

B 2	<b>8. BGBM</b> LMI LMI
B 2.8	<b>1. Gutachten vom 5. Dezember 2016 betreffend Zulassung von Ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone</b>

*Gutachten vom 5. Dezember 2016 in Sachen Gutach-  
tensauftrag gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM betreffend Zu-  
lassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheits-  
dienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone zuhanden-  
Kommission des Konkordats über Private Sicherheits-  
dienstleistungen*

## 1 Übersicht

1. Die Tätigkeit der privaten Sicherheitsdienstleistungen ist bis heute kantonal geregelt. Während in den Westschweizer Kantonen Freiburg, Jura, Genf, Neuenburg, Waadt und Wallis mit dem Concordat sur les entreprises de sécurité vom 18. Oktober 1996 (nachfolgend: CES) seit 1996 eine einheitliche Regelung besteht, gelten in den übrigen Kantonen bis heute sehr unterschiedliche Regelungen. Die divergierenden kantonalen Regelungen führen im Ergebnis zu Freizügigkeitshindernissen, indem Anbieterinnen privater Sicherheitsdienstleistungen im interkantonalen Verkehr unterschiedlich umfassenden resp. dichten Regelungen unterstehen und teilweise nur unter Auflagen in anderen Kantonen tätig sein können. Diese Freizügigkeitshindernisse sollen durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) abgebaut werden.<sup>1</sup> Das BGBM 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 zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO kann unter anderem eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung des Binnenmarktgesetzes erstatten (Art. 10 Abs. 1 BGBM).

2. In Hinblick auf die wachsende Bedeutung der privaten Sicherheitsdienstleistungen und die von Kanton zu Kanton stark divergierenden Regelungen, hat die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (nachfolgend: KKJPD) zwecks Qualitätssicherung und Rechtsvereinheitlichung im Jahr 2010 das Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (nachfolgend: KÜPS) erlassen, welches mit Stand vom 8. Februar 2016 von den zehn Konkordatskantonen Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Basel-Stadt, Graubünden, Nidwalden, St. Gallen, Solothurn, Thurgau, Tessin und Uri ratifiziert wurde.<sup>2</sup> Das KÜPS enthält Bestimmungen über die

Zulassung von privaten Sicherheitsunternehmen und ihre Mitarbeitenden, sowie über die Geschäftsführung und über die Aus- und Weiterbildung von Sicherheitsangestellten. Die Inkraftsetzung ist für den 1. Januar 2017 vorgesehen.<sup>3</sup> Im Auftrag der KKJPD erarbeitet die Kommission des KÜPS das Ausführungsrecht. Der Steuerausschuss der KÜPS (nachfolgend: Steuerausschuss), der sich aus nicht stimmberechtigten Kommissionsmitgliedern und Angehörigen der Bewilligungsbehörden zusammensetzt, befasst sich u.a. mit den Auswirkungen des BGBM auf die künftige Bewilligungspraxis im Konkordatsgebiet.<sup>4</sup>

3. Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen mit Sitz ausserhalb des geographischen Geltungsbereichs des KÜPS haben gestützt auf das BGBM unter gewissen Voraussetzungen Zugang zum Konkordatsgebiet (siehe hinten Kap. 5 ff.). Entsprechend müssen die Bestimmungen des KÜPS binnenmarktrechtskonform ausgestaltet sein. Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 wurde die WEKO vom Steuerausschuss um Begutachtung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGBM ersucht, um die im KÜPS vorgesehene Praxis bezüglich Bearbeitung von Gesuchen von Personen und Sicherheitsunternehmen aus Nichtmitgliederkantonen auf die Übereinstimmung mit dem BGBM überprüfen zu lassen.<sup>5</sup> Neben dem bereits erwähnten Gutachtersauftrag (siehe dazu vorne Fn 2) wurde zu diesem Zweck auch eine Übersicht über die Gesetzesbestimmungen betreffend Sicherheitsdienstleistungsanbieter in den einzelnen Kantonen und deren Anerkennung bzw. Nicht-Anerkennung in den KÜPS-Kantonen (nachfolgend: Übersichtstabelle) und die Empfehlung der Konkordatskommission vom 20.06.2016 betreffend polizeiliche Leumundsabklärungen

<sup>1</sup> Siehe zur Bedeutung des BGBM auf dem Gebiet der Sicherheitsdienstleistungen auch RPW 2013/4, 848 ff., *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*.

<sup>2</sup> Antrag vom 20. Juni 2016 auf Begutachtung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGBM zum Ausführungsrecht des Konkordats über Private Sicherheitsdienstleistungen der KKJPD (nachfolgend: Gutachtersauftrag), Ziff. 1.; Erläuterungen zum Konkordat vom 12. November 2010 über private Sicherheitsdienstleistungen (nachfolgend: Erläuterungen), Ziff. I.3; siehe dazu auch Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen vom 12. November 2010; Ratifikation durch die Kantone, erhältlich unter <[https://www.kkjpd.ch/?action=get\\_file&language=de&id=60&resource\\_link\\_id=946](https://www.kkjpd.ch/?action=get_file&language=de&id=60&resource_link_id=946)> (besucht am 22.8.2016).

<sup>3</sup> Siehe <<https://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>> (besucht am 27.6.2016).

<sup>4</sup> Gutachtersauftrag, Einleitung.

<sup>5</sup> Gutachtersauftrag, Einleitung.

nach Art. 5 Abs. 1 Bst. d und e (nachfolgend: Empfehlung Leumundsabklärung) eingereicht. Mit Schreiben vom 1. Juli 2016 wurden ausserdem diverse Dokumente betreffend Aus- und Weiterbildungskonzept des KÜPS nachgereicht (siehe dazu hinten Rz 27 ff.).

4. Im Gutachtensauftrag wird die WEKO unter anderem ersucht, der Konkordatskommission und den kantonalen Bewilligungsbehörden bei der Erarbeitung von rechts-gänglichen Bewilligungsverfahren bei Gesuchstellenden mit Wohnsitz im Ausland behilflich zu sein.<sup>6</sup> Vorweg ist dazu festzuhalten, dass diese Frage und die damit verbundene Anwendung des Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA; SR 0.142.112.681) nicht in die Zuständigkeit der WEKO fällt, weshalb auf den Antrag nicht eingegangen werden kann. Das Sekretariat der WEKO hat den Steuerausschuss bezüglich diesen Punkt auf das zuständige Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation verwiesen.

5. Einleitend werden die Ergebnisse und Empfehlungen, die sich aus dem vorliegenden Gutachten ergeben, in einer Übersicht aufgezeigt (Kapitel 2). Es folgt auf einige grundlegende binnenmarktrechtliche Ausführungen (Kapitel 3) eine Darstellung der Zulassungspraxis nach dem KÜPS (Kapitel 4). Um die Frage der Zulassung zum KÜPS-Gebiet mittels BGBM beurteilen zu können, bietet es sich an, zwischen Anbieterinnen aus Kantonen mit gleichwertigen und solchen mit ungleichwertigen Regelungen zu unterscheiden (Kapitel 5 und 6). Anschliessend wird in je separaten Kapiteln auf den Einsatz von Dienst-hunden (Kapitel 7) und auf die Betriebsbewilligung für Sicherheitsunternehmen (Kapitel 8) eingegangen. Zum Schluss widmet sich ein Kapitel der Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Kapitel 9).

## 2 Zusammenfassung der Ergebnisse

### 2.1 Dienstleistungsfreiheit

6. Zusammenfassend lässt sich für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 3 BGBM folgendes festhalten:

#### 2.1.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

- Die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehene Lösung, Gesuchstellende mit CES-Bewilligung sowie Gesuchstellende aus den Kantonen Basel-Landschaft und Schaffhausen aufgrund gleichwertiger Vorschriften (Art. 2 Abs. 5 BGBM) ohne Auflagen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Gültigkeitsdauer ihrer am Herkunftsort ausgestellten Erstbewilligung zuzulassen, ist mit dem BGBM vereinbar (siehe hinten Rz 50-59).
- Ein formloses Zugangsverfahren, wie es Variante (a) für Gesuchstellende aus den CES-Kantonen vorsieht, wäre binnenmarktrechtlich zu begrüssen. Eine Auflage nach Variante (c) muss den Anforderungen von Art. 3 BGBM genügen (siehe hinten Rz 56). Es wird empfohlen, ein formloses Zugangsverfahren gemäss Variante (a) durchzuführen.

#### 2.1.2 Kanton Aargau

- Selbstständigerwerbende und Geschäftsführer, die Inhaber einer aargauischen Bewilligung sind, erhalten aufgrund gleichwertiger Vorschriften (Art. 2 Abs. 5 BGBM) Marktzugang ohne Auflagen (siehe hinten Rz 66). Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum CES verwiesen werden (siehe hinten Rz 53 ff.).
- Aus dem Kanton Aargau entsandte Sicherheitsangestellte werden trotz gleichwertiger Zulassungsvoraussetzungen erst zur Ausübung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet zugelassen, wenn sie eine durch die Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung beibringen. Das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung ist in diesem Fall ausnahmsweise mit dem BGBM vereinbar, da das KÜPS im Gegensatz zum Kanton Aargau eine zeitliche Befristung der Bewilligung und mithin eine periodische Überprüfung der persönlichen Voraussetzungen vorsieht (siehe hinten Rz 65 f.).
- Aufgrund von Art. 3 Abs. 4 BGBM, der ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, wird jedoch empfohlen, dass die zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörden direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nehmen und amtshilfeweise selber und auf eigene Kosten überprüfen, ob der Gesuchsteller die persönlichen Voraussetzungen nach Aargauer Recht aktuell erfüllt (siehe hinten Rz 71).

#### 2.1.3 Kantone Luzern und Obwalden

- Sicherheitsangestellte und Selbstständigerwerbende aus den Kantonen Luzern und Obwalden werden zur Ausübung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet zugelassen, wenn sie eine durch die Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung beibringen und zudem eine lückenlose Berufstätigkeit von mindestens fünf Jahren nachweisen (siehe hinten Rz 81).
- Das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung ist trotz Gleichwertigkeit der persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen ausnahmsweise mit dem BGBM vereinbar, da das KÜPS im Gegensatz zu den Herkunftskantonen eine zeitliche Befristung der Bewilligung und mithin eine periodische Überprüfung der persönlichen Voraussetzungen vorsieht. Da Art. 3 Abs. 4 BGBM ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, wird betreffend Unbedenklichkeitserklärung wiederum empfohlen, dass die zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörden direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nehmen und die Gültigkeit der Erstbewilligung selber überprüfen (siehe hinten Rz 90).

<sup>6</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 2.2; siehe auch Erläuterungen, Ziff. I.1.

- Aufgrund von ungleichwertigen fachlichen Zulassungsvoraussetzungen kann das KÜPS den Nachweis über eine hinreichende Berufserfahrung verlangen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM); fraglich ist allerdings, welche Anforderungen an die Dauer der Berufserfahrung gestellt werden können. In Erwägung der bundesrätlichen Botschaft zur Revision des BGBM von 2005 wird empfohlen, eine Berufserfahrung von drei statt fünf Jahren zu verlangen (siehe hinten Rz 85 ff.).

### 2.1.4 Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich

- Gesuchstellende aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht erhalten unter der Voraussetzung Zugang zum KÜPS-Gebiet, dass bei der zuständigen Behörde am Wohnort eine amtliche Leumundsprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS beantragt werden muss, deren Resultat der zuständigen KÜPS-Bewilligungsbehörde schriftlich mitzuteilen ist. Weiter wird eine lückenlose Berufstätigkeit während der letzten fünf Jahre verlangt, welche durch entsprechende Arbeitszeugnisse resp. Arbeitsbestätigungen belegt werden muss (siehe hinten Rz 92 f.).
- Aufgrund von ungleichwertigen persönlichen Zulassungsvoraussetzungen ist die Auflage zur Vornahme einer amtlichen Leumundsüberprüfung nach Massgabe der KÜPS-Empfehlung gemäss Art. 3 BGBM gerechtfertigt (siehe hinten Rz 99).
- Aufgrund von ungleichwertigen fachlichen Zulassungsvoraussetzungen kann das KÜPS den Nachweis für eine hinreichende Berufserfahrung verlangen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM), wobei nach Auffassung der WEKO wie erwähnt eine Berufserfahrung von drei Jahren ausreicht, um den hinreichenden Schutz der öffentlichen Interessen zu gewährleisten (siehe hinten Rz 97).

