

CH_VB 150000194 vom 10. Juni 2009

Bundesverwaltung, 2009-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000194__td_

FR: CH_VB 150000194 du 10 juin 2009

IT: CH_VB 150000194 del 10 giugno 2009

Erwägungen

E. 1

Einleitung 67

E. 1.1

Ausgangslage und Ziele des Berichts Am 24. Mai 2006 hat der Bundesrat anlässlich der Verabschiedung der Leistungsaufträge von neun Verwaltungseinheiten beschlossen, dass ihm neue FLAG-Kandidaten nach Art. 44 RVOG künftig bereits vor der Ausarbeitung von Leistungsaufträgen durch die zuständigen Departemente zur Genehmigung zu unterbreiten sind. Der Bundesrat erteilte dem EFD in Zusammenarbeit mit der BK den Auftrag, eine entsprechende Anpassung der RVOV vorzubereiten und ihm danach zu unterbreiten.

Im Rahmen dieser Anpassung hat sich gezeigt, dass die Übersicht der Verwaltungseinheiten im Anhang zur RVOV grundsätzlich zu prüfen ist und dafür grössere Abklärungen nötig sind. Insbesondere ist die Abgrenzung zwischen der dezentralen Bundesverwaltung auf der einen und den mit Verwaltungsaufgaben betrauten Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nach Artikel 2 Absatz 4 RVOG nicht der Bundesverwaltung angehören (hiernach: "externe Träger von Verwaltungsaufgaben") auf der anderen Seite nicht restlos geklärt. Dies betrifft vor allem den Status der rechtlich "selbstständigen" öffentlich-rechtlichen Anstalten. So fehlen einheitliche Kriterien, die eine Zuordnung der Verwaltungseinheiten zur dezentralen Bundesverwaltung erlauben. Die Regelung in der RVOV ist somit unklar und birgt die Gefahr von Rechtsunsicherheit.

Der Bundesrat hat daher an seiner Sitzung vom 16. Januar 2008 die BK beauftragt in Zusammenarbeit mit den Departementen den Anhang zur RVOV generell zu überprüfen und dem Bundesrat bis Ende 2008 Bericht zu erstatten.

Der Mangel an einheitlichen Kriterien für die eindeutige Zuordnung der zur dezentralen Bundesverwaltung zu zählenden Verwaltungseinheiten und damit das Fehlen von Abgrenzungskriterien für eine Grenzziehung zwischen den dezentralen und externen Trägern von Verwaltungsaufgaben soll mit dem vorliegenden Bericht beseitigt werden. Mit diesem Bericht sollen demnach eindeutige Kriterien erarbeitet werden, die eine rechtlich zutreffende Erfassung der im Anhang zur RVOV aufzulistenden dezentralen Verwaltungseinheiten ermöglichen.

E. 1.2

Inhaltsübersicht Zunächst wird der historischen Entwicklung des geltenden Anhangs zur RVOV, seiner rechtlichen Bedeutung und den Bedürfnissen einer Überarbeitung nachgegangen (Ziff. 2). Dann werden in Ziffer 3 die organisationsrechtlichen Grundlagen aufgeführt und in Ziffer 4 die bisherigen Abgrenzungskriterien dargelegt. In Ziffer 5 werden mögliche formelle und typologische Zuordnungskriterien geprüft und festgelegt.

Schliesslich werden in Ziffer 6 die neuen Zuordnungskriterien bewertet und in Ziffer 7 die Schlussfolgerungen gezogen sowie ein Vorschlag für das weitere Vorgehen unterbreitet.

E. 1.3

Historische Entwicklung des Anhangs zur RVOV In der Bundesverwaltung gibt es eine grosse Vielfalt an Formen von Verwaltungseinheiten. Eine abs- trakte gesetzliche Umschreibung der verschiedenen Kategorien ist sehr schwierig, weshalb man be- reits in Art. 58 des früheren VwOG¹ die Verwaltungseinheiten (Ämter und Dienste, administrativ zuge- ordnete Ämter und Dienste, eidgenössische Anstalten und Betriebe sowie militärische Kommandos) auflistete.

