

---

# **Grenzen der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben an die Betriebswachen von Schweizer Kernanlagen**

**Bachelorarbeit von**

Rolf Jäggi

Eingereicht am 27. Juli 2009

Matrikel-Nr. 04-229-116

9. Semester

Friedhofweg 514

CH-5704 Egliswil

Telefonnummer: 062 775 03 66

E-Mail-Adresse: [rolf.jaeggi@stu.fernuni.ch](mailto:rolf.jaeggi@stu.fernuni.ch)

Verfasst im Rahmen des Moduls 8, Öffentliches Recht II von Dr. iur. Michel Besson, LL.M  
im Frühlingssemester 2009 an den Universitären Fernstudien Schweiz

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>III</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>V</b>
<b>I. EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>II. SICHERHEITSPOLIZEILICHE AUFGABEN UND DIE BETRIEBSWACHEN</b> ..	<b>2</b>
A. SICHERHEITSPOLIZEILICHE AUFGABEN .....	2
1. <i>Aufgaben und Befugnissen der Betriebswachen</i> .....	2
2. <i>Kategorien von sicherheitspolizeilichen Aufgaben</i> .....	3
B. GRÜNDE FÜR DAS AUSLAGERN VON SICHERHEITSPOLIZEILICHEN AUFGABEN.....	4
C. GRENZEN DER AUSLAGERUNG VON SICHERHEITSPOLIZEILICHEN AUFGABEN .....	5
1. <i>Auslagerung von Verwaltungsaufgaben ( Art. 178 Abs. 3 BV)</i> .....	5
2. <i>Gesetzesvorbehalt und weitere Voraussetzung</i> .....	6
a) <i>Öffentliches Interesse</i> .....	7
b) <i>Rechtsschutz, Funktionstauglichkeit und staatliche Aufsicht</i> .....	7
c) <i>Grundrechtsbindung</i> .....	7
3. <i>Abwägungskriterien für die Grenzziehung bei Auslagerung polizeilicher Aufgaben</i> 8	
4. <i>Auslagerung von Verwaltungsaufgaben an die Betriebswachen</i> .....	10
D. FOLGEN DER AUSLAGERUNG VON SICHERHEITSPOLIZEILICHEN AUFGABEN .....	12
1. <i>Übersicht</i> .....	12
2. <i>Grundrechtsbindung</i> .....	13
3. <i>Grundrechtsbindung der Betriebswachen</i> .....	16
<b>III. FAZIT</b> .....	<b>17</b>

---

## Literaturverzeichnis

BRACHER CHRISTIAN-DIETRICH, Gefahrenabwehr durch Private, Berlin 1987.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER J. RAINER/VALLENDER A. KLAUS, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002.

GAMMA MARCO, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Bern 2000.

GRAMM CHRISTOF, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.

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

GYGI FRITZ, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.

HÄFELIN ULRICH/ MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006.

HAUSHERR ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005.

KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTENBACH JUDITH, Gutachten: Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht Beiheft 46, Basel 2007.

KULAS AXEL, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung: zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, Darmstadt 1996.

---

LANZ STEPHAN, Zulässigkeit und Regulierung der Übertragung gemeindepolizeilicher Aufgaben auf Private, Masterarbeit Bern 2005.

LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz – Analyse, Anforderungen, Impulse, Habilitationsschrift, Bern 2005 (zitiert LIENHARD Grundlagen).

LIENHARD ANDREAS, Innere Sicherheit und Grundrechte, Zeitschrift "recht" 2002/2.

MOOR PIERRE, Droit administratif, Berne 1994.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 637 (zitiert J.P. MÜLLER).

REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993.

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005.

WEISS WOLFGANG, Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002.

WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen-Interessen der Öffentlichkeit?, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Bern 2001.

---

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz/Absätze
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBL	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BR	Bundesrat
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ENSIG	Bundesgesetz über das Eidgenössische Nuklear-Sicherheitsinspektorat (ENSIG) vom 22. Juni 2007 (SR 06.081)
f., ff.	folgende
h.L.	herrschende Lehre
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KEG	Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 (SR 732.1)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannt
VBWK	Verordnung über die Betriebswachen von Kernanlagen (VBWK) vom 9. Juni 2006 (SR 732.143.2)
VE	Verfassungsentwurf
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

---

## I. Einleitung

Das Gewaltmonopol ist ein Grundmerkmal eines modernen Staates. Die Gewaltausübung steht grundsätzlich dem Staat zu und bildet die Grundlage der Polizei im Sicherheitsbereich. Private dürfen sich, abgesehen von den straf- und zivilrechtlich eng definierten Not- und Selbsthilferechten, grundsätzlich nicht auf eigene Faust Recht verschaffen; im Gegenzug gewährleistet der Staat ihre Sicherheit. Gleichzeitig ist diese Machtfülle, die das Gewaltmonopol verleiht, durch die Pflicht zur Beachtung und zum Schutz der Grundrechte von Tätern wie Opfern verfassungsrechtlich gebündelt. Aus diesen beiden Pflichten – der Gewährleistung von Sicherheit und der Achtung der Grundrechte – ergibt sich die Frage, ob eine sicherheitspolizeiliche Aufgabe überhaupt an Private zur Ausführung übertragen werden kann. Je stärker in Grundrechtspositionen eingegriffen wird, umso problematischer ist die Delegation des staatlichen Gewaltmonopols<sup>1</sup>.

Die Betreiber von Kernanlagen sind für die Sicherheit ihrer Anlagen verantwortlich. Um zu verhindern, dass die nukleare Sicherheit von Kernanlagen durch unbefugte Einwirkungen beeinträchtigt oder Kernmaterial entwendet wird, müssen Sicherungsmassnahmen (sog. Sabotageschutz) getroffen werden. In Ergänzung zu den baulichen, technischen und organisatorischen Massnahmen, sind in den Kernkraftwerken bewaffnete Betriebswachen im Einsatz. Bei Ereignissen unterstützen die Betriebswachen die zuständigen Polizeiorgane.

Gestützt auf das Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 hat der Bundesrat sicherheitspolizeiliche Aufgaben an die Betriebswachen delegiert bzw. ausgelagert<sup>2</sup>. Eine solche Auslagerung steht im Spannungsfeld zwischen dem staatlichem Gewaltmonopol und den sogenannten Jedermannsrechten (Not- und Selbsthilferechte), wie sie jeder Privatperson zustehen.

Das Thema dieser Arbeit widmet sich den grundsätzlichen Fragen, um welche Kategorien von sicherheitspolizeiliche Aufgaben es sich bei der Tätigkeit der Betriebswachen von Kernanlagen handelt. Welche Gründe liegen vor, dass sicherheitspolizeiliche Aufgaben an die Betriebswachen von Kernanlagen ausgelagert wurden. Wo sind die Grenzen der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben bzw. unter welchen Voraussetzungen darf eine Auslagerung von solchen Aufgaben erfolgen.

---

<sup>1</sup> BRACHER, S. 128 ff.; KULAS, S. 42 ff.; WEISS, S. 291 f.; GRAMM, S. 65 ff.

<sup>2</sup> Art. 23 Abs. 2 Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 (SR 732.1) i.V.m. Art. 2 und 3 Verordnung über die Betriebswachen von Kernanlagen (VBWK) vom 9. Juni 2006 (SR 732.143.2).

Welches sind die Folgen einer Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben an die Betriebswachen. Im Zentrum dieser Beurteilung steht die Achtung der Grundrechtsbindung.

