

Konkordate und Föderalismus im Sicherheitsbereich

Kurzreferat anlässlich der Delegiertenversammlung des Verbands Schweizerischer Polizei-Beamter, Luzern, 10. Juni 2016

Dr. iur. Markus H.F. Mohler,
 ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den
 Universitäten von Basel und St. Gallen, vormals Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt

I Einleitung

Es ist erfreulich und verdienstvoll, dass sich der VSPB dieser rechtlichen, teilweise aber eher dornenvollen Thematik zuwendet. Der mir zugedachte Problembereich bringt es mit sich, dass ich Sie mit juristischen Gedankengängen belästigen oder langweilen muss. Es ist mir noch in lebhafter Erinnerung, dass sich Polizistinnen und Polizisten dafür nicht gerade übermässig begeistern. Aber ich habe das Thema nicht gewählt, diesbezügliche Beschwerden sind daher an eine andere Adresse zu richten...

Il ne m'est pas possible de vous épargner de quelques réflexions juridiques, la plupart en allemand qui est encore pire. Mais je dois vous familiariser même avec de textes constitutionnels. Excusez-moi.

Je m'excuse auprès de nos compatriotes tessinoises et tessinois de ne pas parler aussi en la langue italienne parce que je ne maîtrise cette belle langue malheureusement pas suffisamment. Mais les Tessinoises et tessinois sont quand-même celles et ceux qui sont plutôt bi- ou trilingue à un niveau beaucoup plus élevé que p.ex. les alémaniques.

II Verfassungsgrundlagen und Schranken für Konkordate

Die Bundesverfassung von 1999 enthält mehrere Bestimmungen im Zusammenhang mit Konkordaten, was die Sache nicht einfacher macht. Und es ist auch nicht alles so klar, wie man meinen könnte. Non seulement par rapport aux temps très limité je me borne aux éléments les plus importants.

Konkordate als *interkantonale Verträge* sind v.a. ein Ausfluss des Föderalismus. Sie sollen die Wahrnehmung der jedem einzelnen Kanton zukommenden Kompetenzen und Aufgaben erleichtern. Par principe les concordats en tant que *conventions intercantionales* sont destinés à deux buts : à harmoniser entre les cantons la réglementation dans un domaine particulier et à réduire les efforts nécessaires pour les accomplir.

Die zentrale Bestimmung ist Art. 48 BV¹:

Art. 48 Verträge zwischen Kantonen

Die Kantone können miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen. Sie können namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen.

² Der Bund kann sich im Rahmen seiner Zuständigkeiten beteiligen.

³ Verträge zwischen Kantonen dürfen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen.

¹ In der Fassung vom 28. November 2004, in Kraft seit 1. Januar 2008.

- ⁴ Die Kantone können interkantonale Organe durch interkantonalen Vertrag zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen ermächtigen, die einen interkantonalen Vertrag umsetzen, sofern der Vertrag:
- nach dem gleichen Verfahren, das für die Gesetzgebung gilt, genehmigt worden ist;
 - die inhaltlichen Grundzüge der Bestimmungen festlegt.
- ⁵ Die Kantone beachten das interkantonale Recht.

Das sagt schon viel:

- Die Kantone sind ermächtigt, interkantonale Verträge abzuschliessen.
- Diese dürfen dem Bundesrecht (und dem Völkerrecht) und den Interessen des Bundes nicht widersprechen.
- Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen (Genehmigungsvorbehalt nach Art. 172 Abs. 3 BV), auch nicht beteiligte Kantone können Einsprache erheben
- Sie dürfen den Interessen nicht beteiligter Kantone nicht zuwiderlaufen.
- Gedacht sind v.a. *regionale* Konkordate (Abs. 1).
- Die Kantone können gemeinsame Organe und «Einrichtungen» schaffen.
- Diese Organe können unter bestimmten Voraussetzungen rechtssetzende Bestimmungen erlassen.
- Der Bund kann sich an Konkordaten beteiligen.

