Person gegen ihren Willen unmittelbar zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden zu veranlassen. Die zulässigen *Zwangsmittel* sind in den einschlägigen Gesetzen umschrieben. Die Kategori-

7 Siehe dazu im Einzelnen die im oben erwähnten Gutachten (FN. 1) genannten kantonalen Beispiele, S. 41 ff. Dazu auch Botschaft des Bundesrates vom 23. Januar 2013 zum Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen, BBl 2013 1745, 1758 ff. sowie Markus H. F. Mohler, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, S. 421 f.

8 Concordat sur les entreprises de sécurité (CES) du 18 octobre 1996.

9 Dazu Zeno Schnyder von Wartensee, Schwerpunkte und Tendenzen im Bereich des interkantonalen Rechts, LeGes – Gesetzgebung & Evaluation 2013/2, S. 471 - 487, S. 483.

10 Siehe zur Unterscheidung zwischen amtlichem und hoheitlichem Verwaltungshandeln der Polizei, Marco Gamma, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Bern/Stuttgart/Wien 2001, S. 36 ff.; siehe weiter Empfehlung Rec (2001)10 des Ministerkomitees des Europarates vom 19. September 2001 über den Europäischen Kodex für die Polizeiethik.

en sicherheitspolizeilicher Aufgaben sind vielfältig – nicht immer ist Zwang damit verbunden: Zu nennen sind etwa die Gefahrenabwehr, Störungsbeseitigung, Massnahmen bei Katastrophen und Unfällen oder polizeiliche Unterstützung bei Grossanlässen.

2. Verfassungsrechtliche Grenzen sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten

Die spezielle Sensibilität der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit ergibt sich nicht nur aus der potentiellen Anwendung von Zwang, sondern auch aus der Art des verwaltungsrechtlichen Handelns der Polizei und den *Ansprüchen an polizeiliche Ermessensentscheidungen*. Die Polizeibehörde besitzt ein gewisses Ermessen in der Frage, ob und in welcher Form sie einschreiten soll. Dabei hat sie die Vielfalt der Gefahrensituationen, die konkreten Gegebenheiten und die (begrenzten) polizeilichen Mittel abzuwägen. Ihr Leitmotiv ist die Wahrung öffentlicher Sicherheitsinteressen. Je sensibler ein Bereich, je weitreichender die Tragweite des Entscheids und je grösser das Ermessen ist, desto höher sind die Anforderungen an die Entscheidungsfindung und entsprechend wichtiger ist die Professionalität. So ist es nicht dasselbe, ob ein Privater für kurze Zeit den Verkehr neben einer Baustelle anhält, oder ob Angestellte einer beauftragten Sicherheitsfirma kurzfristig und vor Ort darüber entscheiden, ob und wie Alkohol konsumierende Jugendliche von einem öffentlichen Platz wegweisen werden sollen.

Diese staatliche Machtfülle, die mit sicherheitspolizeilichen Aufgaben verbunden ist, unterliegt verschiedenen verfassungsrechtlichen Grenzen, die auf Gesetzesebene konkretisiert sind: Die Grundsätze polizeilichen Handelns, wie die Beachtung der Grundrechte und Prinzipien rechtsstaatlichen Handelns (vor allem das Legalitätsprinzip unter Vorbehalt der polizeilichen Generalklausel und das Verhältnismässigkeitsprinzip) sowie das Störer-, das Verursacher- und das Opportunitätsprinzip bilden gewissermassen das Gegenstück zu den umfassenden polizeilichen Befugnissen kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Verwaltungsträger. Anders als private Sicherheitsunternehmen ist die Polizei eine Behörde, deren Aufbau und Einsatz direkt durch die Gesetzgebung legitimiert und reglementiert ist. Ihre Beamtinnen und Beamten sind unmittelbar in die Verwaltungsorganisation und deren Hierarchie eingebunden. Sie agieren nach den Anordnungen und

Weisungen sowie unter der unmittelbaren Kontrolle ihrer Vorgesetzten. Sie dienen nicht wechselnden Auftraggebern mit unterschiedlichen Beweggründen, sondern ihre Anstellung und ihre Einsatzgebiete erfolgen ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt öffentlicher Interessen. Diese kurze Kontrolldistanz ist dann von besonderer Relevanz, wenn es um die direkte, notfalls gewaltsame Beschränkung der Rechte von Menschen geht. Diese Faktoren sind zu berücksichtigen, wenn es um das Ob und das Wie einer Auslagerung sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten auf Private geht.