## 2.2 Einsatz von Diensthunden

7. Betreffend den Einsatz von Diensthunden lässt sich folgendes festhalten:

### 2.2.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

- Gesuchstellenden aus den CES-Kantonen inkl. Basel-Landschaft, wird mit einer gültigen Bewilligung als Sicherheitsangestellte, solchen aus dem Kanton Schaffhausen mit Ausbildungsabschluss, Marktzugang gewährt, was binnenmarktrechtlich zu begrüssen ist (siehe hinten Rz 103).

### 2.2.2 Kantone ohne Regelung

- Für Gesuchstellende aus Kantonen ohne gleichwertige Regelung ist gemäss Gutachtensauftrag vorgesehen, dass sie eine KÜPS-Bewilligung erlangen und entsprechend die im KÜPS vorgesehenen Bestimmungen für Hundeführer beachten müssen. Die Anwendung der KÜPS-Vorschriften auf Gesuchstellende aus Kantonen ohne Regelung betreffend Hunde und Hundeführer ist nach den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM grundsätzlich gerechtfertigt. Zu beachten ist jedoch immer, dass im Einzelfall gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM die

Berufserfahrung der Gesuchstellenden in die Verhältnismässigkeitsprüfung einzubeziehen ist, andernfalls eine Auflage im konkreten Fall unverhältnismässig wäre (siehe hinten Rz 105 ff.).

## 2.3 Betriebsbewilligung für Sicherheitsunternehmen

8. Für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM lässt sich folgendes festhalten:

- Gemäss KÜPS ist vorgesehen, dass auswärtigen Sicherheitsunternehmen, die gestützt auf das BGBM um eine Betriebsbewilligung ersuchen, m.a.W. eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen möchten, die Beachtung der Ausführungsbestimmungen zur betrieblichen Aus- und Weiterbildung des KÜPS zur Auflage gemacht wird. Solche marktzugangsbeschränkenden Auflagen sind nur möglich, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten (siehe hinten Rz 116 f.).

### 2.3.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft, Schaffhausen, Aargau und Obwalden

- Die CES-Kantone, sowie die Kantone Basel-Landschaft, Schaffhausen, Aargau und Obwalden sehen im Vergleich mit dem KÜPS gleichwertige Aus- und Weiterbildungsvorschriften vor. Die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM scheitert und es bleibt folglich kein Platz für Auflagen. Eine Unterstellung von Gesuchstellenden aus den genannten Herkunftsorten unter die KÜPS-Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung in Form einer Auflage wäre binnenmarktrechtlich nicht zulässig (siehe hinten Rz 118 ff.). Es wird entsprechend empfohlen, auf die Unterstellung von Gesuchstellenden aus den genannten Herkunftsorten unter die KÜPS-Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung in Form einer Auflage zu verzichten.

### 2.3.2 Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus, Zürich und Luzern

- Die Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus, Zürich und Luzern sehen im Vergleich mit dem KÜPS ungleichwertige Regelungen vor. Die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM dürfte gelingen. Die Unterstellung von Gesuchstellenden aus den genannten Herkunftsorten unter die KÜPS-Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung in Form einer Auflage hält den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM stand und ist somit binnenmarktrechtlich zulässig (siehe hinten Rz 123 ff.).

## 2.4 Kostenlosigkeit des Verfahrens

9. In Zusammenhang mit dem Anspruch auf ein **kostenloses Verfahren** gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM lässt sich folgendes festhalten:

- Gemäss Gutachtensauftrag ist vorgesehen, die Kosten für die Beschaffung und den Unterhalt einer elektronischen Verwaltungs- und Trainingsplattform (VTP) sowie für die Erteilung einer Bewilligung

oder die Durchführung einer Prüfung mittels Gebühren auch externen Gesuchstellenden aufzuerlegen (siehe hinten Rz 128 f.).

- Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur in bestimmten Ausnahmefällen gerechtfertigt; eine solche Ausnahme liegt nicht vor. Mangels einer Unterscheidungsmöglichkeit zwischen reinen Schreibgebühren und Kausalabgaben zwecks Finanzierung einer IT-Plattform, Bewilligungserteilung und Prüfungsdurchführung, und aufgrund des Umstands, dass Art. 3 Abs. 4 BGBM als Verfahrensvorschrift nicht mittels Art. 3 Abs. 1 BGBM beschränkt werden kann, wäre eine Gebührenerhebung bei den externen Gesuchstellenden nicht binnenmarktrechtskonform (siehe hinten Rz 129 ff.). Es wird daher empfohlen, auf die Gebührenerhebung bei externen Gesuchstellenden zu verzichten.

### 3 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

#### 3.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

10. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.<sup>7</sup> In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das **Herkunftsprinzip** gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:<sup>8</sup>

- *Dienstleistungsfreiheit:* Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung der Anbieterin.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit:* Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstiniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstiniederlassung aufgegeben wird.

11. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

12. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die durch das jeweilige Konkordatsmitglied bezeichnete zuständige Stelle<sup>9</sup> für das Konkordatsgebiet des KÜPS (Bestimmungsort)<sup>10</sup> kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige kantonale Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten

Marktzugangsregelungen und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts einer ortsfremden Anbieterin einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die KÜPS-Vorschriften (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren.<sup>11</sup> Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregelungen muss die zuständige kantonale Behörde darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Art. 3 BGBM** erfüllt, d.h. zum Schutz eines überwiegenenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>12</sup> Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin gewährleistet ist.<sup>13</sup>

13. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Art. 4 BGBM zu beachten. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen.

<sup>7</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; Ders., Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

<sup>8</sup> Zum Herkunftsprinzip BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Marktzugang für Sanitätsinstallateure); Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 (Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Marktzugang für Psychotherapeuten); aus der Literatur z.B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.

<sup>9</sup> Gemäss den Erläuterungen zu Artikel 7 Absatz 1 werden Bewilligungen nach dem KÜPS nicht durch ein Konkordatsgremium erteilt, sondern durch die einzelnen Kantone, welche jeweils eine zuständige Stelle bezeichnen.

<sup>10</sup> Als „Bestimmungsort“ wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, wo ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

<sup>11</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 8), Rz 17 f.; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 189.

<sup>12</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 189 ff.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377, 378.

<sup>13</sup> Siehe dazu exemplarisch RPW 2013/4, 854 E. 4.10 f., *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*: Das Einverlangen eines eidgenössischen Fachausweises für ausserkantonale Gesuchstellende hält den Anforderungen von Art. 3 BGBM nicht stand; i.C. ist dem Gesuchsteller aufgrund ausreichender Berufserfahrung Marktzugang zu gewähren.

Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.<sup>14</sup>

### 3.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

14. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuelle Straf- und Betreibungsregisterauszüge ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.<sup>15</sup>

15. Gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Markt Zugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.<sup>16</sup> Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Markt Zugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefälle berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn Gesuchstellende rechtsmissbräuchlich handeln oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursachen.<sup>17</sup>

16. Neben den Anforderungen von Art. 3 Abs. 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf das Herkunftsprinzip nach Massgabe der Vorschriften ihres Herkunftsorts und frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 fest, dass Art. 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Markt Zugangsverfahrens nicht einschränkt.<sup>18</sup> Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.<sup>19</sup> Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Markt Zugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstiniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.“<sup>20</sup> Damit aber die zuständigen kantonalen Behörden überhaupt in der Lage sind zu prüfen, ob gleichwertige Markt Zugangsregelungen vorliegen und ob der Markt Zugang gegebenenfalls in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die zuständigen kantonalen Behörden die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde

Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle“ zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen“, um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.<sup>21</sup> Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

17. Jedes formelle Markt Zugangsverfahren ist somit als Markt Zugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.<sup>22</sup> Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Markt Zugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4 BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Markt Zugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM), oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).<sup>23</sup> In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Art. 3 Abs. 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (siehe vorne Rz 15).

<sup>14</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., 1266 f.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 203 ff.

<sup>16</sup> BGE 123 I 313 E. 5; 125 II 56 E. 5b; 136 II 470 E. 5.3 („Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché“); zur sog. „Inländerdiskriminierung“ vgl. BGer Urteil 2C\_204/2010 vom 24. November 2011 E. 8.3 i.V.m. E. 7.1; ZWALD (Fn 7), N 76 f.

<sup>17</sup> BGE 123 I 313 E. 5.

<sup>18</sup> So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 E. 5a (RA Thalman): „Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonalen Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.“; BGE 125 II 406 E. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DOMINIK DREYER/BERNARD DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, S. 110 f.

<sup>19</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1357.

<sup>20</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 484; so auch das OGer AR, Urteil vom 22. Mai 2007 E. 2.2, in: AR GVP 2007 114: „Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstiniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben.“

<sup>21</sup> Botschaft revBGBM (Fn 20), 485.

<sup>22</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 8), Rz 23 f.; a.M. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, 2016, N 735.

<sup>23</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1359.

### 3.3 Zusammenfassung

18. Aus den vorstehenden Erläuterungen erschliesst sich, dass der Marktzugang ortsfremder Anbieterinnen nach den folgenden binnenmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat:

- Die zuständige kantonale Behörde ist gestützt auf Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die zuständige kantonale Behörde kann die KÜPS-Vorschriften nur anwenden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Voraussetzungen für eine Beschränkung durch Auflagen oder Bedingungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die KÜPS-Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.
- Allein die Tatsache, dass im KÜPS-Gebiet andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.<sup>24</sup> Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist der ortsfremden Anbieterin ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.<sup>25</sup>
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es der zuständigen kantonalen Behörde mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.
- Den zuständigen kantonalen Behörden ist es nicht ohne Weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.<sup>26</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen des KÜPS finden vorbehältlich von Art. 3 Abs. 1 BGBM keine Anwendung, so dass auch keine Unterlagen zum Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden können. Die standardmässige Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften lässt sich nicht mit den Geboten der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) sowie der Einfachheit und Raschheit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbaren und unterläuft gemäss Bundesgericht die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM.<sup>27</sup> Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Befähigung. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>28</sup>

### 4 Marktzugangsverfahren nach KÜPS

19. Bevor die binnenmarktrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der Zulassung von ortsfremden Sicherheitsangestellten analysiert werden können (Kap. 5-9), ist unter diesem Kapitel vorab darzustellen, nach welchen Voraussetzungen und nach welchem Verfahren Sicherheitsangestellte und Geschäftsführer nach Massgabe des KÜPS zur Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen zugelassen werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass ortsfremde Anbieterinnen grundsätzlich immer die Wahl haben, entweder eine Zulassung nach den Anforderungen des KÜPS oder eine Zulassung nach BGBM zu beantragen. Ausserdem werden die KÜPS-Vorschriften betreffend Betriebsbewilligung und Zulassung von Diensthunden dargestellt.

20. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KÜPS ist eine Bewilligung erforderlich für Sicherheitsangestellte (Bst. a), das Führen eines Sicherheitsunternehmens oder einer Zweigniederlassung (Bst. b), den Betrieb eines Sicherheitsunternehmens oder einer Zweigniederlassung (Bst. c) und den Einsatz von Diensthunden (Bst. d). Selbstständigerwerbende benötigen gemäss Art. 4 Abs. 2 KÜPS sowohl eine Bewilligung als Sicherheitsangestellte als auch eine Betriebsbewilligung. Einziges Anknüpfungskriterium ist das Erbringen von Sicherheitsdienstleistungen im KÜPS-Gebiet.<sup>29</sup>

21. Eine Bewilligung als **Sicherheitsangestellte** erhält eine Person nach Art. 5 Abs. 1 KÜPS, wenn sie (Bst. a) Schweizer Staatsangehörige, Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Europäischen Freihandelsassoziation oder seit mindestens zwei Jahren Inhaberin einer Niederlassungs- oder Aufenthaltbewilligung ist; sie (Bst. b) handlungsfähig ist; (Bst. c) die theoretische Grundausbildung für private Sicherheitsangestellte erfolgreich absolviert hat; (Bst. d) keine im Strafregisterauszug erscheinende Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens vorliegt und sie (Bst. e) mit Blick auf ihr Vorleben und ihr Verhalten für diese Tätigkeit als geeignet erscheint. Die Bewilligung ist gemäss Art. 8 Abs. 2 KÜPS auf drei Jahre befristet.

22. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KÜPS erhält eine Person eine Bewilligung als **Geschäftsführer** eines Sicherheitsunternehmens, wenn sie (Bst. a) Schweizer Staatsangehörige, Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Europäischen Freihandelsassoziation

<sup>24</sup> Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1311 ff.