Was nicht drin steht:

- Es sind öffentlich-rechtliche Verträge.
- Unterschieden wird zwischen rechtsgeschäftlichen und rechtsetzenden Verträgen
 - Auch Mischformen sind möglich
 - Sodann wird zwischen unmittelbar² und mittelbar rechtsetzenden³ Verträgen unterschieden
- Die Materie muss in der Kompetenz der Kantone liegen.
- Die Kantone sind frei beizutreten oder nicht.⁴
 - Immerhin besteht nach Art. 44 BV aber eine Pflicht zur Zusammenarbeit ebenso wie zu Amts- und Rechtshilfe – und sie schulden einander Rücksicht und Beistand.

Die Möglichkeit, Konkordate als interkantonale Vereinbarungen abzuschliessen, ist ein unverzichtbares Rechtsinstitut des *horizontalen Föderalismus* und demnach eine *Stärke* der schweizerischen Staatsrechtordnung.

- Sie erlauben regionale Lösungen
- Ils assistent à éviter des efforts pour la législation canton par canton et pour l'administration
- Sie erlauben – aber garantieren keine – Rechtsharmonisierungen
- Sont soumis à la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral.

Eine erste *Schwäche* der rechtsetzenden Konkordate ist demokratierechtlicher Art: Ausgehandelt und abgeschlossen werden sie von der Exekutive, Regierung und Verwaltung. Die Parlamente kön-

² Der Vertrag schafft selber Rechtsbestimmungen in den beteiligten Kantonen.

³ Der Vertrag macht (Ziel-) Vorgaben, die in den Kantonen durch eigene Rechtsbestimmungen umzusetzen sind.

⁴ Die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlichkeit nach Art. 48a BV – nur auf Antrag interessierter Kantone – ist nur in den neun abschliessend aufgezählten Aufgabenbereichen möglich, wozu die innere Sicherheit und Polizei nicht gehört.

nen nur noch annehmen oder ablehnen, aber nicht – wie bei einem kantonalen Gesetz – mitgestalten. Eine zweite Schwäche besteht darin, dass sie schwer abänderbar sind: Wiederum müssen alle Instanzen der beteiligten Kantone zustimmen. Das ist sehr schwerfällig.⁵

Zu beachten ist, dass Konkordate – im Gegensatz zur Bundesgesetzen – der verfassungsgerichtlichen Beurteilung durch das Bundesgericht unterworfen sind (Art. 82 Bst. b BGG⁶).

Des conventions omnilaterales, conçues pour l'ensemble des cantons, sont par principe problématiques, mais pas inadmissible. De l'autre coté, la Constitution fédérale prévoit dans l'art. 43a que la Confédération peut assumer « les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération ». Donc, cette disposition n'est pas une base constitutionnelle pour de nouvelles compétences de la Confédération. Mais c'est une possibilité pour résoudre de problèmes ainsi définis. Je reviendrai à ce sujet.

III Konkrete Fragen im Zusammenhang mit der Regelung privater Sicherheitsdienst

1 Die Konkordate im Vergleich

Der Zusammenhang mit der Konkordatsrechtslage bezüglich private Sicherheitsunternehmen war für die Themenwahl zu dieser DV offensichtlich ausschlaggebend, wie aus der zweiten mir gestellten Frage hervorgeht.

Comme nous savons les cantons latins ont approuvé un concordat sur les entreprises privées de sécurité très élaboré déjà en 1996,⁷ amendé par des conventions de 2003 et 2012. Ce concordat prévoit des directives techniques qui peuvent être renouvelés par une commission mixte selon les besoins sans ouvrir la procédure compliquée d'une révision partielle du concordat lui-même.

Tous les six cantons romands font partie de cette convention qui semblent d'en être très contents. Das hat man innerhalb der KKJPD nicht bemerkt. Obwohl von Anfang an klar war, dass die welschen Kantone keinen Bedarf für ein anderes Konkordat hatten und einem solchen auch nicht beitreten würden, wurde am 12. November 2010 das Konkordat der KKJPD über private Sicherheitsdienstleistungen beschlossen.⁸ Reglemente sind nicht vorgesehen.⁹ Es soll am 1. Januar 2017 in Kraft treten. Derzeit sind zehn Kantone beigetreten.¹⁰ Die Situation gleicht einem Scherbenhaufen.