## **II. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben und die Betriebswachen**

### **A. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben**

#### **1. Aufgaben und Befugnissen der Betriebswachen**

Die Betreiber der Schweizer Kernkraftwerke sind verpflichtet, ihre Anlagen mit einer bewaffneten<sup>3</sup> Betriebswache gegen Sabotage zu schützen. Zu qualifizieren sind die Betriebswachen weder als zentrale noch als dezentrale Verwaltung, sondern als eine private Wachorganisation. Gestützt auf Art. 23 Abs. 2 KEG und Art. 2 und 3 VBWK haben die Betriebswachen folgende Aufgaben zu erfüllen: Sie sichern die Kernanlagen vor unbefugten Einwirkungen und verhindern, dass Unbefugte auf das Sicherungsareal eindringen. Weiter bedienen sie technische Sicherungseinrichtungen und überprüfen deren Funktionsfähigkeit. Die Betriebswachen überprüfen, bewerten und bearbeiten Meldungen und Alarmer, alarmieren die Polizei und Rettungskräfte und weisen diese in die Kernanlage ein (Art. 2 Abs. 1 VBWK). Sie bewachen und überwachen die Kernanlage im 24-Stunden Betrieb (Art. 2 Abs. 2 VBWK).

Damit die Betriebswachen ihre Aufgaben gemäss Art. 2 VBWK erfüllen können, hat ihnen der Bundesrat durch Verordnung<sup>4</sup> polizeiliche Befugnisse eingeräumt. Bei diesen polizeilichen Befugnissen handelt es sich namentlich um Feststellen der Identität von Personen, Durchsuchen von Personen und Fahrzeugen und Sicherstellen von Gegenständen. Weiter dürfen sie körperlichen Zwang anwenden und Personen bis zum Eintreffen der Polizei festhalten. Die Betriebswachen sind auch befugt, die persönliche Waffe, Ordnungsdienstmittel und Überwachungskameras einzusetzen (Art. 3 VBWK). Für die Aufgabenerfüllung stehen ihnen neben der persönlichen Dienstwaffe auch andere Zwangsmittel wie der Polizeimehrzweckstock, Pfefferspray, Handschellen und Mehrzweckwerfer zur Verfügung. Diese Befugnisse sind örtlich auf das Sicherungsareal und das sicherungsrelevante Vorgelände (Art. 3 und 9 VBWK) begrenzt. In der Folge ist zu prüfen, um welche Kategorien von sicherheitspolizeilichen Aufgaben es sich handelt.

---

<sup>3</sup> Art. 23 Abs. 1 KEG i.V.m. Art. 10 und 11 VBWK und Anhang 1-3 VBWK.

<sup>4</sup> Verordnung über die Betriebswachen von Kernanlagen (VBWK) vom 9. Juni 2006.

## 2. Kategorien von sicherheitspolizeilichen Aufgaben

Bei der Gefahrenabwehr und der Beseitigung von Störungen im Rahmen des materiellen Polizeibegriffs geht es um den Schutz der *öffentlichen Ordnung und Sicherheit*. Dieser Oberbegriff für den Schutz von Polizeigütern lässt sich in einzelne Schutzgüter unterteilen. Dazu gehören die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Ruhe, die öffentliche Sittlichkeit und auch das Handeln nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Der Schutz dieser Polizeigüter ist Hauptaufgabe der Polizei im institutionellen Sinn<sup>5</sup>.

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen der Polizei verschiedene Mittel des Verwaltungsrechts zur Verfügung. Zu den Rechtsformen des polizeilichen Handelns zählt das sog. tatsächliche Verwaltungshandeln (Streifenfahrten), polizeiliche Realakte und polizeibehördliche Massnahmen (Anhaltungen, Verhaftungen, Durchsuchungen) und Polizeiverfügungen (Bussen, Bewilligungen, Androhungen von Zwangsmassnahmen)<sup>6</sup>.

Hoheitlich und unmittelbar im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols handelt die Polizei, wenn sie im Rahmen von sicherheitspolizeilicher Gefahrenabwehr oder zwangsweiser Amt- und Vollzugshilfe in die Rechte der Bürger eingreift. Besonders sensibel sind die Eingriffe in die physische Integrität wie zum Beispiel Leibesvisitationen und der Einsatz von Gewalt. Aber auch Eingriffe in die Bewegungsfreiheit (z.B. Festhalten), in die Privatsphäre (z.B. Hausdurchsuchung) und in das Eigentum (z.B. Einzug von Gütern) bedürfen besonderer Sensibilität<sup>7</sup>. Hoheitlich ist staatliches Handeln, wenn einer Person ein Handeln, Unterlassen oder ein Dulden vorgeschrieben wird und diese Anordnung rechtlich durchgesetzt werden kann<sup>8</sup>.

Nach meiner Beurteilung kann festgehalten werden, dass die Betriebswachen von Kernkraftwerken hoheitlich und unmittelbar im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols Polizeibefugnisse haben. Das zeigt sich vor allem darin, dass es sich bei den Befugnissen um Eingriffen in die persönliche Bewegungsfreiheit handelt und dazu auch Zwangsmittel eingesetzt werden dürfen. Diese polizeilichen Befugnisse sind jedoch örtlich auf das Sicherungsareal und das

---

<sup>5</sup> Vgl. zu dieser Einteilung TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 464 f., Rz. 8 ff.; ähnlich HÄFELIN/MÜLLER, S. 522, Rz. 2433 ff.; MOOR, S. 392 ff.; REINHARD, S. 59 ff.; GAMMA, S. 28 ff.; WYSS, S. 279, Rz. 185 und S. 285 ff.; Rz. 199 ff. Der Schutz zivilrechtlicher Ansprüche und Massnahmen bei Eigengefährdung fallen nur unter gewissen Voraussetzungen unter die polizeilichen Aufgaben, so TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 466 ff.; Rz. 13 ff.; siehe auch HÄFELIN/MÜLLER, S. 523 f.; Rz. 2441 ff.

<sup>6</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, Gutachten, S. 23, unter Hinweis auf HÄFELI/MÜLLER, S. 526, Rz. 2450 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 470, Rz. 1.

<sup>7</sup> Siehe zur Unterscheidung zwischen amtlichen und hoheitlichem Verwaltungshandeln der Polizei, GAMMA, S. 36 ff.; siehe weiter Europäischer Kodex für Polizeietik, Empfehlung Rec (2001) 10, des Ministerkomitees des Europarates vom 19.9.2001.

<sup>8</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, Gutachten, S. 23.

sicherungsrelevante Vorgelände (Art. 3 und 9 VBWK) wie auch zeitlich begrenzt, d.h. bis zum Eintreffen der Polizei.

Bei der Umsetzung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben gilt für die Betriebswachen grundsätzlich das Opportunitätsprinzip. Dieser Grundsatz bedeutet, dass die Behörden zu polizeilichem Handeln nur ermächtigt, nicht verpflichtet sind. Die Betriebswachen verfügen bei der Beurteilung, ob und wie sie polizeilich handeln sollen, oft über einen grossen Ermessensspielraum. Dabei ist jedoch die Art des Polizeigutes, die Schwere der Gefahr, die verfügbaren Mittel sowie Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen<sup>9</sup>.