<sup>25</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

<sup>26</sup> BGE 123 I 313 E. 4b (RA Häberli): "Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist"; so auch BGER, 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000 E. 2d (Anwalt Waadt).

<sup>27</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGER, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>28</sup> BGER, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>29</sup> Erläuterungen zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben b und c.

oder Inhaberin einer Niederlassungsbewilligung ist; (Bst. b) die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Bst. b-e erfüllt; und (Bst. c) die theoretische Grundausbildung zum Führen eines Sicherheitsunternehmens erfolgreich absolviert hat.

23. Eine **Betriebsbewilligung** wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KÜPS erteilt, wenn eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens drei Millionen Schweizer Franken besteht (Bst. a) und gewährleistet ist, dass die Sicherheitsangestellten für die ihnen übertragenen Aufgaben hinreichend ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden (Bst. b). Die Sicherheitsunternehmen sorgen für die Aus- und Weiterbildung ihrer Angestellten und dürfen auch nur genügend aus- und weitergebildete Angestellte für Sicherheitsdienstleistungen einsetzen (Art. 11 Abs. 2 KÜPS, siehe auch hinten Rz 109 ff.).

24. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. d KÜPS unterliegt der Einsatz von **Diensthunden** der Bewilligungspflicht. Einer Person wird dabei gemäss Art. 6 KÜPS bewilligt, bei der Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen einen Diensthund einzusetzen, wenn sie und der Hund dazu ausgebildet sind und sich auch entsprechend weiterbilden (Art. 11 Abs. 3 KÜPS). Die Kantone regeln die Prüfungen. Die Bewilligung ist gemäss Art. 8 Abs. 2 KÜPS drei Jahre lang gültig (siehe auch vorne Rz 100 ff.).

25. Die Pflichten der Bewilligungsinhaberinnen und –inhaber sind im KÜPS in den Art. 10 bis 14 geregelt. So haben Sicherheitsangestellte gemäss Art. 10 KÜPS bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten das staatliche Gewaltmonopol zu beachten, unmittelbarer Zwang darf nur in den schon gesetzlich vorgesehenen Fällen (wie bspw. Notwehr nach Art. 15 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]) und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angewendet werden.

26. Der Aus- und Weiterbildung der Sicherheitsangestellten gemäss Art. 11 KÜPS kommt eine zentrale Bedeutung zu. Sicherheitsangestellte dürfen Sicherheitsdienstleistungen nur dann ausüben, wenn sie für die von ihnen zu erfüllenden Aufgaben theoretisch und praktisch ausreichend ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden. Die Sicherheitsunternehmen sorgen für die Aus- und Weiterbildung ihrer Angestellten und dürfen Angestellte nur dann für Sicherheitsdienstleistungen einsetzen, wenn diese die Voraussetzungen erfüllen.

27. Die Aus- und Weiterbildung nach den KÜPS-Vorschriften basiert auf einem 4-Stufen-Modell:<sup>30</sup>

28. Vor Bewilligungserteilung haben sowohl Sicherheitsangestellte wie auch Geschäftsführer eines Sicherheitsunternehmens eine theoretische Grundausbildung (1. Stufe) erfolgreich zu absolvieren. Geprüft werden Inhalte in den Bereichen Denkfähigkeit und Allgemeinbildung, Staats- und Rechtskunde, Sozialkompetenzen, Kommunikation, Verhalten gegenüber Dritten, Ethik und Rechtsempfinden sowie Verhalten bei besonderen Vorkommnissen. Die theoretische Grundausbildung ist als Eignungstest zu verstehen und soll gewährleisten, dass nur Personen eine KÜPS-Bewilligung erhalten, welche über die notwendigen Fach- und Sozialkompetenzen verfügen.<sup>31</sup>

29. Nach Bewilligungserhalt, jedoch vor Tätigkeitsaufnahme, hat durch den Betrieb resp. durch ein zertifiziertes Ausbildungsinstitut die Basisausbildung (2. Stufe) zu erfolgen. Während einer Mindestdauer von 20 Lektionen à min. 50 Minuten sollen die für eine gesetz- und verhältnismässige Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen notwendigen theoretischen und praktischen Kenntnisse und Fertigkeiten erworben werden. Inhalte sind dabei Sozialkompetenz und Berufsethik, Rechtskunde, Erste Hilfe, Branchenkunde sowie Arbeitssicherheit und Eigenschutz.<sup>32</sup>

30. Ausgerichtet auf den konkreten Tätigkeitsbereich folgen spezifische Ausbildungsmodulare (3. Stufe). Vorgesehen sind die vier Module „Qualifizierte Publikumsdienste“, „Qualifizierte Bewachungsdienste“, „Qualifizierte Schutzdienste“ sowie „Privatermittelnde“. Erst nach erfolgreichem Abschluss des jeweiligen Moduls dürfen Tätigkeiten, welche in dessen Geltungsbereich fallen, selbstständig ausgeübt werden.<sup>33</sup>

31. Alle Personen, welche Tätigkeiten nach KÜPS ausüben, müssen regelmässige eine einsatz- und fachbezogene Weiterbildung (4. Stufe) absolvieren. In der Regel müssen dabei jährlich mindestens 8 Lektionen à min. 50 Minuten inkl. Abschlusstest absolviert werden, wobei für Sicherheitsangestellte, die ausschliesslich Sicherheits-Assistenzdienste ausüben weniger weit gehende, für Führungspersonen weitergehende Anforderungen gelten.<sup>34</sup>

32. Art. 12 KÜPS statuiert weitere Pflichten betreffend den Kontakt mit der Polizei, wobei festgehalten wird, dass Bewilligungsinhaberinnen und –inhaber der Polizei die Gefährdung oder Verletzung bedeutsamer Rechtsgüter melden, sofern ein Einschreiten der Polizei erforderlich ist. Sie erteilen der Polizei auf Verlangen Auskunft über getroffene und geplante Einsatzmassnahmen und dürfen Handlungen der Polizei und anderer Behörden nicht behindern; bei gemeinsamen Einsätzen mit ihnen sind sie zur Zusammenarbeit verpflichtet. Sie bewahren über ihre Wahrnehmungen aus den Tätigkeitsbereichen der Polizei Stillschweigen und übergeben ihr strafrechtlich relevante Gegenstände, die sie sichergestellt haben.

33. Gemäss Art. 13 KÜPS weisen Sicherheitsangestellte sowie Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer ihren Legitimationsausweis auf Verlangen der Polizei, anderen

<sup>30</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016.

<sup>31</sup> Art. 1 Abs. 2 des Anhangs I: Ausführungsrecht über den Inhalt der theoretischen Grundausbildung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 Bst. c, Stand 27.8.2014; Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016.

<sup>32</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016; Art. 2 f. des Entwurfs vom 30. Juni 2016: Empfehlungen für die Mindestanforderungen an die betriebliche/delegierte Basisausbildung; Entwurf vom 30. Juni 2016: Empfehlungen für die Mindestanforderungen an Inhalt und Umfang der einsatz- und fachbezogenen Weiterbildung von Sicherheitsangestellten und von Mitarbeitenden von Sicherheitsunternehmen, die auf operativer Stufe Führungsaufgaben wahrnehmen.

<sup>33</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016.

<sup>34</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016; Entwurf vom 30. Juni 2016: Empfehlungen für die Mindestanforderungen an Inhalt und Umfang der einsatz- und fachbezogenen Weiterbildung von Sicherheitsangestellten und von Mitarbeitenden von Sicherheitsunternehmen, die auf operativer Stufe Führungsaufgaben wahrnehmen.

Behörden sowie Auftraggebern der Sicherheitsdienstleistung, sowie Privaten, mit denen sie in Kontakt treten, vor. Die Erscheinung von Sicherheitsunternehmen und ihrer Angestellten in der Öffentlichkeit darf zu keiner Verwechslung mit staatlichen Behörden und Institutionen Anlass geben. Insbesondere müssen sich die Uniformen und Fahrzeuge der Sicherheitsunternehmen deutlich von jenen der Polizei unterscheiden und dürfen sich die Sicherheitsunternehmen und ihre Angestellten nicht mit „Polizei“ oder ähnlichen Ausdrücken dieses Wortstammes wie zum Beispiel *politas*, *police*, *policy* oder *Privatpolizei* bezeichnen. Ausserdem ist Werbung von Sicherheitsunternehmen, die das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung wesentlich beeinträchtigen kann, untersagt.

34. Waffen dürfen nach Art. 14 KÜPS nur für den Schutzdienst für Personen und Güter mit erhöhter Gefährdung sowie für Sicherheitstransporte von Personen, Gütern und Wertsachen getragen werden. Zudem sind die Bestimmungen des Waffenrechts des Bundes und der Kantone zu beachten.

35. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass vorgesehen ist, von einheimischen und externen Gesuchstellenden oder deren Sicherheitsunternehmung eine Bestätigung einer schweizerischen Versicherungsgesellschaft über das Vorhandensein einer gültigen Betriebshaftpflichtpolice mit einer Mindestdeckung von 3 Millionen Schweizerfranken zu verlangen, welche alle vom KÜPS erfassten privaten Sicherheitsdienstleistungen abdeckt.<sup>35</sup>

36. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen diese hier ausgeführten Zulassungsvoraussetzungen auch auf ortsfremde Sicherheitsangestellte angewendet werden dürfen. Dabei ist nach der in Rz 11 f. dargestellten Systematik des BGBM zu unterscheiden, ob die am Herkunftsort geltenden Marktzugangsvorschriften ein gegenüber dem KÜPS gleichwertiges Schutzniveau erzielen (Kap. 5), oder ob es sich um ungleichwertige Marktzugangsvorschriften handelt (Kap. 6).

37. Vorab ist generell festzuhalten, dass die Pflicht zum Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung gegenüber ortsfremden Anbieterinnen grundsätzlich zulässig ist, wobei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM die am Herkunftsort erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind.<sup>36</sup>

## 5 BGBM-Zulassung von Anbieterinnen aus Kantonen mit gleichwertiger Regelung

38. Kapitel 5 analysiert, unter welchen Voraussetzungen Personen mit Sitz in der Schweiz aber ausserhalb des KÜPS-Gebiet grenzüberschreitend Sicherheitsdienste im KÜPS-Gebiet anbieten dürfen (sog. Dienstleistungsfreiheit), wenn die Herkunftsvorschriften und die im Kapitel 4 dargestellten Vorschriften des KÜPS **gleichwertig** sind.

39. Unter die Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM fallen sowohl Selbstständigerwerbende, welche grenzüberschreitend im KÜPS-Gebiet Aufträge ausführen, als auch Sicherheitsangestellte, die grenzüberschreitend im KÜPS-Gebiet für ein Sicherheitsunternehmen von ausserhalb des KÜPS-Gebiets Aufträge ausführen (Arbeitnehmerentsendung). Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. c KÜPS benötigt das ortsfremde Sicherheitsunternehmen, welches Sicherheitsangestellte in das

KÜPS-Gebiet entsendet, keine KÜPS-Betriebsbewilligung (siehe Kap. 8.1). Es stellt sich somit einzig die Frage, unter welchen Voraussetzungen die selbstständig erwerbende oder angestellte natürliche Person einen Sicherheitsauftrag im KÜPS-Gebiet ausführen darf.

40. Gemäss dem in Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM verankerten Herkunftsprinzip haben Selbstständigerwerbende wie auch entsandte Sicherheitsangestellte das Recht, Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (und somit auch im KÜPS-Gebiet) nach den Vorschriften ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes anzubieten (siehe dazu vorne Kap. 3.1). Die durch das jeweilige Konkordatsmitglied bezeichnete zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken, muss dafür aber in einem ersten Schritt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegen. Gelingt dies nicht, ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren (siehe vorne Kap. 3.1).

41. Nachfolgend werden die Marktzugangsregelungen des Konkordats vom 18. Oktober 1996 über die Sicherheitsunternehmen („concordat sur les entreprises de sécurité“, nachfolgend: CES) (Kap. 5.1), der Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen (Kap. 5.2) und des Kantons Aargau (Kap. 5.3) hinsichtlich der Gleichwertigkeit mit den KÜPS-Vorschriften beurteilt und anschliessend geprüft, ob die KÜPS-Vorschriften über die Zulassung von Personen aus diesen Kantonen mit dem BGBM vereinbar sind.

### 5.1 Concordat sur les entreprises de sécurité (CES)

42. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b CES ist für die Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen nach Art. 4 CES auf dem CES-Gebiet eine Bewilligung erforderlich.