3. Rahmenbedingungen der Auslagerung sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten

Gemäss den allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns von Art. 5 BV bedürfen Auslagerungen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.¹¹ Grundvoraussetzung für die Auslagerung bestimmter sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten ist nach schweizerischem Verfassungsverständnis zunächst eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Vom Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung ausgenommen werden kann lediglich der bloss hilfsweise Beizug von Privaten im Rahmen der sog. Bedarfsverwaltung, wobei solche private Hilfspersonen gegenüber der Öffentlichkeit nicht in Erscheinung treten.

Das erforderliche *öffentliche Interesse* liegt bei der Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben auf Private einerseits beim effizienteren Umgang mit den beschränkten öffentlichen Mitteln, andererseits beim wirkungsvolleren Vollzug. Es wird also eine Effektivitäts- und Effizienzsteigerung angestrebt. Ob mit entsprechenden Auslagerungen tatsächlich die angestrebten öffentlichen Interessen verfolgt werden können, ist vor dem jeweiligen Auslagerungsentscheid im Sinne einer prospektiven Abschätzung zu

Gemäss den allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns von Art. 5 BV bedürfen Auslagerungen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

¹¹ Siehe auch Giovanni Biaggini, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Publications de l'Institut suisse de droit comparé (éd.), Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, S. 67 - 108, S. 103.

ermitteln. Aus dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* ergibt sich ferner, dass Auslagerungen als dauerhaft geeignete(re) Form der Aufgabenerfüllung erscheinen müssen, nicht zu unnötigen Eingriffen in Rechtspositionen von Dritten führen und eine angemessene Relation zwischen den angestrebten öffentlichen und den privaten Interessen wahren.

Die rechtsstaatlichen Vorgaben, bei denen der auch international verankerte Grund- und Men-

Sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten [...] sowie weitere polizeiliche Standardmassnahmen mit Zwangscharakter sollten hingegen nicht an Private delegiert werden.

schenrechtsschutz im Zentrum steht, führen zusammen mit dem Gewaltmonopol und der Sicherheitsgewährleistung als staatliche Kernaufgabe zu ver-

schiedenen Abwägungskriterien. So kommt es darauf an, wie stark (Grund-)Rechte von Störern durch die übertragenen Aufgaben oder Kompetenzen betroffen sind, wie viel Rechtsschutz verfügbar ist, wie eng die Tätigkeit mit potentieller Zwangsanwendung verbunden und wie gross der Ermessensspielraum bei der Anwendung der polizeilichen Massnahmen ist. Je stärker diese Faktoren gewichtet werden müssten, desto kleiner ist letztlich der Spielraum für eine Übertragung der Aufgabenerledigung an Private.

4. Zulässigkeit der Aufgabenerledigung durch Private im Einzelnen

Es lassen sich keine Pauschalaussagen über die gesamte sicherheitspolizeiliche Tätigkeit machen. Vielmehr ist die Zulässigkeit einer Auslagerung im Hinblick auf die oben genannten Grundsätze für jede Aufgabe gesondert zu beurteilen. Wendet man diese Abwägungskriterien auf einzelne sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten an, lassen sich vereinfachend folgende Schlüsse für den Auslagerungsentcheid ziehen:

Die Auslagerung ist z.B. *grundsätzlich zulässig* bei rein präventiven Aufgaben der Polizei (z.B. Beratung über Einbruchsschutz) sowie beim Einbezug privater Erfüllungsgehilfen (z.B. Auto-Abschleppdienste, Fotografen, Techniker). Mit gewissen Aufla-

gen sind auch Streifendienste und Kontrolltätigkeiten auslagerungsfähig, sofern sich die Beauftragten auf blosse Überwachungs- und Meldetätigkeiten beschränken.