## **B. Gründe für das Auslagern von sicherheitspolizeilichen Aufgaben**

Die Kernkraftwerke gelten als sensitive Objekte und sind entsprechend zu schützen. Diese Haltung hat sich nach dem Terroranschlag auf das World Trade Center in New York vom 11. September 2001 verstärkt. Wie einleitend erwähnt, unterhält jeder Betreiber einer Kernanlage eine eigene bewaffnete Betriebswache<sup>10</sup>. Den Betriebswachen kommt eine wichtige Aufgabe im Bezug auf den Sabotageschutz, Schutz vor unbefugter Einwirkung und Schutz gegen Entwendung von Kernmaterial zu. Um ihre Aufgaben wirksam wahrnehmen zu können, benötigen die Betriebswachen klar definierte Befugnisse<sup>11</sup>.

Vor Inkrafttreten der Verordnung über Betriebswachen von Kernanlagen, beschränkten sich die Befugnisse auf die sog. Jedermannsrechte, d.h. vor allem der Notwehr und der Notwehrhilfe bzw. des Notstandes und des Hausrechts, die Berechtigung, nötigenfalls gewaltsam Leib, Leben und Eigentum gegen Übergriffe anderer Private zu verteidigen. Für Befugnisse in der Form von sicherheitspolizeilichen Aufgaben bestand keine rechtliche Legitimation.

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, warum nicht allein die kantonalen Polizeiorgane für den Schutz von Kernanlagen zuständig sind. Aus der Botschaft zum Kernenergiegesetz vom 28. Februar 2001 geht hervor, dass private Betriebswachen mit polizeilichen Aufgaben nicht unproblematisch sind, gerade weil sie das Gewaltmonopol des Staates tangieren. Allerdings würden praktische Gründe für den Einsatz von privaten Betriebswachen auf dem Kraftwerks-

---

<sup>9</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, S. 524, Rz. 2445; unter Hinweis TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 477 f.

<sup>10</sup> Art. 23 Abs. 1 KEG i.V.m. Art. 10 und 11 VBWK und Anhang 1-3 VBWK.

<sup>11</sup> Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Betriebswachen von Kernanlagen vom Bundesamt für Energie zum Entwurf vom 1. Juli 2005.

areal sprechen. Die Bewachung der Kernanlage bedinge eine gute Anlagekenntnis und enge Beziehungen zwischen Betriebswache und Betriebspersonal<sup>12</sup>.

Diese Argumentation mag nach meiner Einschätzung nicht ganz zu überzeugen. Die Betriebswachen haben nicht nur auf dem Sicherungsareal polizeiliche Befugnisse sondern auch im sicherungsrelevanten Vorgelände, d.h. auch auf öffentlichem Grund und Boden um die Kernanlage herum und ist für alle Personen frei zugänglich. Vielmehr spielt wohl der finanzielle Aspekt eine bedeutende Rolle. Wenn ein Kraftwerk gewinnorientiert Strom produziert und verkauft, soll die Bewachung in erster Linie auch auf Kosten der Betreiber sichergestellt werden.

## **C. Grenzen der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben**

### **1. Auslagerung von Verwaltungsaufgaben ( Art. 178 Abs. 3 BV)**

Weiter ist der Frage nachzugehen, wo denn die Grenzen der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben bzw. sicherheitspolizeilichen Aufgaben sind. Art. 178 Abs. 1 BV sagt, dass der Bundesrat die Bundesverwaltung leitet und für ihre zweckmässige Organisation und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben zu sorgen hat.

„Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen“ (Art. 178 Abs. 3 BV).

Die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben aus der (Zentral-) Verwaltung entspricht heute einem wachsenden Bedürfnis. In der Rechtslehre wird unterschieden zwischen der Dezentralisierung und der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben<sup>13</sup>. Im Fall der Privatisierung wird die Aufgabenerfüllung einer privaten Trägerschaft anvertraut. Im Fall der blossen Dezentralisierung verbleibt die Aufgabenerfüllung bei einem staatlichen Aufgabenträger, der aber nicht zur Zentralverwaltung gehört. Eine Zwischenform bildet die Aufgabenerfüllung durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen<sup>14</sup>.

Die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben wird in Art. 178 Abs. 3 BV nicht erschöpfend geregelt. Die Bestimmung berechtigt zur Aufgabenauslagerung, eine verfassungsrechtliche Verpflichtung besteht hingegen nicht. Sie nennt eine Voraussetzung, nämlich dass die Ermächtigung durch Gesetz erfolgen muss. Weiter ist nichts ersichtlich, welche weiteren Vor-

---

<sup>12</sup> Botschaft zum Kernenergiegesetz vom 28. Februar 2001, S. 2772.

<sup>13</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1279 ff., vgl. auch gesetzlicher Regelungen Bund: Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März. 1997 (SR 172.010).

<sup>14</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 1787 Rz. 26.

aussetzungen und Schranken im Fall einer Aufgabenauslagerung zu beachten sind. Insbesondere gibt Art. 178 Abs. 3 BV keine Antwort auf die Frage, ob alle Verwaltungsaufgaben für eine Auslagerung in Betracht kommen. Diese Frage ist zu verneinen, denn nach h. L. ist anerkannt, dass es einen Kernbestand von Verwaltungsaufgaben gibt, welche nicht auslagerbar sind, wie z.B. die militärische Landesverteidigung oder die Strafverfolgung im engeren Sinn<sup>15</sup>. Was genau zu diesem Kerngehalt gehört ist umstritten. Eine Auslagerung gewisser polizeilicher Aufgaben ist nach heutiger Staatspraxis nicht von vorherein ausgeschlossen<sup>16</sup>. Die Anforderungen an die formellgesetzliche Grundlage hängen von der Art der auszulagernden Verwaltungstätigkeit ab und sind nicht durchgehend gleich hoch. Erhöhte Anforderungen an die Normdichte und Normstufe gelten im Bereich der hoheitlich agierenden Verwaltung. Weil die polizeiliche Tätigkeit in hohem Mass Grundrechte des einzelnen Bürgers tangieren kann, ist für die Auslagerung von polizeilichen Aufgaben auf Private grundsätzlich ein Gesetz im formellen Sinn zu fordern (Normstufe)<sup>17</sup>. Dieses hat nebst dem Auslagerungsgegenstand – dem gesetzlichen Leistungsauftrag und den damit verbundenen Grundanforderungen und Rahmenbedingungen<sup>18</sup> – vor allem die Aufsicht zu regeln (Normdichte)<sup>19</sup>.

## 2. Gesetzesvorbehalt und weitere Voraussetzung

Neben dem in Art. 178 Abs. 3 BV ausdrücklich genannten Erfordernis der Ermächtigung durch Gesetz sind weitere rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten<sup>20</sup>:

- die Aufgabenauslagerung muss im *öffentlichen Interesse* liegen (Art. 5 BV) und die gewählte Lösung muss geeignet sein, das verfolgte Ziel bzw. dass die Auslagerung rechtfertigende öffentliche Interesse zu verwirklichen;
- der *Rechtsschutz* muss sichergestellt sein<sup>21</sup>;
- die *Funktionstauglichkeit* des aussenstehenden Aufgabenträgers muss auf Dauer gewährleistet sein;
- eine staatliche *Aufsicht* muss eingerichtet werden, die unter anderem zu gewährleisten hat, dass der Bundesrat Fehlentwicklungen rechtzeitig erkennen und korrigieren kann;

---

<sup>15</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 1788, Rz. 28, unter Hinweis auf: GAMMA, S. 12 ff., 137 ff.

<sup>16</sup> Beispiel der zivilen Flugsicherung, Art. 40 Luftfahrtgesetz vom 21. 12. 1948 (LFG; SR 748.0).