43. Nach Art. 9 Abs. 1 CES wird die Bewilligung erteilt, wenn das Sicherheitspersonal (Bst. a) Schweizer Bürger, Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation oder, für Angehörige anderer ausländischer Staaten, Inhaber einer Niederlassungsbewilligung oder einer seit mindestens zwei Jahren bestehenden Aufenthaltsbewilligung ist; (Bst. b) handlungsfähig ist; (Bst. c) zahlungsfähig ist oder gegen sie oder ihn keine definitiven Verlustscheine ausgestellt worden sind und (Bst. d) durch sein Vorleben, seinen Charakter und sein Verhalten vollständige Gewähr für seine Ehrenhaftigkeit in Bezug auf das geplante Tätigkeitsumfeld leistet. Die Bewilligung ist nach Art. 12a Abs. 1 CES auf vier Jahre befristet.

44. Die Berufspflichten der Sicherheitsunternehmen und des Sicherheitspersonals sind in den Art. 15 bis 21 CES geregelt. Gemäss Art. 15 CES haben die Sicherheitsunternehmen und ihr Verwaltungs- und Betriebspersonal ihre Tätigkeiten in Beachtung der Gesetzgebung auszuüben. Abs. 2 beschränkt die Gewaltanwendung auf Notwehr und Notstand gemäss StGB. Personen, die dem CES unterstellt sind, dürfen keine Aufträge annehmen, deren Erfüllung sie veranlassen könnte, gegen die Gesetzgebung zu verstossen.

<sup>35</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.; vgl. auch Art. 5 Abs. 3 Bst. a KÜPS.

<sup>36</sup> BGer, 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3c.

45. Die Sicherheitsunternehmen sind nach Art. 15a Abs. 1 CES verpflichtet, ihrem Personal vor dem Stellenantritt eine Aus- sowie während des Anstellungsverhältnisses eine Weiterbildung zu vermitteln. Die Sicherheitsunternehmen dürfen Sicherheitsaufgaben ausschliesslich an Sicherheitspersonal übertragen, das über eine genügende Ausbildung im Sinne dieses Artikels verfügt.

46. Art. 15b CES regelt, unter welchen Voraussetzungen die Delegation von Tätigkeiten an andere Sicherheitsunternehmen möglich ist. Art. 15b CES verpflichtet die Sicherheitsunternehmen zur Führung einer Liste der Personen, welche dem CES unterstehen.

47. Weiter enthalten die Art. 16 und 17 CES Bestimmungen zum Verhältnis zur Polizei und den Strafbehörden. Die dem CES unterstellten Personen dürfen die Aktion der Behörden und der Polizeiorgane nicht behindern. Sie haben der Polizei spontan oder auf Verlangen gemäss den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften Hilfe zu leisten. Die Personen, die dem CES unterstellt sind, sind verpflichtet, der zuständigen Strafbehörde unverzüglich jede Handlung anzuzeigen, die ein Verbrechen oder ein von Amtes wegen verfolgtes Vergehen darstellen könnte und von der sie Kenntnis erhalten.

48. Die Art. 18 und 19 CES statuieren Vorschriften zu Legitimation und Werbung, sowie betreffend Uniformen und Fahrzeugen. Personen, die ihre Tätigkeit ausserhalb der Räume des Unternehmens ausüben, haben einen von der zuständigen Behörde ausgestellten, das Dispositiv der Bewilligung enthaltenden Legitimationsausweis bei sich zu tragen. Die betreffenden Personen haben dieses Dokument auf Verlangen der Polizei oder jeder Person, mit der sie im Rahmen ihrer Sicherheitsaufgaben in Kontakt treten, vorzuweisen. Bei endgültiger Aufgabe der Tätigkeit ihres Sicherheitspersonals müssen die Sicherheitsunternehmen den zuständigen Behörden die betreffenden Legitimationsausweise zurückzugeben. Die Visitenkarten, das Briefmaterial und die geschäftliche Werbung dürfen nicht den Eindruck entstehen lassen, dass eine amtliche Funktion ausgeübt wird. Jede Form von unpassender oder auf Bestärkung eines Unsicherheitsgefühls beruhender Werbung ist untersagt. Die benutzten Uniformen müssen sich von jenen der Polizei deutlich unterscheiden, was auch für die Kennzeichnung und Ausrüstung der Fahrzeuge gilt.

49. Art. 20 CES enthält eine Genehmigungspflicht des benutzten Materials und Art. 21 CES regelt die Bewaffnung des Sicherheitspersonals, wobei auf die Sondergesetzgebung verwiesen wird. Abs. 2 enthält diesbezüglich einen Vorbehalt, wonach mit Ausnahme von langen Handfeuerwaffen, die zur Sicherung von Sicherheitstransporten benutzt werden und im Fahrzeug bleiben müssen, die Waffen auf öffentlichen Strassen oder an anderen öffentlich zugänglichen Orten nicht sichtbar zu tragen sind.

### 5.1.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus dem CES-Gebiet

50. Laut Gutachtensauftrag ist geplant, Gesuchstellenden, die eine gültige Bewilligung nach CES vorweisen können, grundsätzlich für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Gültigkeitsdauer ihrer CES-Bewilligung zuzulassen, unter dem Vorbehalt der gegenseitigen Anerkennung.<sup>37</sup>

51. Bezüglich Zulassungsverfahren stehen drei Varianten zur Diskussion: (a) Generell und formlos durch eine entsprechende Formulierung in den allgemeinen Richtlinien, (b) durch eine schriftliche Verfügung oder (c) durch eine schriftliche Verfügung mit der die Gesuchstellenden gleichzeitig verpflichtet werden, die Pflichten im Kontakt mit Bevölkerung und der Polizei, welche das KÜPS allen privaten Sicherheitsdienstleistenden auferlegt, zu beachten.<sup>38</sup> Variante (c) verweist dabei auf die in den Artikeln 10, 12, 13 und 14 KÜPS enthaltenen Berufspflichten (siehe auch vorne Rz 25 ff.).

52. Gesuchstellende aus den CES-Kantonen (FR, VD, VS, NE, GE, JU) ohne gültige CES-Bewilligung können sich laut Gutachtensauftrag bei einer KÜPS-Bewilligungsbehörde nicht auf das BGBM berufen.<sup>39</sup>

### 5.1.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

53. Die Marktzugangsregelungen gemäss KÜPS und CES erreichen aufgrund weitgehend übereinstimmender Bewilligungsvoraussetzungen und Berufspflichten ein gleichwertiges Schutzniveau (siehe vorne Rz 20 ff. und 42 ff.). Zu diesem Schluss gelangt auch der Gutachtensauftrag.<sup>40</sup> M.a.W. garantieren die generell-abstrakten Marktzugangsregelungen des CES und die darauf beruhende Praxis der Herkunftsorte einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen wie die KÜPS-Vorschriften. Eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM fällt ausser Betracht. Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren. Es bleibt kein Raum für Auflagen oder Beschränkungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM (siehe vorne Rz 11 f.).

54. Die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehene Lösung, Personen mit CES-Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Gültigkeitsdauer ihrer CES-Bewilligung zuzulassen, ist mit dem BGBM vereinbar. Im Übrigen gewährleistet das BGBM auch den beschränkungsfreien Zugang von Personen mit KÜPS-Bewilligung in das CES-Gebiet, womit das Erfordernis der gegenseitigen Anerkennung bereits aufgrund den Vorgaben des BGBM erfüllt ist.

55. Bezüglich der drei Varianten des Zulassungsverfahrens kann gesagt werden, dass in Hinblick auf Art. 3 Abs. 4 BGBM ein generelles und formloses Verfahren durch eine Formulierung in den allgemeinen Richtlinien, wie es in Variante (a) dargestellt wird, vorzuziehen ist. Auf jeden Fall muss das Verfahren für Gesuchstellende kostenlos sein (siehe vorne Rz 15 und 51).

<sup>37</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1.

<sup>38</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1.

<sup>39</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1.

<sup>40</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1; siehe auch DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1102.

56. Das Herkunftsprinzip umfasst neben Zulassungsvoraussetzungen auch Vorschriften über die Art und Weise, wie ein Beruf ausgeübt werden darf.<sup>41</sup> Für die Auflage gemäss Variante (c), wonach Gesuchstellende mit einer CES-Bewilligung verpflichtet werden, die Pflichten im Kontakt mit Bevölkerung und der Polizei, welche das KÜPS allen privaten Sicherheitsdienstleistenden auferlegt, zu beachten, bleibt grundsätzlich kein Raum (siehe vorne Rz 53). Auf jeden Fall müsste eine solche Auflage als Abweichung vom Herkunftsprinzip den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM genügen, d.h. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein.

57. Ein Gesuchstellender aus einem der CES-Kantone ohne CES-Bewilligung erfüllt die Voraussetzung von Art. 2 Abs. 3 BGBM nicht und fällt folglich nicht in den Anwendungsbereich des Herkunftsprinzips, da er nicht rechtmässig an seinem Herkunftsort tätig ist. Ihm bleibt die Möglichkeit einer Zulassung nach KÜPS offen, sofern er die nach KÜPS geltenden Voraussetzungen erfüllt (siehe vorne Kap. 4 und Rz 52). Auch in diesem Punkt entspricht die im Gutachtensauftrag vorgeschlagene Lösung den Anforderungen des BGBM.

## 5.2 Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

58. Die Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen übernehmen den KÜPS-Text wortgetreu, resp. weitgehend wortgetreu ins kantonale Recht, ohne aber dem Konkordat formell beizutreten. Entsprechend sind Gesuche von Personen aus diesen beiden Kantonen nach dem BGBM zu beurteilen, wobei offenkundig von gleichwertigen Vorschriften im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BGBM auszugehen ist.<sup>42</sup>

59. Im Gutachtensauftrag wird vorgesehen, Gesuchstellende aus diesen beiden Kantonen gleich wie Gesuchstellende aus den CES-Kantonen zu behandeln. Es kann somit bezüglich binnenmarktrechtlicher Beurteilung auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden (siehe vorne Kap. 5.1.2).

## 5.3 Kanton Aargau

60. Im Kanton Aargau besteht gemäss § 57 des Gesetzes vom 6. Dezember 2005 über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, nachfolgend: PoIG AG; SAR 531.200) eine **Bewilligungspflicht** für die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste. Die Bewilligung ist erforderlich für Selbstständigerwerbende, Personengesellschaften und juristische Personen. Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung sind gemäss Abs. 3 die Handlungsfähigkeit und der gute Leumund der geschäftsführenden Person. Gemäss Ziff. 4.2.2 der Weisungen vom 22. April 2014 zur Tätigkeit der privaten Sicherheitsdienste des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (nachfolgend: Weisungen)<sup>43</sup> muss zudem eine Grundausbildung zum Führen eines Sicherheitsunternehmens absolviert werden. Nach § 57 Abs. 4 PoIG AG sind Bewilligungen auf vier Jahre befristet.

61. Demgegenüber unterliegt die Tätigkeit als Sicherheitsangestellter ohne Geschäftsführungsfunktion einzig der **Meldepflicht** an die Aufsichtsstelle. Anlässlich der Meldung überprüft die zuständige Behörde des Kantons Aargau die persönliche Befähigung der Person und den

Leumund. Der Sicherheitsangestellte muss eine theoretische Ausbildung absolvieren.

62. § 59 PoIG AG statuiert weiter, dass private Sicherheitskräfte über keine hoheitlichen Befugnisse verfügen und bei gemeinsamen Einsätzen zur zumutbaren Zusammenarbeit mit der Polizei verpflichtet sind. Gemäss § 60 PoIG AG ist das Tragen von Waffen nach Massgabe der Waffengesetzgebung des Bundes zulässig.

63. Die Verwendung der Bezeichnung «Polizei» in der deutschen oder in einer anderen Sprache ist nach § 6 Abs. 1 PoIG AG den berechtigten Bundesstellen, der Kantonspolizei und den Polizeikräften der Gemeinden vorbehalten. Uniformen privater Sicherheitsdienste dürfen ausserdem nicht zu Verwechslungen führen.

64. Weitere Pflichten lassen sich den Weisungen vom 22. April 2014 zur Tätigkeit der privaten Sicherheitsdienste des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau entnehmen, die in ihren Ziff. 4.2.2 ff. Vorschriften zu Aus- und Weiterbildung sowie zur Legitimation mittels Ausweis enthalten.