⁵ Als Beispiele diene das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen v. 15. Januar 2007, geändert am 2. Februar 2012. Dann folgte noch eine Änderung, die durch das Bundesgericht mit Urteil v. 7. Januar 2014 (1C_176/2013; 1C_684/2013) angeordnet worden ist.

⁶ Bundesgesetz v. 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110).

⁷ Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité de la Conférence latine des Chefs des Départements de Justice et Police (http://www.cldjp.ch/concordats/domaine_ces.html).

⁸ <http://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>.

⁹ In drei Bereichen (Begriff der Sicherheitsdienstleistung, Ausnahmen von der Bewilligungspflicht und Inhalt der theoretischen Grundausbildung) kann eine Konkordatskommission der KKJPD «Ausführungsrecht» vorschlagen. In weiteren sieben Bereichen kann sie den Kantonen Empfehlungen für die einheitliche Anwendung des Konkordats unterbreiten.

¹⁰ AI, AR, BS, GR, NW, SG, SO, TG, TI, UR. - BE, BL, LU, OW, SH, SZ, ZG, ZH und die 6 welschen Kantone haben beschlossen nicht beizutreten. AG und GL bisher keine Antwort. BL und SH teilweise analoge eigenständige Regelung. BE und ZH sind im Prozess eigene, vom Konkordat abweichende Regelungen zu erlassen (BE im Polizeigesetz [derzeit Ausarbeitung innerhalb der Verwaltung], ZH in einem Gesetz über die Anforderungen an private Sicherheitsdienstleistungen [1. Lesung im Parlament erfolgt]).

Die beiden Konkordate sind nicht deckungsgleich. Beide bestimmen aber je die Voraussetzungen für die Bewilligung zum Betrieb privater Sicherheitsunternehmen für ihren territorialen Konkordatsbereich. So verlangt bspw. das KKJPD-Konkordat in Art. 5 Abs. 1 Bst. a für Sicherheitsangestellte, dass diese – wenn nicht schweizerische oder EU-/EFTA-Staatsangehörige – seit mindestens zwei Jahren Inhaberin einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung sind.¹¹ Par contre, le concordat romand fait la distinction nécessaire entre les permis d'établissement et de séjour précisément.¹²

Le concordat romand exige p.ex. le respect de la législation fédérale et cantonale y inclus les assurances sociales et les étrangers, ainsi que des dispositions de la convention collective de travail pour la branche de la sécurité (art. 15 para 1), ce qui manque dans le concordat de la Suisse alémanique.

Während in dieser Klausel der welschen Kantone über die Beachtung des Bundesrechts auch der Datenschutz¹³ enthalten ist, fehlt das in demjenigen der KKJPD vollständig.

Nach dem Konkordat der welschen Kantone werden Betriebsbewilligungen (Art. 8) und Bewilligungen für das Anstellen von Personal (Art. 9) ausgestellt, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind. Demgegenüber sieht das KKJPD-Konkordat auch eine individuelle Bewilligung für Sicherheitsangestellte vor (Art. 4 Abs. 1 Bst. a, Art. 5 Abs. 1); diese Regelung hat den Vorteil, dass sie strenger ist und Missbräuche verhindert.

Beide Konkordate sehen vor, dass die Konkordatskantone strengere Regelungen vorsehen können (Art. 2 KKJPD¹⁴, Art. 3 LKJPD).

2 Andere massgebende Rechtsquellen

a Binnenmarktgesetz

Das Konkordat der LKJPD regelt in Art. 10 Abs. 3 das Bewilligungsverfahren, wenn ein Unternehmen über eine Bewilligung in einem Nichtkonkordatskanton verfügt. Das KKJPD-Konkordat schweigt sich dazu aus, verweist aber auf das Binnenmarktgesetz.¹⁵ Nach dessen Art. 4 gelten kantonale oder kantonale anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 unterliegen.¹⁶ Art. 3 Abs. 1 BGBM erlaubt, ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern den freien Zugang zum Markt zu verweigern oder zu beschränken, wenn die Beschränkungen oder Auflagen

- a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten;
- b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und
- c. verhältnismässig sind.