<sup>17</sup> LIENHARD, S. 396, mit Hinweis auf GAMMA, S. 208, der beispielsweise ein materielles Gesetz für nicht hoheitliche Aufgaben für ausreichend erachtet, wenn es sich um einmalige oder kurzfristige Vollzugaufträge handelt oder um solche mit rein technischem Charakter.

<sup>18</sup> LANZ, S. 23 und 49.

<sup>19</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Gutachten, S. 61.

<sup>20</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 1790, Rz. 34.

<sup>21</sup> In Analogie zu Art. 177 Abs. 3 BV, vgl. Botschaft BR zum VE 96, S. 409.

- es muss gewährleistet sein, dass Aufgabenträger, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, die *Grundrechte* respektieren (Art. 35 Abs. 2 BV).

#### a) *Öffentliches Interesse*

Die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV sind Verfassungsgrundsätze<sup>22</sup>. Zu diesen Verfassungsgrundsätzen gehört auch das öffentliche Interesse. Das öffentliche Interesse ist die allgemeinste Voraussetzung staatlich Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV). Es steht im Gegensatz zum privaten Interesse bzw. den Interessen lediglich von Teilen der Bevölkerung. Das öffentliche Interesse beinhaltet auch, dass die gewählte Lösung bzw. die Auslagerung geeignet sein muss, um das verfolgte Ziel zu verwirklichen<sup>23</sup>.

#### b) *Rechtsschutz, Funktionstauglichkeit und staatliche Aufsicht*

Der Rechtsschutz bzw. die Rechtsweggarantie i.S.v. Art. 6 EMRK und Art. 29a BV muss auch im Rahmen der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben gegeben sein. Unter den Begriff des Rechtsschutzes fällt in der schweizerischen Terminologie auch die verwaltungsinterne Rechtspflege – nicht nur die richterliche Rechtspflege - soweit sie nicht bloss Rechtsbehelf (z.B. Aufsichtsbeschwerde) ist, sondern als Rechtsmittel einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf geordnete Prüfung und Beurteilung des ins Recht gelegten Begehrens verschafft<sup>24</sup>. Auch die Funktionstauglichkeit des aussenstehenden Aufgabenträgers<sup>25</sup> muss auf die Dauer gewährleistet werden. Weiter muss eine staatliche Aufsicht eingerichtet werden, die unabhängig dafür zu sorgen hat, dass der Bundesrat Fehlentwicklungen rechtzeitig erkennen und korrigieren kann. Damit wird gewährleistet, dass der Staat trotz einer Auslagerung von Verwaltungsaufgaben immer noch die Kontrolle über die Aufgaben hat.

#### c) *Grundrechtsbindung*

Grundrechte sind die von der Verfassung und von der internationalen Menschenrechtskonvention gewährleisteten grundlegenden Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat. Die allgemeine Definition geht von vier Merkmalen aus<sup>26</sup>. Träger des Rechts ist der Einzelne, Adressat ist der Staat. Inhaltlich schützen die Grundrechte elementare anerkannte Rechte des Individuums, die dem Rechtsstaat im materiellen Sinn zugerechnet werden. Es geht vor allem um den Schutz einer Freiheitssphäre vor Eingriffen des Staates, um die Gleichbehandlung, um

---

<sup>22</sup> Botschaft BR zum VE 96.

<sup>23</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 1790, Rz. 34.

<sup>24</sup> BGE 123 I 25, E. 2, unter Hinweis auf: GYGI, S. 219; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 25ff.

<sup>25</sup> Kann z.B. bei natürlichen Personen fraglich sein, vgl. EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 1791, Rz. 34, 3. Spiegel.

<sup>26</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 205.

verfahrensmässige Garantien und um soziale Gerechtigkeit. Das vierte Merkmal beinhaltet die Rechtsgrundlagen wie die Bundesverfassung, die Kantonsverfassung, die EMRK und die UNO-Menschenrechtspakte.

Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Art. 35 Abs. 2 BV hält explizit fest, dass Grundrechtsadressat ist, "wer staatliche Aufgaben wahrnimmt". Die Auslegung dieser Formel ist nicht ganz unproblematisch. Sie bedeutet wohl nicht, dass alle, die Aufgaben wahrnehmen, die im öffentlichen Interesse liegen, an die Grundrechte gebunden sind. Es ist eher im engeren Sinne zu verstehen, dass wer *vom Staat übertragene* Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden ist. Eine freiwillige Übernahme einer solchen Aufgabe (wie z.B. im Fall der Schweizerischen Rettungsflugwacht) genügt nicht<sup>27</sup>. Nicht entscheidend ist in jedem Fall die Rechtsnorm, in der diese Funktionen ausgeübt werden, da das Gemeinwesen auch dann an die Grundrechte gebunden bleibt, wenn es privatrechtlich handelt<sup>28</sup>. Für die Erfüllung öffentlicher, hoheitlicher, staatlicher Aufgaben genügt es, wenn eine private Vereinigung eng mit dem Gemeinwesen zusammenarbeitet. Hingegen ist ein privatrechtlicher Verein nicht schon allein deshalb an die Grundrechte gebunden, weil er vom Staat subventioniert wird<sup>29</sup>.

Seine Bedeutung erlangt Art. 35 Abs. 2 BV vor allem durch die Privatisierungsbestrebungen, d.h. durch Auslagerung der Erfüllung von Staatsaufgaben an Private. Die Delegatäre staatlicher Aufgaben sind jedoch Substitute des Gemeinwesens, für das sie handeln, wenn sie die besagten Aufgaben wahrnehmen. In diesem Sinn ist ihnen ein Teil der staatlichen Gewalt übertragen und als solche kann der Staat den Privaten Verpflichtungen auferlegen<sup>30</sup>. Deshalb kann es nicht sein, sie von der Verpflichtung zu entbinden, die Grundrechte zu respektieren<sup>31</sup>.

### **3. Abwägungskriterien für die Grenzziehung bei Auslagerung polizeilicher Aufgaben**

Die genannten rechtsstaatlichen Vorgaben, bei denen der auch im international verankerte Grundrechtsschutz im Zentrum steht, führen zusammen mit dem Gewaltmonopol und Sicherheitsgewährleistung als staatliche Kernaufgaben zu Abwägungskriterien für allfällige Auslagerungen von sicherheitspolizeilichen Aufgaben. Der nachfolgende Kriterienkatalog wurde

---

<sup>27</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 485, Rz. 15, unter Hinweisen.

<sup>28</sup> BGE 109 Ib 146, S. 155.

<sup>29</sup> BGE 118 Ia 46, S. 57.

<sup>30</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 486., Rz. 16.

<sup>31</sup> Botschaft BR zum VE 96, S. 193.

von Kälin, Lienhard und Wytttenbach<sup>32</sup> in einem Gutachten erarbeitet und geht von folgenden Beurteilungen aus:

- je stärker (Grund-) Rechte der Störer durch die übertragenen Aufgaben oder Kompetenzen betroffen sind,
- je weniger Rechtsschutz verfügbar ist (polizeiliche Realakte/Standardmassnahmen),
- je grösser die Eingriffsintensität ist,
- je enger die Tätigkeit mit potentieller Zwangsanwendung verbunden ist und
- je grösser der Ermessensspielraum der ausübenden Beamtinnen und Beamten sein muss,
- desto grösser sind die Anforderungen an die ausführenden Organe (Qualität),
- desto wichtiger ist eine unmittelbare Kontrolle durch übergeordnete und Einsatz leitende Behörden (Kontrolldistanz),
- desto eher befindet sich die Polizeimassnahme im Kernbereich des staatlichen Gewaltmonopols (Legitimation),
- desto aufwändiger sind die Gewährleistungspflichten des Staates und desto klarer muss die gesetzliche Regulierung eines polizeilichen Eingriffs sein (Kompensation) und
- desto kleiner ist letztlich der Spielraum für eine Übertragung der Aufgabenerledigung an Private (gemessen am Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit).