### 5.3.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus dem Kanton Aargau

65. Gemäss Gutachtensauftrag ist vorgesehen, dass von im Kanton Aargau wohnhaften gesuchstellenden Sicherheitsangestellten und Geschäftsführern verlangt wird, bei der Aargauer Bewilligungsbehörde eine aktuelle Unbedenklichkeitserklärung einzuholen und diese bei der KÜPS-Bewilligungsbehörde einzureichen. Gesuchstellende aus dem Kanton Aargau sollen eine schriftliche Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen im KÜPS-Gebiet für die Dauer von drei Jahren erhalten. AufLAGen sind keine vorgesehen.<sup>44</sup>

66. Nach Rücksprache mit dem Steuerausschuss wurde diese Regelung dahingehend präzisiert, dass die Bewilligungspflicht nur für im Kanton Aargau tätige Sicherheitsangestellte gelten soll, die im Kanton Aargau einzig der Meldepflicht unterstehen (vorne Rz 61). Selbstständigerwerbende und Geschäftsführer, die Inhaber einer Bewilligung des Kantons Aargau sind (siehe vorne Rz 60), sollen gleich wie Gesuchstellende aus den CES-Kantonen behandelt werden und folglich ohne zusätzliche Bewilligung Marktzugang erhalten.

<sup>41</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1270, 1274 sowie 1279 ff.; vgl. auch Verfügung des Kantons Aargau betreffend Tätigkeit als Zahnprothetiker, wonach sich Umfang und Inhalt der Tätigkeit nach der vom Kanton Zürich erteilten Berufsausübungsbewilligung richtet, RPW 2013/4, 523, *Interkantonaler Marktzugang für Zahnprothetiker*; Verfügung des Kantons Graubünden, wonach die Tätigkeit als Rettungssanitäter in Umfang und Bestand nach der Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters des Herkunftskantons Luzern ausgeübt werden darf, RPW 2012/3, 536, *Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbstständige Rettungssanitäter*; zur Anstellung von Anwaltspraktikanten als ausserkantonaler Anwalt siehe BGE 134 II 329 E. 6.1; anders hingegen BGE, 2C\_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 5 (Taxi Zürich).

<sup>42</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 2.2.

<sup>43</sup> Erhältlich unter <[https://www.ag.ch/media/kanton\\_aargau/dvi/dokumente\\_5/kapo\\_1/sicherheit\\_\\_ordnung\\_1/siwas\\_sidi/Weisung\\_privat\\_Sicherheitsdienste\\_neu\\_2014.pdf](https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/dvi/dokumente_5/kapo_1/sicherheit__ordnung_1/siwas_sidi/Weisung_privat_Sicherheitsdienste_neu_2014.pdf)> (besucht am 10.8.2016).

<sup>44</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.3.

### 5.3.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

67. Die Marktzugangsregelungen des KÜPS und des Kantons Aargau sind hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzungen für **Selbstständigerwerbende** weitgehend übereinstimmend und somit als gleichwertig zu betrachten (siehe vorne Rz 20 ff. und 60 ff.). Die generell-abstrakten Marktzugangsregelungen des Kantons Aargau und die darauf beruhende Praxis garantieren einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen wie die KÜPS-Vorschriften. Eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM fällt ausser Betracht. Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren. Es bleibt kein Raum für Auflagen oder Beschränkungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM. Solche sind im Übrigen gemäss Gutachtensauftrag auch nicht vorgesehen.<sup>45</sup>

68. Bezüglich des Zulassungsverfahrens für **Sicherheitsangestellte** ist vorgesehen, dass diese eine Unbedenklichkeitserklärung einzureichen haben. Dies wird damit begründet, dass der polizeiliche Leumund von Sicherheitsangestellten im Kanton Aargau nur einmal anlässlich der Meldung überprüft wird, während die KÜPS-Bewilligung befristet ist und der Leumund folglich periodisch überprüft wird. Es soll deshalb vor Eintritt in das KÜPS-Gebiet geprüft werden, ob Gesuchstellende auch im aktuellen Zeitpunkt die persönlichen Voraussetzungen für eine Bewilligung nach den Vorschriften des Kantons Aargau weiterhin erfüllen.<sup>46</sup>

69. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass der Marktzugang im Falle von gleichwertigen Marktzugangsvorschriften ohne Weiteres zu gewähren ist. Einzige Voraussetzung ist, dass die Anbieterin die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausübt; der Nachweis der Rechtmässigkeit ist mit dem Vorlegen der am Herkunftsort ausgestellten Berufsausübungsbewilligung grundsätzlich erbracht. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist deshalb auch eine Rücküberprüfung der bereits am Herkunftsort geprüften Voraussetzungen unzulässig (siehe vorne Rz 18). Hinzu kommt, dass ausserkantonale Gesuchstellende grundsätzlich Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren haben (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Nun ist es aber so, dass die Behörden des Herkunftskantons für die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen in der Regel eine Gebühr verlangen und so das kostenlose Verfahren unterlaufen wird.

70. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob vorliegend das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung trotz gleichwertiger Marktzugangsvorschriften gerechtfertigt sein kann. Eine Rechtfertigung kann etwa dadurch begründet sein, dass der Bestimmungsort eine für die Ausübung der Tätigkeit zentrale Eigenschaft oder Fähigkeit periodisch überprüft und die Bewilligung befristet, während der Herkunftsort zwar eine materiell identische Voraussetzung vorsieht, diese aber nur anlässlich der erstmaligen Bewilligungserteilung prüft und dann eine unbefristete Bewilligung ausstellt. Um die periodische Überprüfung durchzusetzen, kann es gerechtfertigt sein, dass die Behörde des Bestimmungsorts eine Unbedenklichkeitserklärung verlangt und ihrerseits nur eine befristete Bewilligung ausstellt.

71. Gestützt auf diese Überlegung ist nach Auffassung der WEKO davon auszugehen, dass die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehene Lösung, wonach Sicherheitsangestellte aus dem Kanton Aargau eine Unbedenklichkeitserklärung beizubringen haben, mit den Anforderungen des BGBM vereinbar ist. Nachdem das BGBM aber ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, ist es vorzuziehen, wenn die zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörden direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nehmen und die Gültigkeit der Erstbewilligung amts hilfweise selber und auf eigene Kosten überprüfen. Den Gesuchstellenden sollte zumindest die Wahl überlassen werden, ob sie entweder eine Unbedenklichkeitserklärung einreichen oder die zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde ermächtigen, bei den Behörden des Herkunftskantons Abklärungen zu treffen. Im zweiten Fall obliegt es der zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörde, bei der ausserkantonalen Schwesterbehörde eine entsprechende Unbedenklichkeitserklärung einzuholen, wobei allfällige Gebühren den Gesuchstellenden nicht weiterverrechnet werden dürfen.

## 6 BGBM-Zulassung von Anbieterinnen aus Kantonen mit ungleichwertiger Regelung

72. Kapitel 6 analysiert, unter welchen Voraussetzungen Personen mit Sitz in der Schweiz, aber ausserhalb des KÜPS-Gebiets, grenzüberschreitend Sicherheitsdienste im KÜPS-Gebiet anbieten dürfen (sog. Dienstleistungsfreiheit), wenn die Herkunftsvorschriften ein tieferes Schutzniveau erreichen als die Vorschriften des KÜPS und somit **ungleichwertige** Marktzugangsvorschriften vorliegen. Ungleichwertigkeit bedeutet, dass die generell-abstrakten Marktzugangsregelungen des Herkunftsorts einer ortsfremden Anbieterin keinen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen wie die KÜPS-Vorschriften. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht hat dies zur Folge, dass die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt wird und die Behörde des Bestimmungsorts unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM den Marktzugang mit Auflagen oder Bedingungen beschränken kann.

73. Innerhalb der Gruppe der Kantone mit ungleichwertigen Regelungen gilt zu unterscheiden zwischen den Kantonen, wo im Vergleich zum KÜPS wesentlich tiefere Bewilligungsvoraussetzungen gelten (so Luzern und Obwalden, siehe Kap. 6.1) sowie Kantonen, die gar keine Regelung vorsehen und die Sicherheitsdienstleistungen grundsätzlich bewilligungsfrei zulassen (siehe Kap. 6.2).

### 6.1 Kantone Luzern und Obwalden

74. Im Kanton Luzern ist die Ausführung von gewerbmässigen Bewachungsaufträgen gemäss § 29 des Gesetzes vom 27. Januar 1998 über die Luzerner Polizei (PoIG LU; SRL 350) bewilligungspflichtig. Die Bewilligung kann gemäss § 30 Abs. 1 PoIG LU erteilt werden, wenn die gesuchstellende Person nachweist, dass sie (Bst. a)

<sup>45</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.3.; ausserdem vorne Rz 12.

<sup>46</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.3.

handlungsfähig ist; (Bst. b) das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt und Wohnsitz in der Schweiz hat; (Bst. c) in den letzten fünf Jahren vor der Gesuchseinreichung nicht wegen Delikten gegen Leib und Leben, die Sittlichkeit oder das Vermögen verurteilt worden ist und (Bst. d) gut beleumundet ist. Weiter statuiert Abs. 2, dass juristische Personen für die Bewilligungserteilung eine Vertreterin oder einen Vertreter bezeichnen. Diese müssen jederzeit nachweisen können, dass das mit gewerbmässigen Bewachungsaufträgen betraute Personal die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, die Bewilligungspflicht erstreckt sicher aber m.a.W. nicht auf das Sicherheitspersonal, sondern nur auf die Geschäftsführer von Sicherheitsunternehmen.<sup>47</sup>

75. Die Bewilligung gilt grundsätzlich unbefristet, sie kann gemäss § 30 Abs. 3 PolG LU unter Auflagen erteilt werden und ist zu entziehen, wenn die Voraussetzungen nicht länger erfüllt sind oder gegen die Auflagen verstossen wird.

76. Private haben gemäss § 31 PolG LU, unter Vorbehalt der Beleihung nach § 28 desselben Gesetzes, keine polizeilichen Befugnisse. Wer gewerbmässig Bewachungsaufträge ausführt, ist unter Vorbehalt des Zeugnisverweigerungsrechts gemäss den Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung zur Zusammenarbeit mit der Luzerner Polizei verpflichtet.

77. Im **Kanton Obwalden** besteht gemäss Art. 42 des Polizeigesetzes vom 11. März 2010 (nachfolgend: PolG OW; GDB 510.1) eine Bewilligungspflicht für private Sicherheitsunternehmen, die gewerbmässig private Sicherheitsdienste im öffentlichen oder halböffentlichen Raum anbieten oder leisten. Als private Sicherheitsunternehmen gelten dabei natürliche und juristische Personen. Angestellte eines privaten Sicherheitsunternehmens bedürfen keiner Bewilligung.

78. Gemäss Art. 43 Abs. 1 PolG OW wird die Bewilligung erteilt, wenn die für das private Sicherheitsunternehmen verantwortlich zeichnende Person nachweist, dass sie (Bst. a) handlungsfähig ist; (Bst. b) sie das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt und Wohnsitz in der Schweiz hat; (Bst. c) sie nicht wegen Vergehen oder Verbrechen gegen Leib und Leben, die sexuelle Integrität, das Vermögen oder das Betäubungsmittelgesetz im Strafregister eingetragen ist; (Bst. d) gut beleumundet ist; (Bst. e) eine genügende Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen ist und (Bst. f) nur Sicherheitsangestellte eingesetzt werden, welche die Voraussetzungen gemäss Buchstaben a bis d erfüllen und die entsprechend ihrer Aufgabe ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden. Die Bewilligung kann gemäss Abs. 2 desselben Artikels unter Auflagen erteilt werden und gilt grundsätzlich unbefristet, unter Vorbehalt des Entzugs für den Fall, dass die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder gegen Auflagen verstossen wird.

79. Die Rechte und Pflichten als Bewilligungsinhaber sind in Art. 44 PolG OW dargestellt. So ist wer gewerbmässig Sicherheitsdienste anbietet oder leistet, soweit zumutbar, zur Zusammenarbeit mit der Kantonspolizei verpflichtet. Er hat weiter alles zu unterlassen, was zu Verwechslungen mit der Kantonspolizei führen kann und hat den Mit-

arbeitenden einen aussagekräftigen Firmenausweis auszustellen, welcher der Kantonspolizei jederzeit auf Verlangen vorzuweisen ist.