Nur beschränkt zulässig ist eine Auslagerung hingegen im Bereich des Bestrafungsmonopols. Hier ist lediglich die reine Erfüllungsgehilfenschaft bei Tätigkeiten, die einen geringen Ermessensspielraum aufweisen, zulässig (z.B. die Kontrolle der blauen Zone). Sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten wie das Durchsuchen von Personen und Räumen, polizeiliche Anhaltungen und Personenkontrollen im öffentlichen Raum, erkennungsdienstliche Massnahmen, polizeiliche Befragungen sowie weitere polizeiliche Standardmassnahmen mit Zwangscharakter sollten hingegen nicht an Private delegiert werden. Ebenfalls problematisch (aber praktiziert) sind ferner die Bewachung von Gefangenen oder Ausschaffungen durch privates Sicherheitspersonal (Gefangenen-transporte¹²/Gewahrsam). In diesen Bereichen liegt eine Ausführung durch Private u.E. weder im öffentlichen Interesse, noch ist sie verhältnismässig. Dies gilt auch für individualisierte, d.h. auf spezifische Einzelpersonen oder Personengruppen zielende Wegweisungen und Fernhaltungen, die zwangsweise durchgesetzt werden können. Beispiele dafür sind Wegweisungen etwa bei häuslicher Gewalt, von Randständigen (Drogenkonsumentinnen und -konsumenten), von Gruppen von Jugendlichen, von Hausbesetzerinnen und -besetzern oder Demonstrierenden. Allgemeine/generelle Wegweisungen und Fernhaltungen (z.B. Unfallstellen, Gefahren, Verkehrsumleitungen) sind hingegen grundsätzlich auslagerungsfähig. Diese Aussagen lassen sich allerdings nicht für jede denkbare Situation verallgemeinern. Sollen Private eingesetzt werden, stellt sich stets die Frage, wie die konkreten Umstände eines Einsatzes aussehen und wie hoch das Konfliktpotential vermutlich sein wird. Dies wiederum hängt vom Grund für eine Wegweisung und Fernhaltung und von der Intensität der Beeinträchtigung für die Weggewiesenen oder Ferngehaltenen ab.

Im *halböffentlichen Raum* können aus dem Hausrecht konkurrierende Kompetenzen privat beauftragter Sicherheitsdienste bestehen (z.B. Grossanlässe). Diese sind aber nicht mit den genannten polizeilichen Massnahmen zu verwechseln, auch wenn sie ähnlich erscheinen (z.B. Durchsuchen einer Person).

¹² Vgl. KKJPD und ARGE (bestehend aus SBB AG und Securitas AG), Rahmenvertrag betreffend interkantonalen Häftlingstransporte in der Schweiz vom 14. April 2000. Die KKJPD überträgt der ARGE die Arbeiten für die gesamtschweizerische Koordination und Durchführung der interkantonalen Häftlingstransporte auf Strasse und Schiene.

5. Rahmenbedingung zulässiger Aufgabenerfüllung durch Private

Aus der Gewährleistungspflicht ergibt sich, dass der Staat die gesetz- und verfassungskonforme Aufgabenerledigung durch Private beaufsichtigen bzw. kontrollieren muss. Private Erfüllungsträger fallen im Rahmen ihrer Kompetenzen – gleich wie vereidigte Polizisten – selbstständige Ermessensentscheide. Anders als die Polizistinnen und Polizisten sind sie jedoch weder in die Verwaltungsorganisation (Hierarchie) noch in das Weisungs- und Aufsichtssystem der Polizeibehörden unmittelbar eingebettet. Dies hat notwendigerweise zur Folge, dass die Kontrolldistanz zwischen verantwortlicher Behörde und ausführendem Personal insgesamt grösser ist. Dieser Nachteil muss so gut wie möglich aufgefangen werden. Die Ausgestaltung der Aufsicht ist wenigstens in den Grundzügen gesetzlich zu regeln und in den öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Gemeinwesen und privater Sicherheitsfirma im Hinblick auf die spezifischen Anforderungen und Umstände der Tätigkeit zu konkretisieren. Staatliche Kontrollpflichten sind umso intensiver, je mehr Aufgaben die Polizei auslagert und je intensiver die Aufgabenerfüllung die Rechtsstellung des Einzelnen potentiell betreffen kann. Die Pflichten umfassen sowohl präventive Kontrollmechanismen (wie die Prüfung der fachlichen Befähigung) als auch die begleitende Aufsicht (z.B. Rapporte).