Ob eine Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben zulässig ist, lässt sich nicht pauschal beurteilen. Vielmehr ist jede Aufgabe gesondert zu betrachten, ob sie den genannten Kriterien entsprechen vermag. Vereinfacht lassen sich die sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten durch Beurteilung der Abwägungskriterien in drei Gruppen aufteilen<sup>33</sup>.

Bei rein präventiven Aufgaben der Polizei (z.B. Beratung über Einbruchschutz), ist eine Auslagerung zulässig. Auch bei Einbezug von privaten Erfüllungsgehilfen (z.B. Pikettarzt, Auto-Abschleppdienst) ist eine Auslagerung grundsätzlich zulässig. Beschränkt zulässig ist sie im Bereich des Bestrafungsmonopols, wenn es sich um Erfüllungsgehilfenschaft handelt, welche keinen Ermessensspielraum haben. Auch im Bezug auf Wegweisung und Fernhaltung ist eine Auslagerung beschränkt zulässig, jedoch darf es sich nicht um eine individualisierte Wegwei-

---

<sup>32</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTTENBACH, Gutachten, S. 92 f.

<sup>33</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTTENBACH, Gutachten, S. 119 f.

sung, verbunden mit der Kompetenz zur Zwangsandrohung und –anwendung handeln<sup>34</sup>. Gefangenentransporte sind grundsätzlich als problematisch einzustufen und auf keinen Fall zulässig, ohne vorgängigen richterlichen Entscheid über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzuges. Streifendienste und Kontrolltätigkeiten sind ebenfalls beschränkt zulässig, sofern sich die Beauftragten auf blosser Überwachungs- und Meldetätigkeit beschränken.

Unzulässig ist grundsätzlich die Auslagerung von polizeilichen Massnahmen mit Zwangscharakter wie etwa Durchsuchungen von Personen und Räumen, Anhalten und Personenkontrollen, erkennungsdienstliche Massnahmen, Befragungen oder Gewahrsam<sup>35</sup>.

#### 4. Auslagerung von Verwaltungsaufgaben an die Betriebswachen

Es stellt sich nun die grundsätzliche Frage, ob die Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben an die Betriebswachen von Schweizer Kernanlagen zulässig ist. Die in Art. 178 Abs. 3 BV ausdrücklich geforderte gesetzliche Ermächtigung ist durch das KEG und die VBWK gegeben<sup>36</sup>. Gerade weil es sich bei den sicherheitspolizeilichen Aufgaben um Tätigkeiten handelt, welche die Grundrechte der einzelnen Bürger tangieren, ist ein formelles Gesetz erforderlich, d.h. die Anforderung an die Normstufe ist viel höher<sup>37</sup>. Die Verordnung ist für die Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben in Bezug auf die Normstufe als ungenügend zu qualifizieren.

Bei der Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit kann festgehalten werden, dass Kernanlagen als sensitive Objekte, verbunden mit dem Schutz vor Sabotage und der nuklearen Sicherheit im öffentlichen Interesse stehen kann. Ein Teil der Lehre verneint jedoch das öffentliche Interesse wie auch die Verhältnismässigkeit, wenn sich die genannten Kriterien auf polizeiliche Aufgaben im Bereich von hoheitlichen Handlungen und Anwendung von Zwangsmitteln beziehen<sup>38</sup>. Liegt doch das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit gerade darin, dass solche Aufgaben beim Staat (Polizeiorganisationen) bleiben und nicht an Private ausgelagert werden sollen. In der Folge ist die Auslagerung von sicherheitspolizeilichen (hoheitlichen) Aufgaben an die Betriebswachen als grundsätzlich unzulässig zu beurteilen.

---

<sup>34</sup> GUERY, S. 297.

<sup>35</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, Gutachten, S. 120.

<sup>36</sup> Art. 23 KEG, Art. 2 und 3 VBWK.

<sup>37</sup> LIENHARD, S. 396, mit Hinweis auf GAMMA, S. 208, der beispielsweise ein materielles Gesetz für nicht hoheitliche Aufgaben für ausreichend erachtet, wenn es sich um einmalige oder kurzfristige Vollzugaufträge handelt oder um solche mit rein technischem Charakter.

<sup>38</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, Gutachten, S. 94.

Die Polizei als staatliche Behörde sowie jede andere Verwaltungsbehörde ist an die Rechtsschutzgarantie gebunden. Handeln die Betriebswachen anstelle der Polizei und üben sie ihnen übertragene polizeiliche Tätigkeiten aus, so muss der Rechtsschutz auch in diesem Fall gewährleistet sein<sup>39</sup>. Dies bedeutet, dass bei einer Anordnung durch die Betriebswache, alle Rechtsschutz- und Verfahrensgarantien gelten, die auch bei Handlungen von vereidigten Polizeikräften zur Anwendung kommen<sup>40</sup>. Für polizeiliche Realakte welche einen Schaden verursachen können, gibt es keinen vorgängigen Rechtsschutz. In diesen Fällen wird primär auf die Verantwortlichkeit des Handelnden zurückgegriffen<sup>41</sup>.

Die Gewährleistung der Funktionstauglichkeit wird durch das KEG sichergestellt, d.h. zur Sicherung der Kernanlagen vor unbefugtem Einwirken kann das Departement den Bewilligungsinhaber verpflichten, eine bewaffnete Betriebswache zu unterhalten (Art. 23 Abs. 1 KEG). Die Bewilligungsinhaber wurden durch Verfügung verpflichtet, eine bewaffnete Betriebswache zu unterhalten. Die Betriebswachen bewachen und überwachen die Kernanlagen im 24-Stunden Betrieb (Art. 2 Abs. 2 VBWK). Sie sind als Notfallorganisationen organisiert, d.h. die Aufgabenerfüllung wird jederzeit durch eine entsprechende Alarmorganisation aufrechterhalten.

Zusätzlich regeln die Standortkantone die Ausbildung der Betriebswachen in Zusammenarbeit mit der zuständigen Bundesstelle (Art. 23 Abs. 3 KEG). In der Praxis werden Angehörige der Betriebswachen an der interkantonalen Polizeischule Hitzkirch (IPH) unter fachkundiger Instruktion von Polizei- und Werksausbilder geschult bzw. ausgebildet. Unter diesen Aspekten kann eine Funktionstauglichkeit der Betriebswachen bejaht werden. Sie funktionieren nicht als natürliche Personen, sondern als Organisationseinheit einer juristischen Person<sup>42</sup>. Die berechnete Existenz und Ausbildung der Betriebswachen beruht auf dem KEG.

Eine weitere Voraussetzung der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben ist die staatliche Aufsicht. Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI ist die Aufsichtsbehörde des Bundes für die nukleare Sicherheit und Sicherung der Schweizerischen Kernanlagen. Es hat am 1. Januar 2009 seine Tätigkeit als Nachfolgeorganisation der Hauptabteilung für Sicherheit der Kernanlagen HSK aufgenommen. Damit ist eine Forderung des Kernenergiegesetzes (Art. 70 Abs. 1 KEG) und des internationalen Übereinkommens über die nukleare Sicherheit in Bezug auf die Unabhängigkeit der Sicherheitsbehörde umgesetzt<sup>43</sup>. Überwacht wird das

---

<sup>39</sup> GAMMA, S. 260 ff.