80. Zusammenfassend ist den Regelungen in den Kantonen Luzern und Obwalden gemein, dass sie nicht die Sicherheitsangestellten der Bewilligungspflicht unterstellen, sondern die Sicherheitsunternehmen, resp. deren Vertreter und dabei ausschliesslich persönliche und keine fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen vorsehen.

### 6.1.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus den Kantonen Luzern und Obwalden

81. Sicherheitsangestellte und Selbstständigerwerbende aus den Kantonen Luzern und Obwalden werden zur Ausübung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet zugelassen, wenn sie eine durch die Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung beibringen und zudem eine lückenlose Berufstätigkeit von mindestens fünf Jahren nachweisen. Dieser Nachweis wird durch das Einreichen von Arbeitszeugnissen oder, falls der Gesuchstellende Eigentümer des Sicherheitsunternehmens ist, durch Referenzen der drei grössten Auftraggeber erbracht.

82. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so sollen Gesuchstellende aus den Kantonen Luzern und Obwalden eine schriftliche Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen im KÜPS-Gebiet für die Dauer von drei Jahren erhalten.<sup>48</sup> Fehlt es an der fünfjährigen Berufserfahrung, so erfolgt die Zulassung nach den KÜPS-Vorschriften.

### 6.1.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

83. Vergleicht man die Marktzugangsregelungen der Kantone Luzern und Obwalden mit denen des KÜPS (siehe vorne Rz 20 ff. und Rz 74 ff.) wird ersichtlich, dass sie hinsichtlich der persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen gleichwertig, hinsichtlich der fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen jedoch nicht als gleichwertig zu betrachten sind.

84. Mit Bezug auf die **fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen** ist die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt. Die KÜPS-Bewilligungsbehörde kann somit den Marktzugang für Gesuchstellende aus den Kantonen Luzern und Obwalden grundsätzlich mit fachlichen Auflagen oder Bedingungen beschränken. Solche Beschränkungen des Marktzugangs müssen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Als per se unverhältnismässig gilt eine Beschränkung gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM unter anderem dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (ausreichende Berufserfahrung, siehe vorne Rz 12).

<sup>47</sup> So auch Gutachtensauftrag, Ziff. 3.4.

<sup>48</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.4. und 3.5.

85. Im vorliegenden Fall bedeutet dies konkret, dass die KÜPS-Bewilligungsbehörde keine Auflagen verfügen darf, wenn der Selbstständigerwerbende oder der Sicherheitsangestellte aus den Kantonen Luzern oder Obwalden bereits ausreichend Berufserfahrung gewonnen hat.<sup>49</sup> Gemäss dem Gutachtensauftrag wird dieser binnenmarktrechtlichen Anforderung Rechnung getragen, indem Sicherheitsangestellte und Selbstständigerwerbende, die über eine einwandfreie und lückenlose Berufserfahrung von fünf Jahren verfügen, ohne Auflagen zugelassen werden. Um als Bewilligungsbehörde beurteilen zu können, ob eine ausreichende Berufserfahrung vorhanden ist, müssen entsprechende Arbeitszeugnisse resp. Arbeitsbestätigungen (siehe vorne Rz 81) eingereicht werden. Die Praxis ist grundsätzlich nicht zu beanstanden; sie dient gerade der Verwirklichung von Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM, indem der Marktzugang aufgrund der bereits erlangten Berufserfahrung trotz teilweise ungleichwertiger Marktzugangsregelungen gewährt wird.

86. Bis heute besteht keine etablierte Praxis zur Frage, wie lange eine ortsfremde Anbieterin tätig gewesen sein muss, damit von einem hinreichenden Schutz der öffentlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM ausgegangen werden kann. Gemäss Gutachtensauftrag verlangt das KÜPS eine praktische Tätigkeit von mindestens fünf Jahren. Der Bundesrat ging bei der Einführung dieser Bestimmung in Anlehnung an die Verwaltungsvereinbarung Espace Mittelland über reglementierte gewerbliche Tätigkeiten vom 12. März 1999, welche den gegenseitigen Marktzugang zwischen den beteiligten Kantonen regelt, von einer Berufserfahrung von drei Jahren aus.<sup>50</sup> Im Fall des Marktzugangs eines Naturheilpraktikers aus dem Kanton Zug im Kanton Tessin kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Schutz öffentlicher Interessen aufgrund der über 15-jährigen Berufserfahrung hinreichend gewährleistet ist.<sup>51</sup>

87. Letztlich lässt sich wohl keine absolute, für alle Branchen und Konstellationen geltende Dauer definieren. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, welche öffentlichen Interessen konkret betroffen sind und wie stark sich die Schutzniveaus der Herkunft- und Bestimmungsorte unterscheiden. Im vorliegenden Fall steht die Regelung der Herkunftskantone, welche keine fachliche Grundausbildung oder Weiterbildung erfordert, den Vorschriften des KÜPS gegenüber, wonach die Aus- und Weiterbildung in einem 4-Stufen-Modell erfolgt, wobei vor Bewilligungserteilung eine theoretische Grundausbildung und vor Tätigkeitsaufnahme eine Basisausbildung mindestens im Umfang von 20 Lektionen zu mind. 50 Minuten zu absolvieren ist, worauf abschliessend spezifische Ausbildungsmodule, ausgerichtet auf den konkreten Tätigkeitsbereich, folgen. Ausserdem muss regelmässig eine einsatz- und fachbezogene Weiterbildung absolviert werden, dies in der Regel im Umfang von jährlich mindestens 8 Lektionen à min. 50 Minuten (siehe dazu vorne Rz 27 ff.).

88. Es stellt sich die Frage, ob die gemäss KÜPS verlangten fünf Jahre Berufserfahrung nötig sind, um einen hinreichenden Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Dabei ist zu betonen, dass Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM einen „hinreichenden“ Schutz und nicht einen gegenüber der am Bestimmungsort geltenden Regelung „gleichwertigen“ Schutz verlangt. Mit anderen Worten muss der Marktzugang bereits gewährt werden,

wenn das durch die Berufserfahrung gewährleistete Schutzniveau unterhalb der am Bestimmungsort verlangten Schwelle liegt.<sup>52</sup>

89. Es besteht ohne Zweifel ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass Sicherheitsangestellte ihren Aufgaben gewachsen sind und bei der Ausübung ihrer Tätigkeit Dritte nicht gefährden; die Aus- und Weiterbildung trägt dazu bei, dass Sicherheitsangestellte besser auf konkrete Gefahrensituation vorbereitet sind und richtig handeln.<sup>53</sup> Konkret stellt sich nun die Frage, mit wie viel Berufserfahrung sich dieses Risiko minimiert resp. wie viel Berufserfahrung nötig ist, um ein hinreichendes Schutzniveau zu erreichen. In Hinblick auf die in der Aus- und Weiterbildung vermittelten Inhalte und deren Dauer (bspw. Aufwand für die Basisausbildung einmalig ca. eine Woche, für die Weiterbildung jährlich einen Tag) ist nach Auffassung der WEKO eine kürzere Berufserfahrung ausreichend, um das fragliche Risiko zu minimieren und einen hinreichenden Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Zumindest die KÜPS-Vorschriften zu Basisausbildung und Weiterbildung können nach Auffassung der WEKO bereits durch eine dreijährige Berufserfahrung kompensiert werden. Es wird daher empfohlen, im KÜPS eine Berufserfahrung von drei Jahren zu verlangen.

90. Hinsichtlich der persönlichen Zulassungsvoraussetzungen sind die Vorschriften der Kantone Luzern und Obwalden mit den KÜPS-Vorschriften gleichwertig. Dennoch verlangt das KÜPS von Gesuchstellenden aus den Kantonen Luzern und Obwalden eine Unbedenklichkeitserklärung, was im Resultat einer Rücküberprüfung der bereits anlässlich der Erstbewilligung geprüften persönlichen Voraussetzungen entspricht. Wie bereits in Rz 70 f. ausgeführt, kann dies nach Auffassung der WEKO im Ausnahmefall gerechtfertigt sein, wenn die fragliche Voraussetzung am Herkunftsort nur einmal anlässlich des Bewilligungsverfahrens geprüft wird, während der Bestimmungsort eine periodische Überprüfung vorsieht. Vorliegend sind die Bewilligungen der Kantone Luzern und Obwalden unbefristet gültig, so dass das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung sowie die Befristung der KÜPS-Bewilligung gerechtfertigt sind. Mit Blick auf das Gebot der Kostenlosigkeit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) wäre es jedoch, wie vorne in Rz 71 erwähnt, zu bevorzugen, wenn die Unbedenklichkeitserklärung direkt durch die zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde eingeholt würde.

## 6.2 Kantone ohne Bewilligungspflicht

91. In den Kantonen Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich besteht aktuell keine Bewilligungspflicht für private Sicherheitsdienstleistungen, wobei in den beiden letztgenannten kantonale Regelungen vorhanden wären, welche aber (noch) nicht angewendet werden.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1102.

<sup>50</sup> Botschaft revBGBM (Fn 20), 486.

<sup>51</sup> BGer, 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 E. 4.1 und 4.6; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1334.

<sup>52</sup> Dazu DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1327-1336.

<sup>53</sup> Erläuterungen zu Artikel 11, siehe auch hinten Rz 124.

<sup>54</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 2.2.; vgl. dazu Art. 40 ff. des Polizeigesetzes vom 6. Mai 2007 des Kantons Glarus, die aufgrund einer fehlenden Vollzugsverordnung nicht angewendet werden.

### 6.2.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht

92. Für Gesuchstellende aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht ist vorgesehen, als Auflage zu verfügen, dass bei der zuständigen Behörde am Wohnort eine amtliche Leumundsprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS beantragt werden muss, deren Resultat der zuständigen KÜPS-Bewilligungsbehörde schriftlich mitzuteilen ist.<sup>55</sup>

93. Weiter ist vorgesehen, von den Sicherheitsdienstleistenden lückenlose Arbeitszeugnisse der letzten fünf Jahre seit der Gesuchseinreichung zu verlangen. Eigentümer von Sicherheitsunternehmen sollen ihre Berufserfahrung durch Einreichung von Bestätigungen über die Art, den Umfang und die Qualität der erbrachten Sicherheitsdienstleistungen ihrer drei grössten Auftraggeber aus den letzten fünf Jahren belegen.<sup>56</sup>

94. Gesuchstellende die diese Voraussetzungen erfüllen, sollen eine formelle Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Dauer von drei Jahren erhalten. Fehlt es an der fünfjährigen Berufserfahrung, so erfolgt die Zulassung nach den KÜPS-Vorschriften.<sup>57</sup>

### 6.2.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

95. Das Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 3 BGBM gilt selbst dann, wenn eine Tätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftsorts bewilligungsfrei zulässig ist und am Bestimmungsort der Bewilligungspflicht unterliegt.<sup>58</sup> Voraussetzung für die Begründung des Marktzugangsanspruchs ist einzig, dass die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Hingegen kann in solchen Konstellationen in der Regel von ungleichwertigen Marktzugangsvorschriften ausgegangen werden. Die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM ist widerlegt, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften ein gegenüber den KÜPS-Vorschriften wesentlich tieferes Schutzniveau vorsehen.<sup>59</sup> Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Herkunftsort eine Tätigkeit, wie vorliegend die Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich gänzlich bewilligungsfrei zulässt, während am Bestimmungsort (im KÜPS-Gebiet) eine Bewilligungspflicht mit persönlichen und fachlichen Anforderungen vorgesehen ist.<sup>60</sup> Die Gleichwertigkeitsvermutung ist daher gegenüber Kantonen, die den Sicherheitsdienst bewilligungsfrei zulassen, widerlegt.

96. Dennoch müssen allfällige Beschränkungen des Marktzugangs als Abweichungen vom Herkunftsprinzip den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM genügen, d.h. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Per se unverhältnismässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (ausreichende Berufserfahrung, siehe vorne Rz 12).

97. In Umsetzung dieser binnenmarktrechtlichen Anforderung wird in **fachlicher Hinsicht** wiederum verlangt, dass die Gesuchstellenden über eine fünfjährige Berufserfahrung verfügen und diese mittels Arbeitszeugnissen oder Referenzen nachweisen. Wie bereits im Zusammenhang

mit der Zulassung von Personen mit Sitz in den Kantonen Luzern und Obwalden ausgeführt wurde, steht diese Regelung im Einklang mit dem BGBM (siehe vorne Rz 86 ff.), jedoch reicht nach Auffassung der WEKO auch eine kürzere Berufserfahrung aus, um einen hinreichenden Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Es wird daher auch hier empfohlen, im KÜPS eine Berufserfahrung von drei Jahren zu verlangen.