Was *un*verhältnismässig ist, wird in Abs. 2 ausgeführt.¹⁷

¹¹ Niederlassungs- und Aufenthaltsbewilligung der gleichen (über das Bundesrecht hinaus) zusätzlichen zeitlichen Anforderung zu unterstellen, ist widersinnig und wohl auch bundesrechtswidrig (vgl. Art. 32 f bzw. 34 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, SR 142.20).

¹² Art 9 para. 1, lit. a: «...pour les ressortissants d'autres Etats étrangers, titulaire d'un permis d'établissement ou d'un permis de séjour depuis deux ans au moins ».

¹³ Art. 12-15 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1).

¹⁴ Unter Vorbehalt des Freizügigkeitsabkommens und des Binnenmarktgesetzes (siehe dazu nachfolgend).

¹⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02).

¹⁶ Abs. 3 von Art. 4 regelt das Verfahren, wenn ein kantonaler Fähigkeitsausweis des Sitzkantons die Anforderungen des Ausübungskantons nur teilweise erfüllt.

¹⁷ «Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn:

Diese Bestimmung könnte zu Diskussionen darüber führen, wie die individuelle Bewilligung für Sicherheitsangestellte als Voraussetzung der Berufsausübung nach KKJPD-Konkordat, derer es nach dem welschen Konkordat nicht bedarf, in den KKJPD-Konkordatskantonen zu handhaben ist.

Par contre, les exigences pour une autorisation d'exploitation sont beaucoup plus strictes selon art. 8 para. 1 lit. b et c et para. 1^{bis}) du concordat romand comparés avec les dispositions correspondantes du concordat alémanique (art. 5 para. 3).

Ausgeschlossen dürften in beiden Konkordatsgebieten private Sicherheitsunternehmen aus Kantonen sein, in denen sie keiner Bewilligung bedürfen, was nach Art. 3 BGBM zulässig ist.

b Freizügigkeitsabkommen

Massgebende Rechtsquelle auch für diesen Dienstleistungsbereich ist das Freizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union.¹⁸ Nach dessen Art. 5 «wird einem Dienstleistungserbringer einschliesslich Gesellschaften gemäss Anhang I das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet.» Da das Völkerrecht zu respektieren ist, gilt zunächst diese grundsätzliche und pauschale Bewilligung für auch Sicherheitsdienstleistungen ohne Zulassungsverfahren. Das birgt auch ein gewisses Risiko.¹⁹ Es besteht jedoch nach Art. 5 des Anhangs 1 zum FZA die Möglichkeit, die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, einzuschränken.²⁰ Da die gesamte Regelung der privaten Sicherheitsdienste durch die Konkordate oder die einzelnen kantonalen Gesetzgebungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erfolgen, sind solche Beschränkungen zulässig, nur sollten sie als *Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 Abs. 1, 94 Abs. 4 BV) *im Gesetz selber oder im Konkordatstext selber* festgelegt werden (Art. 36 Abs. 1 BV).

3 Sind andere Lösungen anzustreben? Bundeslösung?

La deuxième question dans ce contexte qui me fût posée fait entrer la confédération en jeu. Qu'elle autre solution pourrait être envisagée ? Devrait la Confédération la prendre en main?

-
- a. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird;
 - b. die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
 - c. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird;
 - d. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat.»

¹⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, in Kraft seit 1. Juni 2002 (FZA, SR 0.142.112.681).

¹⁹ Es wurden Fälle festgestellt, wonach ausländische private Sicherheitsfirmen neben dem hiesigen Auftrag auch von anderer Seite beauftragt waren, Informationen über ihre Landsleute im Steuerbereich zu sammeln.

²⁰ Art. 5 Abs. 1 Ang. I zum FZA: «Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.»