<sup>40</sup> GAMMA, S. 262.

<sup>41</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, Gutachten, S. 70.

<sup>42</sup> Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK).

<sup>43</sup> Botschaft BR ENSIG, (BBL 2006 8831).

ENSI von einem unabhängigen Gremium, dem ENSI-Rat. Er wird vom Bundesrat gewählt und ist diesem direkt unterstellt (Art. 6 Abs. 3 ENSIG).

Eine staatliche Aufsicht über die Betriebswachen kann in der Folge bejaht werden. Im speziellen auch, weil das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI direkt dem Bundesrat unterstellt ist und dieser Fehlentwicklungen rechtzeitig erkennen und korrigieren kann.

Obwohl der Rechtsschutz, die Funktionstauglichkeit, die staatliche Aufsicht und die Grundrechtsbindung kumulativ erfüllt sind, ist das öffentliche Interesse an der Auslagerung von sicherheitspolizeilicher Aufgaben wie auch die Verhältnismässigkeit von polizeilichen Befugnissen zu verneinen<sup>44</sup>. Denn im Bereich von sicherheitspolizeilichen Massnahmen, ist dem staatlichen Gewaltmonopol eine grosse Bedeutung zuzuordnen. Diese Bedeutung wird umso stärker, als es sich bei den Eingriffen mit Zwangscharakter in Form polizeilicher Realakte handelt, wie es bei den Betriebswachen der Fall ist. Eine Ausführung durch Private ist hier, aus der Perspektive der betroffenen Personen, nicht verhältnismässig und liegt auch nicht im öffentlichen Interesse<sup>45</sup>.

## **D. Folgen der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben**

### **1. Übersicht**

Die Grundrechte der Bundesverfassung und die internationalen Menschenrechte wirken als Grenzen der Ausübung des Gewaltmonopols. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 35 und Art. 36 BV, welche allgemeine Grundsätze zur Grundrechtsgeltung und Grundrechtseinschränkung enthalten. Speziell aus Art. 35 Abs. 2 BV geht hervor, dass wer staatliche Aufgaben<sup>46</sup> wahrnimmt an die Grundrechte gebunden ist und sich verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen<sup>47</sup>. Die Betriebswachen müssen sich bei der Erfüllung von polizeilichen Aufgaben an die Grundrechtsbindung halten.

Eine weitere Folge der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben ist das Handeln nach der Gesetzmässigkeit (sog. Legalitätsprinzip). Das Legalitätsprinzip hat seine Grundlage als Grundsatz staatlichen Handelns in Art. 5 Abs. 1 BV erhalten, nachdem es von der bundes-

---

<sup>44</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, Gutachten, S. 94.

<sup>45</sup> HAUSHERR/SCHWERI/HARTMANN, S. 352; der Eingriff ist umso schwerwiegender, wenn er nicht durch eine Person des gleichen Geschlechts durchgeführt wird, vgl. dazu REINHARD, S. 244.

<sup>46</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, zur Differenzierung zwischen: Wer vom Staat übertragene Aufgaben ist an die Grundrechte gebunden und Aufgaben die im öffentlichen Interesse stehen, aber keine Grundrechtsbindung nachsichzieht, S. 485, Rz. 15.

<sup>47</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, Gutachten, S. 17.

gerichtlichen Rechtsprechung als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz anerkannt worden war<sup>48</sup>. Der Grundsatz des Legalitätsprinzips bedeutet, dass alle Verwaltungstätigkeiten an das Gesetz gebunden sind<sup>49</sup>. Auch Die Betriebswachen müssen sich an das Legalitätsprinzip halten, d.h. sie dürfen nur dort handeln und tätig werden, wo es ihnen das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Ein weiteres tragendes Element des Rechtsstaates ist, dass alle einen Anspruch darauf haben, vom Staat ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV). Diese rechtsstaatlichen Garantien sollen den Bürger gegenüber dem Staat schützen. Der Grundsatz, dass "alle Menschen vor dem Gesetz gleich" sind, ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen und auf jeder Ebene zu respektieren<sup>50</sup>. Handeln die Betriebswachen im Rahmen ihrer gesetzlichen Möglichkeiten, so haben sie die rechtsstaatlichen Garantien gegenüber den Bürgern ebenfalls zu beachten.

## 2. Grundrechtsbindung

### *Einschränkungen von Grundrechten*

Art. 36 BV zählt die von der Rechtsprechung und entwickelten Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit ein Freiheitsrecht eingeschränkt werden darf. Die Grundrechtseinschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und Respektierung des Kerngehalts<sup>51</sup>. Trotz Überschrift ("Einschränkung von Grundrechten") ist dieser vier-Punkte-Katalog auf Freiheitsrechte zugeschnitten, was der Bundesrat in der Botschaft<sup>52</sup> selber erkannte.

### *Gesetzliche Grundlage*

Art. 36 Abs. 1 BV verlangt für jede Einschränkung eines Grundrechts eine gesetzliche Grundlage. Dabei ist das Erfordernis des Rechtssatzes von jenem der Gesetzesform zu unterscheiden. Das Erfordernis des Rechtssatzes, d.h. einer generell-abstrakten Norm, gewährleistet die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit<sup>53</sup>. Letztere wird durch das Prinzip der genügenden Bestimmtheit einer Norm sichergestellt, damit die Bürgerinnen und Bürger ihr Verhalten nach den vorhersehbaren Folgen richten können<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 377.

<sup>49</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368.

<sup>50</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 747 f.

<sup>51</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 302.

<sup>52</sup> BBL 1197 I 194 f.

<sup>53</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 494, Rz. 10 f.

<sup>54</sup> BGE 117 Ia 472 S. 480.

Für schwerwiegende Einschränkungen verlangt der 2. Satz von Art. 36 Abs. 1 BV die Gesetzesform. Beurteilt wird unter diesem Gesichtspunkt die Normstufe. Entscheiden ist also die demokratische Legitimation eines Erlasses. Je schwerer der Eingriff wiegt, desto höher sind diesbezüglich die Anforderungen<sup>55</sup>. Bei weniger schweren Eingriffen genügt eine Verordnung, die jedoch auf jeden Fall formell und materiell verfassungsmässig sein muss. D.h. sie muss von einer Behörde erlassen worden sein, die dazu befugt ist, und sich im Rahmen der Gesetzesdelegation bewegen<sup>56</sup>. Diese Unterteilung in schwere und leichte Eingriffe knüpft auf Bundesebene in der Bestimmung von Art. 164 BV an, der für alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen die Form des Bundesgesetzes vorschreibt<sup>57</sup>. Art. 164 Abs. 2 BV kennt die Möglichkeit der Gesetzesdelegation für den Fall, dass dies nicht für eine andere Verfassungsbestimmung ausgeschlossen wird. Eine solche Bestimmung ist Art. 36 Abs.1 2. Satz BV, weshalb für schwere Grundrechtseingriffe eine Gesetzesdelegation nicht zulässig ist. Nicht klar wird durch den Verfassungstext, ob somit selbständige Verordnungen des Bundesrates ebenfalls keine schwerwiegenden Grundrechtseingriffe enthalten dürfen<sup>58</sup>.