Der Staat hat sicherzustellen, dass die von ihm Beauftragten in fachlicher Hinsicht den Anforderungen gewachsen sind und die Aufgabe verfassungs- und gesetzeskonform erledigt wird. Daraus folgt, dass die verantwortlichen staatlichen Behörden dafür sorgen müssen, dass betroffene Personen weder hinsichtlich der Achtung ihrer Grundrechte noch hinsichtlich des Rechtsschutzes oder der Haftungsfolgen einen Nachteil erleiden. Der Staat kann sich seiner Verpflichtung zur Achtung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze und zum Schutz der Grundrechte nicht dadurch entledigen, dass er Teile der Aufgabenerfüllung privatisiert: Wer hoheitliche Tätigkeiten ausübt, hat die verfassungsrechtlichen Schranken zu achten. Art. 35 Abs. 2 BV bindet jede Wahrnehmung staatlicher Aufgaben an die Grundrechte. Gerade im Polizeiwesen bzw. bei der Übertragung von polizeilichen Aufgaben ist die Grundrechtsbindung bedeutsam, da bei der Erfüllung von Polizeiaufgaben die Gefahr der Beeinträchtigung

von Grundrechten wesentlich grösser ist als bei anderen staatlichen Handlungen. Mit anderen Worten: Handlungen privater Sicherheitsleute, die in Erfüllung staatlicher Aufgaben erfolgen, müssen rechtlich so betrachtet werden, als würde der Staat selbst durch seine Organe tätig.

Soweit die Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben als zulässig beurteilt wird, bedarf es folglich einer hinreichenden Regulierung, insbesondere hinsichtlich Grundrechtsbindung, Rechtsschutz, der fachlichen Anforderungen, Tätigkeitsfelder, Leistungssteuerung, Aufsicht und Staatshaftung. Diese Faktoren sowie die Notwendigkeit, über eine für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit genügende Grundbereitschaft der Polizei zu verfügen, können es insgesamt als vorteilhafter erscheinen lassen, sicherheitspolizeiliche Aufgaben weiterhin vorwiegend vom Gemeinwesen selbst durch die ordentlichen Polizeikorps wahrzunehmen. Damit ist aber nicht gemeint, dass eine Aufgabenübertragung in jedem Fall unvorteilhaft wäre. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Kompetenz und Qualität der Sicherheitsdienstleistungen privater Anbieter kann der Staat durchaus ein legitimes Interesse daran haben, sich im Bereich einzelner Aufgaben durch den Beizug privater Kräfte zu entlasten.

Wer hoheitliche Tätigkeiten ausübt, hat die verfassungsrechtlichen Schranken zu achten.

6. Beispiele aktueller gesetzlicher Regelungen des Bundes sowie auf kantonaler und interkantonaler Ebene

Für den Bund sieht Art. 178 Abs. 3 BV ausdrücklich vor, dass Verwaltungsaufgaben gesetzlich auch an Private zur Erfüllung übertragen werden können. Verschiedene neuere gesetzliche Regelungen befassen sich mit der Aufgabenausführung durch Private im sicherheitspolizeilichen Bereich (hier nur die wichtigsten):

- Das *Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS, SR 120)* erlaubt es in Art. 22 Abs. 2, die öffentliche Aufgabe des Schutzes von Personen, Behörden und Gebäuden des Bundes an Private zu delegieren. Detaillierte Bestimmungen hierzu finden sich in der *Verordnung vom 27. Juni 2001 über das Sicherheitswesen in Bundesverantwortung (SR 120.72)*.

- Die *Verordnung über den Einsatz privater Sicherheitsfirmen durch den Bund vom 31. Oktober 2007 (SR 124)* legt gewisse Grundsätze für die Beauftragung privater Sicherheitsfirmen fest. Soweit Dienstleistungen wie Personenschutz, Bewachung oder Überwachung von Gütern und Liegenschaften im Auftrag von Bundesorganen im Ausland erbracht werden, so gilt neuerdings zudem das *Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen vom 27. September 2013 (BPS)*, welches an Sicherheitsfirmen gewisse qualitative Anforderungen z.B. hinsichtlich der Professionalität des Personals und der Ausrüstung stellt (Art. 30 ff.).
- Das *Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (ZAG, SR 364)* gilt z.B. für den Ausländer- und Asylbereich oder bei Transporten von Personen in Gewahrsam im Auftrag des Bundes. Private Sicherheitsdienstleister unterstehen dem ZAG, wenn ihnen entsprechende Aufgaben in diesem Bereich übertragen werden. Das jeweilige Spezialgesetz regelt, wer zur Zwangsausübung befugt ist. Problematisch scheint, dass das ZAG die Privaten dazu ermächtigt, bei entsprechender Aufgabenübertragung in dem betreffenden Aufgabengebiet die gleichen Massnahmen und Zwangsmittel anzuwenden wie Polizeiorgane (Art. 5 und 6 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. e).
- Das *Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18. Juni 2010 (BGST, SR 745.2)* und die ausführende Verordnung regeln die Befugnisse der Transportsicherheitsorgane, wobei sich die Rahmenbedingungen der Zwangsausübung nach dem oben erwähnten Zwangsanwendungsgesetz richten. Im Gegensatz zum früheren *Bahnpolizeigesetz* begrenzt das BGST die Auslagerung der Aufgabenerfüllung auf Private: So können nur noch Aufgaben des Sicherheitsdienstes, nicht aber die transportpolizeilichen Aufgaben im engeren Sinne auf Dritte übertragen werden. Der Sicherheitsdienst und die Transportpolizei können