Dans son rapport sur le gouvernement d'entreprises de 2006²¹ le Conseil fédéral a constaté : « Les tâches ministérielles regroupent des tâches requérant un suivi politique étroit et présentant un potentiel élevé de synergies ainsi qu'un besoin marqué de coordination. ... Les tâches ministérielles comptent aussi d'autre part des prestations intervenant fortement dans les droits fondamentaux ou nécessitant un étroit suivi politique pour d'autres raisons. La défense nationale et les tâches de police en font partie. Dans le cas des tâches ministérielles, tous les critères indiquent qu'elles doivent être fournies dans l'administration centrale. »²²

Im Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen²³ heisst es zum Schluss:

- «2. Der Bundesrat wird die Kantone einladen, ihre Rechtsordnungen zu harmonisieren.
- 3. Der Bundesrat ist bereit, die Möglichkeit einer Festlegung von Mindestvoraussetzungen für vom Bund mit der Wahrnehmung von Sicherheitsaufgabenbeauftragte private Sicherheitsunternehmen zu prüfen.
- 4. Der Bundesrat ist bereit zu prüfen, ob es sinnvoll sein könnte, Anbieter von Dienstleistungen im Militär- oder Sicherheitsbereich, die von der Schweiz aus in Krisen- und Konfliktgebieten tätig sind, einer Bewilligungspflicht oder einem Lizenzsystem zu unterstellen.»

Das haben die Bundesbehörden getan:

- Der Bundesrat erliess die die Verordnung vom 31. Oktober 2007²⁴ über den Einsatz privater Sicherheitsfirmen und dann die Verordnung über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden im Jahre 2015,²⁵ womit er schon im Titel die Abgrenzung zu allen andern Sicherheitsdienstleistungen (also nicht für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden) vornahm.
- Der Bund erliess das Bundesgesetz vom 27. September 2013 über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen,²⁶ was sich insbesondere mit seiner aussenpolitischen Kompetenz erklären lässt.²⁷

Die gestellte Frage ist von zweierlei Seiten zu betrachten: rein rechtlich und föderalismus-politisch. Verfassungsrechtlich gesehen (und darauf kommt es an) hätte der Bund die Möglichkeit, die Lieferung über die privaten Sicherheitsdienste vorzunehmen. Dies hielt der Bundesrat bereits im erwähnten Bericht zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen fest.²⁸ Dazu kommt die seither in die BV eingefügte, bereits zitierte Bestimmung von Art. 43a Abs. 1 BV²⁹: «Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.» Dass die Branche einer einheitlichen Regelung bedarf, beweist die derzeitige Rechtslage mit einer selbst für die föderalistische Schweiz schon bemerkenswerten gänzlichen Zersplitterung.

²¹ Rapport du Conseil fédéral sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération du 13 septembre 2006 (Ff 2006 7799 ; BBI 2006 8233).

²² Loc.cit. 7826 (deutsch: 8260).

²³ Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen vom 2. Dezember 2005 (BBI 2006 623; französisch: 631).

²⁴ AS 2007 5225.

²⁵ Vom 24. Juni 2015 (Verordnung über den Einsatz von Sicherheitsunternehmen, VES, SR 124).

²⁶ (BPS), SR 935.41.

²⁷ Auch wenn Art. 54 BV im Ingress des Gesetzes nicht erwähnt wird.

²⁸ FN 23, 662: «Gestützt auf Artikel 95 Absatz 1 BV kann der Bund Vorschriften über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten erlassen. Diese Verfassungsbestimmung räumt dem Bund eine sehr breite Gesetzgebungskompetenz ein.» (vgl. dazu auch PETER HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV, Rz. 5 ff.). Und: «Da der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, findet sich die Polizeigesetzgebung zu den privaten Sicherheitsunternehmen heute vorwiegend im kantonalen Recht, wie nachstehend ausgeführt wird.»

²⁹ In Kraft seit 1. Januar 2008.

Politisch betrachtet dürften die Dinge allerdings anders liegen. Pour le moment je pense que les cantons romands n'ont pas d'envie à faire remplacer leurs réglementations concordataires bien acceptées par une loi fédérale.