98. Die Pflicht zur Vornahme einer amtlichen Leumundsprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS bei der zuständigen Behörde des Wohnortes muss als Beschränkung des Marktzugangs klarerweise den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM genügen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu ermitteln, ob die vorgesehene Massnahme kumulativ geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

99. Zur Gewährleistung der **persönlichen Eignung** von Personen mit Sitz in Kantonen ohne Bewilligungspflicht ist vorgesehen, den Marktzugang durch eine Auflage zu beschränken. Konkret sollen die Gesuchstellenden bei ihrer Wohngemeinde die Durchführung einer amtlichen Leumundsüberprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS und die Mitteilung der Ergebnisse an die zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde beantragen. Diese Auflage gilt gleichermassen auch für im KÜPS-Gebiet ansässige Personen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und dient dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Die Überprüfung der persönlichen Eignung ist angesichts des Risikos, das von charakterlich ungeeigneten Sicherheitsdienstleistern ausgeht, grundsätzlich auch geeignet und erforderlich, um den Schutz der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten. Die Durchführung einer amtlichen Leumundsprüfung ist für ortsfremde Anbieterinnen, die ihre Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei ausüben und zusätzlich Aufträge auf dem KÜPS-Gebiet ausführen wollen, durchaus zumutbar. Damit das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) insgesamt gewahrt ist, muss ein Gesuchstellender, dem die Wohngemeinde einen einwandfreien Leumund ausgestellt hat, in jedem Fall zugelassen werden. Ferner ist das Verhältnismässigkeitsprinzip auch bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die Bewilligung darf im Einzelfall nur verweigert werden, wenn im Leumundsbericht der Herkunftsgemeinde konkrete Verfehlungen verzeichnet sind, die auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hindeuten und begründeten Anlass zu Zweifeln an der Eignung des Gesuchstellenden zur Ausübung des Berufs als Sicherheitsperson geben.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.2.; Empfehlung Leumundsabklärung.

<sup>56</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.2.

<sup>57</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.2.

<sup>58</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1233.

<sup>59</sup> DIEBOLD, Herkunftsprinzip (Fn 8), S. 146; OESCH/ZWALD (Fn 7), BGBM 2 N 4.

<sup>60</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1310 ff.; siehe auch vorne Rz 20 ff.91.

<sup>61</sup> WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 8), Rz 47.

## 7 BGBM-Zulassung von Diensthunden

100. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. d KÜPS unterliegt der Einsatz von Diensthunden der Bewilligungspflicht. Einer Person wird dabei gemäss Art. 6 KÜPS bewilligt, bei der Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen einen Diensthund einzusetzen, wenn sie und der Hund dazu ausgebildet sind und sich auch entsprechend weiterbilden (Art. 11 Abs. 3 KÜPS). Die Kantone regeln die Prüfungen. Die Bewilligung ist gemäss Art. 8 Abs. 2 KÜPS drei Jahre lang gültig.

101. Vor diesem Hintergrund stellt sich wiederum die Frage, ob Personen, die an ihrem Herkunftsort rechtmässig Diensthunde einsetzen, auch auf dem Gebiet des KÜPS Aufträge mit Diensthunden ausführen dürfen.

### 7.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

102. Der Einsatz von Diensthunden bei privaten Sicherheitsdienstleistungen ist in den CES-Kantonen und im Kanton Basel-Landschaft bewilligungspflichtig. Im Kanton Schaffhausen müssen die betroffenen Dienst- oder Sporthunde vorgängig eine Schutzdienstausbildung gemäss eidgenössischer Tierschutzverordnung erfolgreich durchlaufen.<sup>62</sup>

103. Gemäss den Ausführungen im Gutachtensauftrag planen die KÜPS-Kantone, Hundeführern aus den CES-Kantonen und aus dem Kanton Basel-Landschaft, die über eine gültige Bewilligung als Sicherheitsangestellte des Herkunftskantons verfügen, für die Dauer dieser Bewilligung den Einsatz von Diensthunden zu bewilligen. Hundeführer aus dem Kanton Schaffhausen erhalten eine Bewilligung für die Dauer von drei Jahren ab erfolgreichem Abschluss der im Herkunftskanton erforderlichen Ausbildung. In beiden Fällen soll dazu eine schriftliche Bewilligung ausgestellt werden.<sup>63</sup>

104. Die auflagefreie Zulassung von Hundeführern und Diensthunden aus den Kantonen Basel-Landschaft und Schaffhausen sowie aus den CES-Kantonen ist ohne Weiteres mit dem BGBM vereinbar.

### 7.2 Kantone ohne Bewilligung

105. Die übrigen Kantone sehen keine Bestimmungen bezüglich der Tätigkeit als Hundeführer und des Einsatzes von Diensthunden vor. Für Gesuchstellende aus diesen Kantonen ist gemäss Gutachtensauftrag vorgesehen, dass sie eine KÜPS-Bewilligung erlangen und entsprechend die im KÜPS vorgesehenen Bestimmungen für Hundeführer beachten müssen.<sup>64</sup>

106. Laut Gutachtensauftrag sind die Regeln für den Einsatz von Diensthunden Teil der essentiellen Pflichten und gehören zum eigentlichen Kerngehalt des KÜPS.<sup>65</sup> In Hinblick auf das durch die KÜPS-Vorschriften angestrebte Schutzniveau und analog zu den Ausführungen bei den Kantonen ohne Regelung betreffend Sicherheitsdienstleistungen (siehe vorne Rz 95 ff.) ist für den vorliegenden Fall von ungleichwertigen Marktzugangsregelungen gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM auszugehen.

107. In einem zweiten Schritt ist folglich zu prüfen, ob die Anwendung der KÜPS-Vorschriften auf Gesuchstellende aus Kantonen ohne Regelung betreffend Diensthunde und Hundeführer nach den Voraussetzungen von Art. 3

Abs. 1 BGBM gerechtfertigt ist. Allfällige Beschränkungen des Marktzugangs müssen gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Als unverhältnismässig gelten Beschränkungen unter anderem dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM, siehe vorne Rz 12).

108. Die Anforderungen des KÜPS an die Ausbildung der Hundeführer und der Diensthunde gilt gleichermaßen für ortsansässige Personen und dient mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit der Verwirklichung eines öffentlichen Interesses.<sup>66</sup> Ferner sind die KÜPS-Vorschriften geeignet, den Schutz der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten und ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist nicht ersichtlich. Hingegen muss gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin in die Verhältnismässigkeitsprüfung einbezogen werden. Hat ein ortsfremder Sicherheitsangestellter oder Selbstständigerwerbender nachweislich mindestens drei Jahre Erfahrung als Hundeführer, so muss der Marktzugang ohne Auflagen gewährt werden (zur notwendigen Dauer der Berufserfahrung siehe vorne Rz 86 ff.).<sup>67</sup>

## 8 BGBM-Zulassung von Sicherheitsunternehmen

109. Der Begriff des Sicherheitsunternehmens umfasst gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c KÜPS natürliche und juristische Personen, die Sicherheitsdienstleistungen anbieten und erbringen lassen. Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. c KÜPS ist für den Betrieb eines Sicherheitsunternehmens oder einer Zweigniederlassung auf KÜPS-Gebiet eine Bewilligung erforderlich.

110. Eine solche Betriebsbewilligung wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KÜPS erteilt, wenn eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens drei Millionen Schweizerfranken besteht (Bst. a) und gewährleistet ist, dass die Sicherheitsangestellten für die ihnen übertragenen Aufgaben hinreichend ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden (Bst. b). Die Sicherheitsunternehmen sorgen für die Aus- und Weiterbildung ihrer Angestellten und dürfen auch nur genügend aus- und weitergebildete Angestellte für Sicherheitsdienstleistungen einsetzen (Art. 11 Abs. 2 KÜPS; siehe auch vorne Rz 27 ff.).

111. Vorweg ist festzuhalten, dass die Pflicht zum Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung grundsätzlich zulässig ist, wobei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM die am Herkunftsort erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind (siehe auch vorne Rz 35 und 37).

<sup>62</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>63</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>64</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>65</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>66</sup> Erläuterungen zu Artikel 6.

<sup>67</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1333.

112. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ortsfremde Sicherheitsunternehmen ihre Angestellten in das KÜPS-Gebiet entsenden dürfen (Kap. 8.1) oder auch das Recht haben, auf dem KÜPS-Gebiet eine (Zweit-)Niederlassung zu begründen (Kap. 8.3).

### 8.1 Entsendung ins KÜPS-Gebiet

113. Ein ortsfremdes Sicherheitsunternehmen, das Sicherheitsangestellte in das Konkordatsgebiet entsendet, braucht keine Betriebsbewilligung für das KÜPS-Gebiet. Die Zulassung der ortsfremden Sicherheitsangestellten zur Ausübung von Aufträgen auf dem KÜPS-Gebiet richtet sich nach Art. 2 Abs. 3 BGBM und wurde unter den Kapiteln 5 und 6 analysiert; es kann deshalb an dieser Stelle auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.

### 8.2 Zulassung von niedergelassenen Geschäftsführern

114. Für die Zulassung von im KÜPS-Gebiet niedergelassenen Geschäftsführern kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Dienstleistungsfreiheit verwiesen werden (siehe vorne Kap. 5 und 6).

### 8.3 Begründung einer (Zweit-)Niederlassung im KÜPS-Gebiet

115. Grundsätzlich hat nach Art. 2 Abs. 4 BGBM jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird (siehe vorne Rz 10). Von der Niederlassungsfreiheit profitieren auch juristische Personen.<sup>68</sup>

116. Im KÜPS ist vorgesehen, dass auswärtigen Sicherheitsunternehmen, die gestützt auf das BGBM um eine Betriebsbewilligung ersuchen, m.a.W. eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen möchten, die Beachtung der Ausführungsbestimmungen zur betrieblichen Aus- und Weiterbildung (siehe vorne Rz 110) des KÜPS zur Auflage gemacht wird.<sup>69</sup>

117. Wie bereits verschiedentlich erwähnt, sind marktzugangsbeschränkende Auflagen nur möglich, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten. Entsprechend ist nachfolgend wiederum zu unterscheiden, ob der Herkunftskanton gleichwertige Vorschriften kennt oder nicht.

#### 8.3.1 Niederlassungen von Unternehmen mit Hauptsitz in Kantonen mit gleichwertigen Vorschriften

118. Nach Art. 15a Abs. 1 CES sind Sicherheitsunternehmen verpflichtet, ihrem Personal vor dem Stellenantritt sowie während des Anstellungsverhältnisses eine Aus- bzw. Weiterbildung zu vermitteln. Die Sicherheitsunternehmen dürfen Sicherheitsaufgaben ausschliesslich an Sicherheitspersonal übertragen, das über eine genügende Ausbildung im Sinne dieses Artikels verfügt (siehe vorne Rz 45).

119. Die Kantone **Basel-Landschaft** und **Schaffhausen** haben die KÜPS-Vorschriften wortgetreu, resp. weitgehend wortgetreu ins kantonale Recht übernommen (siehe

vorne Rz 58) und verfügen folglich ebenfalls über gleichwertige Vorschriften.

120. Auch im Kanton **Aargau** fällt das Führen eines Sicherheitsunternehmens unter die Bewilligungspflicht nach § 57 PolG AG (siehe vorne Rz 60). Gemäss Ziff. 4.2.2 f. der Weisungen ist vorgesehen, dass Mitarbeitende (im Monatslohn) über eine theoretische Erstausbildung im Umfang von mindestens 20 Ausbildungsstunden verfügen und jährlich eine Weiterbildung im Umfang von mindestens 8 Ausbildungsstunden absolvieren. Die Einhaltung dieser Bestimmungen wird sichergestellt, indem der Bewilligungsbehörde jeweils ein Konzept einzureichen ist, die Tätigkeiten der privaten Sicherheitsdienste gemäss § 58 PolG AG der Aufsicht der Kantonspolizei unterliegen und das zuständige Departement die Bewilligung entzieht, wenn gesetzliche Bestimmungen, Auflagen oder Bedingungen verletzt werden oder Angestellte mit Sicherheitsaufgaben beschäftigt werden, die für die Aufgabe nicht geeignet sind.