Personen befragen und Ausweiskontrollen vornehmen, Personen anhalten, kontrollieren und wegweisen und Sicherheitsleistungen verlangen. Nur die Transportpolizei ist hingegen befugt, angehaltene Personen vorläufig festzunehmen und Gegenstände zu beschlagnahmen.

In einigen Kantonen ist die Möglichkeit der Übertragung gewisser Polizeiaufgaben auf Private gesetzlich vorgesehen (z.B. die Kontrolle der blauen Zone oder Verkehrsleitdienste). Dabei werden nicht die Aufgaben als Ganzes und die Gewährleistungspflicht „privatisiert“, sondern es geht ausschliesslich um die *Erfüllungsprivatisierung*: Bestimmte Aufgaben, die bisher durch die Polizei erledigt wurden, sollen Hilfsdienstangestellten oder privaten Unternehmen übertragen werden. Der Staat behält weiterhin die Endverantwortung für die korrekte Aufgabenerledigung. Mit Ausnahme des Kantons Graubünden erlauben es die kantonalen Polizeigesetze jedoch nicht, sicherheitspolizeiliche Befugnisse im engeren Sinn, die mit Zwangsanwendung verbunden sein können, an Private zu übertragen.¹³

Das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (in der Fassung vom 2. Februar 2012) sieht vor, dass die Behörden private Sicherheitsunternehmen zu Durchsuchungen ermächtigen können. Das oben erwähnte Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen der KKJPD vom 12. November 2010 schliesst die Übertragung staatlicher Aufgaben auf private Sicherheitsdienstleister nicht aus, hält aber fest, dass diese nur dann unmittelbaren Zwang ausüben dürfen, wenn die Eingriffe von „untergeordneter Bedeutung“ sind (Art. 10 Abs. 2 lit. f, z.B. das Belegen von falsch geparkten Autos mit Wegfahrsperrern).

Literatur

Hinweise auf weiterführende und vertiefende Literatur sowie Berichte des Bundes (ergänzend zum Literaturverzeichnis in Walter Kälin/Andreas Lienhard/Judith Wytttenbach, *Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben*, ZSR 126 (2007), Beiheft Nr. 46).

BIAGGINI GIOVANNI, *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. 67-108.

GAMMA MARCO, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr*, Bern/Stuttgart/Wien 2001.

GRAMM CHRISTOF, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Berlin 2001.

GUERY MICHAEL, *Die Privatisierung der Sicherheit und ihre rechtlichen Grenzen*, ZBJV 142 (2006), S. 273-302.

JUNGR FABIAN, *Police Private Partnership*, Köln 2002.

¹³ Analyse der neueren kantonalen Gesetzgebung bei Mohler (FN. 7), S. 421 ff. und bei Andreas Zünd/Christoph Errass, *Privatisierung von Polizeiaufgaben*, *Sicherheit & Recht* 3/2012, S. 162-184, S. 172 f. Siehe ferner die Hinweise im Gutachten (FN. 1), S. 49 ff.

- KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, ZSR 126 (2007), Beiheft Nr. 46.
- LANGENEGGER DANIEL, Polizeiliche Befugnisse der Angehörigen der Armee, des Grenzwachtkorps, der kantonalen Polizeikorps und privater Sicherheitsdienste, Sicherheit & Recht 3/2011, S. 139-154.
- LANZ STEPHAN, Zulässigkeit und Regulierung der Übertragung gemeindepolizeilicher Aufgaben auf Private, Masterarbeit Bern 2005.
- LIENHARD ANDREAS, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern 2009, S. 43-77.
- MACKEBEN ANDREAS, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, Baden-Baden 2004.
- MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, S. 415-446.
- MOHLER MARKUS H.F., Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit zwischen der Polizei und privaten Sicherheitsunternehmen, AJP 2001, S. 33-39.
- MOHLER MARKUS H.F., Sicherheitsbezogene Zutrittskontrollen zu Stadien. Möglichkeiten und Grenzen, auch des Einsatzes privater Sicherheitsdienste, Sicherheit & Recht 2/2010, S. 72-81.
- NITZ GERHARD, Private und öffentliche Sicherheit, Berlin 2000.
- PETRIG ANNA, Private Sicherheitsunternehmen: Die Schweiz verleiht dem Internationalen Verhaltenskodex grössere Durchsetzbarkeit auf nationaler und internationaler Ebene, in: Jusletter 20. Januar 2014.
- SCHNEFFLER JAN, Die Regulierung der Tätigkeit privater Militär- und Sicherheitsunternehmen: Neuere Entwicklungen auf unterschiedlichen Rechtsebenen, Sicherheit & Recht 1/2011, S. 66-69.
- SCHNYDER VON WARTENSEE ZENO, Schwerpunkte und Tendenzen im Bereich des interkantonalen Rechts, LeGes – Gesetzgebung & Evaluation 2013/2, S. 471-487.
- SCHILD JÖRG, Privatisierung contra staatliches Gewaltmonopol, ZStrR 120 (2002), S. 345-356.
- SCHIMPFHAUSER EVA MARIA, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, dargestellt am Beispiel des Strafvollzuges, Frankfurt am Main 2009.
- SEYSEN MICHAEL, Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben durch private Sicherheitsdienste, Kriminologisches Journal 4/1992 (Beiheft), S. 179-196.
- STEGMANN CHRISTOPH, Die Privatisierung polizeilicher Aufgaben, in: Gusy Christoph (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 237-258.
- WEINER BERNHARD, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, Frankfurt am Main 2001.
- ZÜND ANDREAS/CHRISTOPH ERRASS, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit & Recht 3/2012, S. 162-184.
- Bericht des Bundesrates vom 2. Dezember 2005 zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (in Beantwortung des Postulats Stähelin 04.3267 vom 1. Juni 2004. „Private Sicherheitsfirmen“), BBl 2005 2848 ff.
- Bundesrat, Bericht vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006 8233 ff.
- Bericht des Bundesrates vom 2. März 2012 in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 (3. März 2010): Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, BBl 2012 4459.
- Empfehlung Rec (2001)10 des Ministerkomitees des Europarates vom 19. September 2001 über den Europäischen Kodex für die Polizeithik.

Résumé

Externalisation de tâches policières à des entreprises de sécurité privée: aperçu des exigences en matière de droit constitutionnel en Suisse

L'externalisation de tâches policières étatiques à des entreprises privées implique une opposition entre différents intérêts. Il s'agit de les pondérer de manière adéquate. D'une part, les intérêts de l'Etat quant à la gestion de ses ressources financières (potentiel d'économie), les gains en termes d'efficacité ou encore des questions d'ordre pratique peuvent inciter à déléguer différentes missions de sécurité à des privés. D'autre part, il convient également de tenir compte des intérêts de l'Etat en matière de garantie durable de la sécurité, de légitimité, de réglementation et de contrôle des mesures de contrainte en tant que point d'orgue du monopole de la violence ainsi que de l'obligation de l'Etat de respecter les droits fondamentaux. Chaque tâche policière doit donc faire l'objet d'une évaluation qualitative: plus l'atteinte potentielle aux droits de la personne est importante, plus la marge de manœuvre pour une réalisation de ces tâches par du personnel privé est faible.

En règle générale, les mesures policières standard touchent des domaines très sensibles en termes de droits fondamentaux. Que l'on pense notamment aux interventions policières nécessitant l'usage de la contrainte effectuées de manière individualisée et sélective (les actes matériels de police). L'ordre de procéder à de telles mesures répressives, tout comme leur mise en œuvre devraient être fondés sur une base légale démocratique. D'un point de vue général, le droit constitutionnel exige qu'il existe un intérêt public manifeste (p. ex. améliorations de l'efficacité ou de l'efficacités) pour justifier la délégation de tâches policières et que le principe de proportionnalité soit respecté, notamment en offrant des garanties en termes de durabilité de la sécurité. En ce qui concerne la réalisation des tâches externalisées, il est important que les autres garanties liées à l'Etat de droit – la protection des droits fondamentaux, les mécanismes de surveillance et le contrôle démocratique – au même titre que la responsabilité de l'Etat et les garanties procédurales soient assurées.