Mitten in den wenn derzeit auch noch mühsamen Vorbereitungen für die Inkraftsetzung des Konkordates der deutschsprachigen Kantone dürfte auch die KKJPD keine grosse Lust verspüren, mit der Bejahung einer bundesrechtlichen Regelung indirekt das Scheitern ihres Projektes zuzugeben.

III Spannungsfeld zwischen den Begriffen Föderalismus und innere Sicherheit?

Zur letzten Frage: Aus meiner Sicht besteht kein grösseres Spannungsfeld zwischen den *Begriffen* Föderalismus und innere Sicherheit. Vielleicht sollten wir mit den Begriffen noch etwas genauer umgehen: Zunächst geht es um die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der *öffentlichen* Sicherheit und Ordnung, die primär in die Kompetenz der Kantone fällt. Der Bund hat hier bloss subsidiäre Kompetenzen bei Überforderung eines oder mehrerer Kantone (Art. 52 Abs. 2 BV). Die «innere Sicherheit» – ein aus Deutschland übernommener Begriff – ist weiter gefasst und umfasst insbesondere auch den Staatsschutz. Hier wird dem Bund als Gesamt- und Letztverantwortlicher sinnvollerweise die primäre, aber nicht ausschliessliche Kompetenz zugesprochen, auch wenn das so aus der Verfassung nicht hervorgeht.³⁰

Zum Zweiten geht es viel weniger um das *System* des Föderalismus, sondern um den Umgang mit ihm. Bund und Kantone zeigen Mühe, die eigentlich klare föderalistische *komplementäre* Aufgabenteilung korrekt umzusetzen. Die Kantone sind wegen meist zu geringer Polizeibestände oft zu schnell bereit, für polizeiliche Aufgabenbewältigungen Bundeshilfe in Anspruch zu nehmen.³¹ Da bei wird manchmal auch die Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze IKAPOL³² nicht angewandt.

Umgekehrt liefert der Bund verschiedene Beispiele, die kantonale Polizeihoheit übermässig einzuschränken, teilweise durchaus im Einvernehmen mit einzelnen Kantonen.³³ Ein anderes Beispiel für eine, vorsichtig ausgedrückt, verfassungsrechtlich nicht über alle Zweifel erhabene Gesetzgebung des Bundes ist das Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr.³⁴ Die Inanspruchnahme der sog. inhärenten Bundeskompetenz ist strapaziert.³⁵ Dabei geht es nicht nur um die Rechtsetzungskompetenz an sich, sondern auch um deren Ausgestaltung, die wiederum im direkten Zusammenhang mit privaten Sicherheitsdiensten steht.

³⁰ Beachte aber Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), («Für die innere Sicherheit seines Gebietes ist in erster Linie der Kanton verantwortlich.»), der nun durch das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (BBI 2015 7211) doch nicht aufgehoben werden soll (a.a.O., 7249 f.). Vgl. dazu auch RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS H.F. MOHLER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, Rz. 44 ff.

³¹ MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 210 ff.; DERS., Ungenügende Polizeibestände – Lösungsansatz unter Respektierung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung, in: Sicherheit&Recht, 2/2013, 62 ff.

³² MOHLER (FN 31).

³³ Vgl. z.B. Art. 97 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 (SR 631.0). Dazu: RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS H.F. MOHLER, Die polizeilichen Ersatzmassnahmen des Bundes und der Kantone nach dem Wegfall der Personenkontrollen an der Landesgrenze in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, Schengen und Dublin in der Praxis, Zürich/St. Gallen 2009, 111 ff.

³⁴ Vom 18. Juni 2010 (BGST, SR 745.2).

³⁵ Markus H.F. Mohler, Kurzkommmentar zum Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST) vom 18. Juni 2010, in: Jusletter v. 6. September 2010.

So können von privaten Transportunternehmen eingesetzte private Sicherheitsdienste nach Art. 4 Abs. 1 BGST

- «a. Personen befragen und Ausweiskontrollen vornehmen;
- b. Personen, die sich vorschriftswidrig verhalten, anhalten, kontrollieren und wegweisen;
- c. von Personen, die sich vorschriftswidrig verhalten, eine Sicherheitsleistung verlangen.»