Die Aufgaben und Befugnisse der Betriebswachen sind in einer *unselbständigen Verordnung* geregelt. Bei den Befugnissen (Art. 3 Abs. 1 VBWK) handelt es sich um hoheitliche Massnahmen, welche die Grundrechte des einzelnen Bürgers tangieren bzw. einschränken können. Für mich stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Verordnung der Anforderungen an die Normstufe i. S. v. Art. 36 Abs. 1 BV gerecht wird. Einschränkungen der persönlichen Freiheit sind zulässig, wenn sie auf einer ausreichend gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interessen liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzen<sup>59</sup>. Für das Feststellen der Identität von Personen vermag die Norm auf Stufe Verordnung genügen. Für die weiteren Grundrechtseinschränkungen, wie das Durchsuchen von Personen und Fahrzeugen, das Sicherstellen von Gegenständen, die Anwendung von körperlichem Zwang, das Einsetzen der persönlichen Schusswaffe sowie das Einsetzen von Ordnungsdienstmittel, vermag nach meinem Dafürhalten die gesetzliche Grundlage den Anforderungen an die Normstufe nicht genügen. Gerade weil es sich um schwere Einschränkungen der persönlichen Freiheit handelt, muss die Zulässigkeit solcher Massnahmen auf einem Gesetz im formellen Sinn beruhen (Art. 36 Abs. 1, 2. Satz BV). Diese Haltung lässt sich auch damit be-

---

<sup>55</sup> BGE 125 I 112 S. 116.

<sup>56</sup> BGE 122 I 360.

<sup>57</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 494 Rz. 12.

<sup>58</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 494 f. Rz. 12. unter weiteren Hinweisen.

<sup>59</sup> BGE 120 Ia 147 S. 150.

gründen, dass sicherheitspolizeiliche Aufgaben bzw. der Einsatz von Zwangsmitteln in den Kantonen auf Stufe *Gesetz* geregelt sind<sup>60</sup>.

### *Öffentliches Interesse*

Gemäss Art. 36 Abs. 2 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Der Begriff des öffentlichen Interesses lässt sich nicht nach einer klar definierten Formel umschreiben. Der Begriff ist zeitlich wandelbar und kann auch örtlich verschieden ausgelegt werden.

Im öffentlichen Interesse liegt all das, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen. Dazu gehören polizeiliche Interessen<sup>61</sup>. Einschränkungen eines Freiheitsrechts aus polizeilichen Gründen dienen dem Schutz der "öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr"<sup>62</sup>.

Unter dem Gesichtspunkt von sicherheitspolizeilichen Aufgaben durch die Betriebswachen, kann an die öffentliche Ordnung, Ruhe und Gesundheit angeknüpft werden. Gerade der Schutz vor Sabotage und unbefugtem Einwirken auf eine Kernanlage, d.h. Schutz der Öffentlichkeit vor gesundheitlichen Schädigungen ist die Kernaufgabe der Betriebswachen.

### *Verhältnismässigkeit*

Einschränkungen von Grundrechten müssen gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig sein. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Eingriff in ein Freiheitsrecht nicht weiter gehen darf, als es das für das öffentliche Interesse (bzw. das Schutzbedürfnis für Rechtsgüter anderer) erfordert. Die Freiheitsbeschränkung darf zudem nicht in einem Missverhältnis zum damit verfolgten öffentlichen Interesse stehen<sup>63</sup>.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre<sup>64</sup> und Praxis drei Elemente die kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens muss die staatliche Massnahme geeignet sein, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen. Zweitens muss die Massnahme erforderlich sein, d.h. den geringstmöglichen Eingriff darstellen. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das Notwendige hinausgehen. Und drittens muss die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn erfüllt sein, die sog. Zweck-Mittel-Relation. Es geht um die Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Ein-

---

<sup>60</sup> Vgl. z. B. Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, PolG) des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2005 (§ 25 ff. und § 28 ff. PolG).

<sup>61</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 313 ff.

<sup>62</sup> BGE 91 I 457 S. 460.

<sup>63</sup> BGE 96 I 234, 242.

<sup>64</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 320.

griffswirkung bzw. um die Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse<sup>65</sup>.

Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass polizeiliche Massnahmen sich nur gegen den Störer, nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten dürfen. Der Störer ist polizeirechtlich verpflichtet, eine Gefahr oder Störung zu beseitigen oder die Kosten für die Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu tragen<sup>66</sup>.

Die Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit ist bei der Ausübung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben ein zentraler Punkt. Gerade die Abwägung des mildesten Einsatzmittels, welches noch zu Erfolg führen wird, stellt sehr hohe Anforderungen an die Betriebswächter bzw. an deren Ausbildung.

### *Kerngehalt*

Die Grundrechte sind in ihrem Kerngehalt geschützt. Der unantastbare Kerngehalt innerhalb des gesamten Schutzbereiches eines Grundrechtes lässt sich für jedes einzelne Grundrecht nur speziell feststellen. Es ist fraglich, wie weit die Kerngehaltsgarantie einen Nutzen für die juristische Beurteilung der Verhältnismässigkeit bringt<sup>67</sup>.

Für die Praxis der Betriebswachen spielt diese Frage eine untergeordnete Rolle, weshalb ich sie an dieser Stelle nicht weiter prüfe.

## **3. Grundrechtsbindung der Betriebswachen**

Gestützt auf Art. 23 Abs. 2 KEG i.V.m. Art. 2 und 3 VBWK, hat der Bundesrat sicherheitspolizeiliche Aufgaben an die Betriebswachen ausgelagert. Die sicherheitspolizeilichen Aufgaben bzw. Befugnisse wurden auf das Sicherungsareal und das sicherungsrelevante Vorgelände beschränkt (Art. 3 Abs. 1 VBWK i. V. m. Art. 9 Abs. 1 VBWK). Ausserhalb des sicherungsrelevanten Vorgeländes haben die Betriebswachen nur die sog. Jedermannsrechte, wie jeder andere Bürger auch.

Hoheitlich und unmittelbar im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols handeln die Betriebswachen, wenn sie im Rahmen von sicherheitspolizeilicher Gefahrenabwehr, Objekt-, Sabotage- und Personenschutz in die Grundrechte der Bürger eingreifen. Besonders sensibel sind die Eingriffe in die physische Integrität wie zum Beispiel das Durchsuchen von Personen

---

<sup>65</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 320 ff.

<sup>66</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2488, unter Hinweis: BGE 122 II 65, S. 70.

<sup>67</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 499 f., Rz. 27 f.

und Sachen (Art. 5 VBWK), das Sicherstellen von Gegenständen (Art. 6 VBWK), das vorläufige Festhalten und Anwendung von körperlichem Zwang (Art. 7 VBWK) aber auch der Schusswaffeneinsatz (Art. 8 VBWK).

Es stellt sich die Frage, ob die Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben in Bezug auf die Einschränkung von Grundrechten den gesetzlichen Anforderungen (Normstufe und Normdichte) entspricht. Die Befugnisse und Ausrüstung (Zwangsmittel) der Betriebswachen, welche auch die Grundrechte jedes Bürgers berühren können, sind in einer Verordnung geregelt, was nach Lehre<sup>68</sup> und Praxis eher als problematisch zu beurteilen ist. Lehre und Praxis verlangen für die Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, speziell wenn es um den Eingriff in die Grundrechte des einzelnen Individuums geht, wie auch bei Anwendung von Zwangsmitteln, ein formelles Gesetz. Die Aufgaben und Befugnisse der Betriebswachen sind in einer Verordnung<sup>69</sup> geregelt, was ich in Bezug auf die Normstufe als ungenügend beurteile. Gerade schwere Eingriffe in die Grundrechte des Bürgers bedürfen einer höheren Anforderung an die Normstufe. Denn Art. 23 Abs. 2 KEG regelt nur die Grundanforderung für eine Delegation von sicherheitspolizeilichen Aufgaben und vermag der Normdichte für die Umsetzung nicht genügen.