121. Im Kanton **Obwalden** sieht Art. 43 Abs. 1 Bst. f PolG OW als Bewilligungsvoraussetzung vor, dass nur Sicherheitsangestellte eingesetzt werden, welche entsprechend ihrer Aufgabe ausgebildet und regelmässig weitergebildet werden (siehe vorne Rz 78). Das private Sicherheitsunternehmen als Bewilligungsinhaber (siehe vorne Rz 77) muss m.a.W. um die Aus- und Weiterbildung seiner Angestellten besorgt sein, andernfalls ein Entzug der Bewilligung gemäss Art. 43 Abs. 2 PolG OW droht.

122. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorgängig genannten Herkunftsorte im Vergleich mit dem KÜPS gleichwertige Marktzugangsregelungen für Sicherheitsunternehmen vorsehen. Die Sicherheitsunternehmen sind als Arbeitgeber nach dem Gesagten verpflichtet, für die Aus- und Weiterbildung ihrer Sicherheitsangestellten besorgt zu sein. Die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM lässt sich daher nicht wiederlegen, so dass keine Marktzugangsbeschränkungen in Frage kommen (siehe vorne Rz 12). Entsprechend kann die Begründung einer Niederlassung durch Sicherheitsunternehmen mit Hauptsitz in einem der genannten Herkunftskantone nicht mit der Auflage beschränkt werden, dass die Aus- und Weiterbildungen gemäss KÜPS durchgeführt werden müssen.

#### 8.3.2 Niederlassungen von Unternehmen mit Hauptsitz in Kantonen mit ungleichwertigen Vorschriften

123. Wie bereits ausgeführt, besteht in den Kantonen Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich aktuell keine Bewilligungspflicht für private Sicherheitsdienstleistungen (siehe vorne Rz 91); entsprechend besteht auch keine Pflicht der Sicherheitsunternehmen, die Ausbildung der Sicherheitsangestellten zu gewährleisten. Ebenso finden sich in den luzernischen Vorschriften keine Bestimmungen bezüglich Aus- und Weiterbildung von Sicherheitsangestellten durch den Arbeitgeber. Entsprechend bestehen in diesen Kantonen keine gleichwertigen Vorschriften.

<sup>68</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1248.

<sup>69</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 5.

124. Die fragliche Auflage ist somit zulässig, wenn sie gleichermassen auch für ortsansässige Personen gilt, sowie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ist. Im vorliegenden Fall besteht zum Schutz der öffentlichen Sicherheit ein Interesse, dass Sicherheitsangestellte ihren Aufgaben gewachsen sind und rechtmässig handeln, was durch eine genügende Aus- und Weiterbildung sichergestellt werden kann.<sup>70</sup> Die Aus- und Weiterbildungspflichten gelten gleichermassen für Sicherheitsunternehmen mit Erstniederlassung im KÜPS-Gebiet.

125. Die Verpflichtung für Sicherheitsunternehmen, im Falle einer Niederlassung im KÜPS-Gebiet die Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung einzuhalten, ist geeignet, das öffentliche Interesse zu verwirklichen. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist nicht ersichtlich. Schliesslich ist es ortsfremden Sicherheitsunternehmen, die eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen, auch zuzumuten, die Aus- und Weiterbildung für ihre Sicherheitsangestellten durchzuführen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist auch zu beachten, dass die Auflage erst dann greift, wenn das Unternehmen eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründet; beschränkt sich ein ortsfremdes Sicherheitsunternehmen hingegen auf die Entsendung von Sicherheitsangestellten zur Ausführung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet, so untersteht das ortsfremde Sicherheitsunternehmen nicht der KÜPS-Bewilligungspflicht (siehe vorne Rz 113).

126. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ortsfremde Sicherheitsunternehmen, die eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen, den KÜPS-Vorschriften über die betriebliche Aus- und Weiterbildung unterstellt werden dürfen, sofern der Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung der Sicherheitsangestellten vorsieht.

## 9 Kostenlosigkeit des Verfahrens

127. Art. 3 Abs. 4 BGBM vermittelt den Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit kann in gewissen Ausnahmefälle berechtigt sein, dies etwa wenn Gesuchstellende rechtsmissbräuchlich handeln oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursachen (siehe zum Ganzen vorne Kap. 3.2, Rz 15).

128. Gemäss Gutachtensauftrag ist vorgesehen, die Kosten für die Beschaffung und den Unterhalt einer elektronischen Verwaltungs- und Trainingsplattform (VTP) sowie für die Erteilung einer Bewilligung oder die Durchführung einer Prüfung mittels Gebühren den Gesuchstellenden aufzuerlegen, wobei gemäss Art. 7 Abs. 3 KÜPS kostendeckende Gebühren erhoben werden müssen.<sup>71</sup> Der Steuerausschuss qualifiziert die finanziellen Aufwendungen für diese Gebühren als Kausalabgaben und vertritt die Auffassung, dass solche, im Gegensatz zu reinen Schreibgebühren, als gerechtfertigte Beschränkung des freien Marktzugangs gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM auch externen Gesuchstellenden auferlegt werden können und sie folglich nicht vom Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM gedeckt werden.<sup>72</sup>

129. Im System der öffentlichen Abgaben werden grundsätzlich die voraussetzungslos geschuldeten Steuern von den für eine bestimmte staatliche Leistung erhobenen Kausalabgaben abgegrenzt. Innerhalb der Kausalabgaben sind die Gebühren zu orten, welche als Entgelt für eine bestimmte, vom Pflichtigen veranlasste oder verursachte Tätigkeit (Amtshandlung) des Gemeinwesens zu verstehen sind.<sup>73</sup> Abgabenrechtlich lässt sich deshalb kein Unterschied zwischen reinen Schreibgebühren und Kausalabgaben zwecks Finanzierung einer IT-Plattform, Bewilligungserteilung und Prüfungsdurchführung ausmachen. In beiden Fällen handelt es sich um Kausalabgaben in Form von Gebühren. Werden solche Gebühren im Rahmen eines Marktzulassungsverfahrens erhoben, wirken sie sich unabhängig ihrer rechtlichen Qualifikation als Marktzugangshindernis aus. Genau das wollte der Bundesgesetzgeber mit der Einführung des Gebots der Kostenlosigkeit unterbinden. Mit der Verankerung des Grundsatzes des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens in Art. 3 Abs. 4 BGBM im Jahr 2006 sollte eine Lücke im vormals geltenden Recht geschlossen werden, welche den Anspruch der Betroffenen auf ein derartiges Verfahren bloss bei Beschränkungen vorsah, die aus der fehlenden Anerkennung von Fähigkeitsausweisen resultierten. Der Bundesgesetzgeber hat denn auch bewusst in Kauf genommen, dass sich für die Kantone und Gemeinden durch die Ausdehnung des Kostenlosigkeitsgebots auf sämtliche binnenmarktrechtliche Marktzugangsverfahren einen Mehraufwendungen ergeben kann.<sup>74</sup> Entsprechend fallen die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehenen Gebühren in den Geltungsbereich von Art. 3 Abs. 4 BGBM.

130. Wie bereits unter Rz 14 ff. ausgeführt wurde, qualifizieren formelle Marktzugangsverfahren als Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM, die insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM standhalten müssen. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip. Folglich gilt der Grundsatz des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens nach Art. 3 Abs. 4 BGBM absolut und kann nicht unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM eingeschränkt werden.

131. Mangels einer Unterscheidungsmöglichkeit zwischen reinen Schreibgebühren und Kausalabgaben zwecks Finanzierung einer IT-Plattform, Bewilligungserteilung und Prüfungsdurchführung, und aufgrund des Umstands, dass der in Art. 3 Abs. 4 BGBM statuierte Grundsatz nicht unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM beschränkt werden kann, wäre eine Gebührenerhebung bei den externen Gesuchstellenden nach Auffassung der WEKO nicht binnenmarktrechtskonform.

<sup>70</sup> Erläuterungen zu Artikel 11.

<sup>71</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 6.

<sup>72</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 6.

<sup>73</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 2014, § 57; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016, § 42.

<sup>74</sup> Botschaft revBGBM (Fn 20), 487, 492.

132. In der Stellungnahme der Konkordatskommission vom 20. Oktober 2016 zum Gutachtensentwurf des Sekretariats (nachfolgend: Stellungnahme) wurden weitere Argumente für die Zulässigkeit einer Gebühr vorgebracht. Die Konkordatskommission macht geltend, dass diejenigen Kantone, die sich gegen einen Beitritt zum KÜPS entschieden haben, ebenfalls von der VTP profitieren würden und es deshalb angezeigt sei, dass sich Sicherheitsunternehmen aus diesen Kantonen auch an der Finanzierung des Systems beteiligen. Vorab ist dazu festzuhalten, dass der Grundsatz von Art. 3 Abs. 4 BGBM wie erwähnt nicht eingeschränkt werden kann. Ferner ist aus der Optik des BGBM zu berücksichtigen, dass dieses Gesetz zwar jedem Kanton die freie Wahl des angestrebten Schutzniveaus überlässt, gleichzeitig aber davon ausgeht, dass jeder Kanton dem grundsätzlichen Schutzbedürfnis der Bevölkerung ausreichend Rechnung trägt. Es liegt im Ermessen eines Kantons, auf eine Regelung im Bereich der Sicherheitsdienste zu verzichten, bzw. eine gegenüber dem KÜPS weniger weit gehende Regelung zu etablieren. Entsprechend ist es nicht angezeigt, Unternehmen mit Sitz in Kantonen, die bewusst auf eine Regelung im Sinne des KÜPS verzichten, zu verpflichten, sich mittels Gebühren an der Finanzierung der VTP zu beteiligen.

133. Weiter wird vorgebracht, dass das Gebot der Kostenlosigkeit des BGBM aufgrund der Ungleichbehandlung zwischen ortsansässigen und ortsfremden Unternehmen gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstosse. Mit diesem Argument hat sich bereits das Bundesgericht befasst. Das Bundesgericht anerkennt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Schaffung des BGBM eine allfällige Inländerdiskriminierung bewusst in Kauf genommen hat. Es hat in einem Entscheid betreffend Treuhänder im Kanton Tessin ausdrücklich festgehalten, dass die Inländerdiskriminierung zur Gewährleistung eines funktionierenden Binnenmarkts hingenommen werden muss, was im vorliegenden Fall analog auf das interkantonale Verhältnis zwischen KÜPS-Kantonen und Nicht-KÜPS-Kantonen angewendet werden kann. Das BGBM auferlegt den Kantonen keine Nivellierung des Schutzniveaus nach unten, indem sie ihre Vorschriften den weniger strengen Kantonen anpassen müssen. Eine gewisse Ungleichbehandlung von ausser- und innerkantonalen Anbietern ist aber jedem Liberalisierungssystem inhärent. Allfällige Nachteile für innerkantonale Anbieter müssen durch die jeweiligen Kantone beseitigt werden.<sup>75</sup>

134. Schliesslich verweist die Konkordatskommission auf die offenbar langjährige Praxis der CES-Kantone, wonach von internen wie auch externen Gesuchstellenden eine Gebühr erhoben werde. Diese Praxis stütze sich auf ein Antwortschreiben des damaligen Bundesrats Joseph Deiss, wonach den CES-Kantonen die Vereinbarkeit der Gebühr mit dem BGBM bestätigt worden sei. Der WEKO liegt das fragliche Schreiben nicht vor, weshalb sie sich dazu nicht äussern kann. Letztlich obliegt es aber ohnehin den Gerichten und nicht der Verwaltung, die Gesetzmässigkeit der Gebührenpraxis zu beurteilen. Die WEKO geht davon aus, dass eine Beschwerde eines auswärtigen Sicherheitsunternehmens gegen eine Gebührenverfügung durch die Gerichte gutgeheissen würde. So besteht eine etablierte Praxis des Bundesgerichts und der kantonalen

Gerichte, wonach solche Gebühren nicht mit dem BGBM vereinbar sind.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Urteil des BGer 2C\_204/2010 vom 24.11.2011, E. 7.1.3 f., vgl. dazu auch oben Fn 16.

<sup>76</sup> BGE 123 I 313 E. 5; 125 II 56 E. 5b und 6; 136 II 470 E. 5.3 („Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché"); BGE 125 II 406 E. 3 (auch eine „reine Verwaltungsgebühr“ ist nicht zulässig, unabhängig welcher Natur die Gebühr ist und welche Aufwendungen damit beglichen werden sollen); BGE 136 II 470 E. 5.3; Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 12. November 1998, VB.98.00303, E. 5b; Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 13. November 2003, VB.2003.00152, E. 5; siehe auch oben Rz 15.