Das kommt einer Verletzung des staatlichen Gewaltmonopols gleich. Geht es um die Aufsicht der in jedem Fall einzusetzenden Sicherheitsorgane, so unterstehen sie diesbezüglich dem Bundesamt für Verkehr. Setzt also ein Kanton oder eine Gemeinde für diese Aufgabe die Kantons- oder Stadt- oder Gemeindepolizei ein, so sollen nicht mehr die nach kantonalem Recht zuständigen politischen Behörden die Aufsicht ausüben, sondern das BAV. Im gleichen sachlichen Zusammenhang steht auch das Bundesgesetz über die Personenbeförderung.³⁶ Es erlaubt jeder Transportunternehmung des Bundes und solchen von Städten oder Gemeinden, Videoaufnahmen auch an ihren Haltestellen, wo auch immer, ebenso wie – auch durch beauftragte private Sicherheitsfirmen – die Datenbearbeitung einschliesslich das Erstellen von Persönlichkeitsprofilen (Art. 54 f. PBG). Wofür ein Transportunternehmen *Persönlichkeitsprofile* (!), die zu den besonders schützenswerten Daten gehören,³⁷ erstellen können sollen, ist schlechterdings nicht ersichtlich.

Ein letztes Beispiel ist das Zwangsanwendungsgesetz.³⁸ Es nennt in Art. 2 Abs. 1 Bst. a-d die Bundes- und kantonalen Behörden, für die das Gesetz gilt. In Bst. d heisst es sodann: «für Private, die von diesen Behörden für die Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen werden.» Zurück zum BGST³⁹: hier können, wie dargelegt, *private* Transportunternehmen *private* Sicherheitsdienste auch mit gewissen Zwangsmassnahmen betrauen, was dieser Bestimmung des Zwangsanwendungsgesetzes direkt widerspricht. Und dies selbstverständlich im kantonalen Raum. Immerhin bedürfen die für Transportunternehmen eingesetzten privaten Sicherheitsdienste nach Art. 7 Abs. 1 VST⁴⁰ einer Zulassung nach kantonalem Recht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der durchaus erwünschte, aber regulierungsbedürftige Sicherheitsmarkt nicht vom staatlichen Gewaltmonopol auch zum Gewaltmarkt⁴¹ führen darf.

In Bezug auf den Föderalismus wird aus diesen wenigen Beispielen deutlich, dass *nicht das System des Föderalismus* an sich Probleme bietet, sondern nur der zuweilen *wenig systemgetreue oder nicht durchdachte Umgang* mit ihr.

Aber das hat schon DENIS DE ROUGEMENT 1948 festgestellt: «*Le fédéralisme repose sur l'amour de la complexité*».

³⁶ Vom 20. März 2009 ((Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1).

³⁷ Art. 3 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1), vgl. dazu auch (für die Datenbearbeitung durch Private) Art. 4 Abs. 5, 12 Abs. 2 Bst. c und 14, (für die Datenbearbeitung durch Bundesorgane) Art. 17 Abs. 2 DSG, ein offenkundiger Verstoss von Art. 13 BV; GERSCHWILER ET AL., Prinzipien der Datenverarbeitung durch Privatpersonen und Behörden, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür, Datenschutzrecht, Basel 2015, 3. 477 ff; Möglich ist dies nur wegen Art. 190 BV (Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze) in Kombination mit dem dadurch auch missbräuchliche Gesetzesbestimmungen erlaubenden Art. 36 Abs. 1 BV.

³⁸ Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (ZAG, SR 364).

³⁹ Für welches nach Art. 4 Abs. 6 BGST das ZAG massgebend ist.

⁴⁰ Verordnung vom 17. August 2011 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (SR 745.21).

⁴¹ ERHARD EPPLER, Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?, Die Privatisierung und Kommerzialisierung der Gewalt, Frankfurt a.M. 2002.

Verwendete Literatur, soweit nicht im Einzelnen angegeben:

GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007;
ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012;
RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel 2009;
PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Bern 2011.