### III. Fazit

Bei den ausgelagerten Aufgaben und Befugnissen<sup>70</sup> an die Betriebswachen von Schweizer Kernanlagen handelt es sich um sicherheitspolizeiliche Aufgaben und zwar im Bereich des staatlichen (hoheitlichen) Gewaltmonopols. Dies spiegelt sich vor allem in den Befugnissen wieder, welche in die persönliche Freiheit der Bürger eingreifen und zu diesem Zweck auch den Einsatz von Zwangsmitteln erlauben. Die Betriebswachen sind weder als zentrale noch als dezentrale Verwaltung, sondern als private Wachorganisationen zu qualifizieren. Die Aufgaben und Befugnisse beschränken sich auf das Sicherungsareal und das sicherungsrelevante Vorgelände<sup>71</sup>.

Die Kernkraftwerke gelten als sensitive Objekte und sind entsprechend gegen Sabotage und unbefugtes Einwirken zu schützen. Dieses Bewusstsein hat sich nach dem Terroranschlag auf das World Trade Center in New York vom 11. September 2001 verstärkt. Um die Kernanlagen zu schützen, haben die Betreiber von Kernanlagen eine eigene bewaffnete Betriebswache

---

<sup>68</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Gutachten, S. 61, unter weiteren Hinweisen.

<sup>69</sup> Verordnung über die Betriebswachen von Kernanlagen (VBWK) vom 9. Juni 2009.

<sup>70</sup> Art. 2 und 3 VBWK

<sup>71</sup> Art. 3 und 9 VBWK.

mit sicherheitspolizeilichen Befugnissen zu unterhalten<sup>72</sup>. Der Bundesrat anerkannte, dass das Auslagern von polizeilichen Befugnissen an private Betriebswachen nicht unproblematisch ist, gerade weil das Gewaltmonopol des Staates tangiert wird<sup>73</sup>. Er begründete die Auslagerung von polizeilichen Befugnissen für den Einsatz von privaten Betriebswachen in deren praktischen Bedeutung. Die Bewachung der Kernanlagen bedinge eine gute Anlagekenntnis und enge Beziehung zwischen Betriebswache und Betriebspersonal. Diese Argumentation mag nach meiner Beurteilung nicht ganz zu überzeugen. Denn die Betriebswachen haben nicht nur auf dem Sicherungsareal polizeiliche Befugnisse, sondern auch im sicherungsrelevanten Vorgelände, d.h. auch auf öffentlichem Grund und Boden um die Kernanlage herum, das für alle Personen frei zugänglich ist.

Für das Auslagern von sicherheitspolizeilichen Aufgaben ist eine gesetzliche Grundlage notwendig (Art. 178 Abs. 3 BV), welche durch das KEG und die VBWK<sup>74</sup> gegeben ist. Die weiteren Rahmenbedingungen wie namentlich der Rechtsschutz, die Funktionstauglichkeit, die staatliche Aufsicht und die Respektierung der Grundrechte sind erfüllt<sup>75</sup>. Jedoch ist das öffentliche Interesse wie auch die Verhältnismässigkeit zu verneinen<sup>76</sup>. Die Gründe dafür liegen bei den sicherheitspolizeilichen Aufgaben und Befugnissen mit Zwangscharakter (z.B. Personenkontrollen<sup>77</sup>, Durchsuchen von Personen<sup>78</sup> und Fahrzeugen, Gegenstände sicherstellen<sup>79</sup>, Anwendung von körperlicher Gewalt und der Schusswaffeneinsatz). Nach einem Teil der Lehre<sup>80</sup> und auch nach meiner Beurteilung müssen solche hoheitlichen Polizeiaufgaben, wie sie die Betriebswachen haben, in der Staatsgewalt bleiben und dürfen nicht an Private ausgelagert werden, d.h. das öffentliche Interesse wie auch die Verhältnismässigkeit liegt gerade darin, dass solche sicherheitspolizeilichen Aufgaben beim Staat (Polizeiorganisationen) bleiben sollen. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die beschriebene Auslagerung von sicherheitspolizeilichen (hoheitlichen) Aufgaben an die Betriebswachen von Kernanlagen grundsätzlich unzulässig ist.

---

<sup>72</sup> Art. 23 Abs. 1 KEG i.V.m. Art. 10 und 11 VBWK und Anhang 1-3 VBWK.

<sup>73</sup> Botschaft zum Kernenergiegesetz vom 28. Februar 2001, S. 2772.

<sup>74</sup> Art. 23 Abs. 2 KEG und Art. 2 f. VBWK.

<sup>75</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, S. 1790, Rz. 34.

<sup>76</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Gutachten, S. 94.

<sup>77</sup> REINHARD, S. 233.

<sup>78</sup> HAUSHERR/SCHWERI/HARTMANN, S. 352; der Eingriff ist umso schwerwiegender, wenn er nicht durch eine Person des gleichen Geschlechts durchgeführt wird, vgl. dazu REINHARD, S. 244.

<sup>79</sup> Dabei handelt es sich um leichte Eingriffe (weil vorübergehend); zur Eigentumsgarantie J.P. MÜLLER, S. 601 f.

<sup>80</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Gutachten, S. 94.

Eine weitere Folge der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben an die Betriebswachen ist, dass sich diese an das Legalitätsprinzip und Willkürverbot halten müssen. Auch der Grundrechtsbindung ist eine grosse Bedeutung beizumessen, was speziell aus Art. 35 Abs. 2 BV hervorgeht. Wer staatliche Aufgaben<sup>81</sup> wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen<sup>82</sup>. Art. 36 Abs. 1 BV verlangt für jede Einschränkung eines Grundrechts eine gesetzliche Grundlage. Die Aufgaben und Befugnisse der Betriebswachen sind in einer unselbständigen Verordnung geregelt. Bei den Befugnissen handelt es sich um hoheitliche Massnahmen, welche die Grundrechte des einzelnen Bürgers tangieren bzw. einschränken können. Als problematisch betrachte ich die Normstufe der Verordnung. Gerade weil es sich um Einschränkungen der persönlichen Freiheit und Anwendung von Zwangsmittel handelt, muss die Zulässigkeit auf einer (formellen) gesetzlichen Grundlage beruhen und nicht nur auf dem Weg einer Verordnung geregelt werden. Diese Haltung lässt sich dadurch begründen, dass sicherheitspolizeiliche Aufgaben bzw. der Einsatz von Zwangsmitteln in den Kantonen auf Stufe Gesetz geregelt sind<sup>83</sup>. Im Ergebnis beurteile ich die Normstufe in Bezug auf die sicherheitspolizeiliche Aufgaben durch die Betriebswachen als ungenügend.

---

<sup>81</sup> EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, zur Differenzierung zwischen: Wer vom Staat übertragene Aufgaben ist an die Grundrechte gebunden und Aufgaben die im öffentlichen Interesse stehen, aber keine Grundrechtsbindung nachsichzieht, S. 485, Rz. 15.

<sup>82</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, Gutachten, S. 17.

<sup>83</sup> Vgl. z. B. Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, PolG) des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2005 (§ 25 ff. und § 28 ff. PolG).

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Mithilfe Dritter verfasst habe und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich nehme zu Kenntnis, dass im Falle von Plagiaten auf eine ungenügende Note erkannt werden kann.

Ort .....

Datum .....

Unterschrift .....