Eine solche Liste aller Verwaltungseinheiten auf Gesetzesstufe wurde nicht in das RVOG übernom- men. Im RVOG wird nur noch die Grundgliederung der Bundesverwaltung festgehalten: Departemente und Ämter, die bei Bedarf in Gruppen zusammengefasst werden können sowie die dezentralisierten Verwaltungseinheiten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse (Art. 2 Abs. 1-3 RVOG). Welche Ämter, Gruppen und Departemente es gibt, sagt das RVOG nicht. Es fixiert auch deren Zahl nicht. Damit wurde eine beweglichere Lösung gewählt.² Im Rahmen der Arbeiten zur RVOV als Ausfüh- rungserlass zum RVOG entschied man sich, stattdessen die Einheiten der Bundesverwaltung voll- ständig im Anhang zur RVOV aufzulisten, und zwar nach der Unterscheidung von zentraler und de- zentraler Bundesverwaltung. Die Departemente wurden beauftragt, der BK die in den Anhang zur RVOV aufzunehmenden Verwaltungseinheiten und deren Zuordnung zur zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung zu melden. Dabei wurde im Vorfeld auf die Erstellung genauer Kriterien sowohl für die Abgrenzung zwischen der Bundesverwaltung und ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Einheiten wie auch für die Zuteilung zur zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung verzichtet, was

1 AS 1979 114, 127-134. 2 Botschaft vom 20. Oktober 1993 zum RVOG; BBl 1993 III 993.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 68

zur Folge hatte, dass die Aufnahme in den Anhang und die Zuweisung zur dezentralen oder zur zent- ralen Bundesverwaltung schliesslich mehr oder weniger den Departementen überlassen wurde.

In der Praxis kam dem Anhang der RVOV grosse Bedeutung zu, da in den Erlassen des Bundes- rechts häufig darauf verwiesen wurde. Allerdings wurde bald nach Inkrafttreten der RVOV am 1. Ja- nuar 1999³ klar, dass die Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung nicht vollständig im Anhang aufgeführt sind. Dies betraf neben den Behördenkommissionen auch andere Organisationseinheiten, bei denen unklar oder strittig war, ob sie zur dezentralen Bundesverwaltung gehören oder ausserhalb stehen. Im Rahmen der Arbeiten zur Revision der RVOV im Jahre 2001 wurde deshalb versucht, Kri- terien für die Zuweisung von Organisationseinheiten zur dezentralen Bundesverwaltung zu entwickeln. Wegen der ausserordentlich grossen Organisationsvielfalt im Bereich der dezentralen Bundesverwal- tung erwies sich dieses Vorhaben jedoch als sehr schwierig. Es wurde deshalb auch erwogen, den Anhang der RVOV ganz abzuschaffen oder ihn auf die Aufführung der Verwaltungseinheiten der zent- ralen Bundesverwaltung zu beschränken. Nach dem Willen des Bundesrates sollte der Anhang jedoch weiterhin als Informations- und

Orientierungshilfe für den Bestand der dezentralen Bundesverwaltung dienen. Deshalb entschied der Bundesrat am 21. August 2002 schliesslich auf Antrag der BK, Art. 6 Abs. 3 und 4 RVOV abzuändern und darin festzuhalten, dass im Anhang der RVOV neben den zentralen nur noch die wichtigsten dezentralen Verwaltungseinheiten aufgeführt werden. Damit kam der Zuordnung der Verwaltungseinheiten zur dezentralen Bundesverwaltung nur noch deklaratorische Wirkung zu;⁴ demgegenüber hatte diese Zuordnung in den Organisationsverordnungen des Bundesrates für die Departemente und die Bundeskanzlei weiterhin einen konstitutiven Charakter. Der Bundesrat beauftragte zudem die BK und die Departemente, dafür zu sorgen, dass in Erlassentwürfen nicht mehr auf den Anhang zur RVOV verwiesen wird. Die Änderung trat am 1. Oktober 2002 in Kraft.⁵

E. 1.4

Revisionsbedarf Im Anhang zur RVOV sind nur die "wichtigsten" Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung aufgeführt. Art. 6 Abs. 1 Bst. f und Abs. 3 RVOV weisen namentlich die "selbstständigen" Anstalten der dezentralen Bundesverwaltung zu. Im Anhang finden sich unter anderem selbstständige Anstalten wie der ETH-Bereich und die dazugehörige EMPA oder die EAV. Nicht auf dieser Liste befinden sich hingegen andere selbstständige Anstalten wie die Post und die SUVA. Heisst das nun, dass diese beiden nach geltendem Recht keine wichtigen Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung sind oder dass sie entgegen dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Bst. f und Abs. 3 RVOV doch ausserhalb der Bundesverwaltung stehen? Dies zeigt, dass der Anhang seine Funktion als Orientierungshilfe für den Bestand der dezentralen Bundesverwaltung nicht erfüllen kann. Die Änderung von Art. 6 Abs. 3 und 4 RVOV im Jahre 2002 hat sich deshalb nicht bewährt.

Damit der Anhang über den Bestand der ganzen Bundesverwaltung und über ihre Gliederung in zentrale und dezentrale Bundesverwaltung Auskunft geben kann, sind im Lichte von Verfassung und Gesetz klare Abgrenzungskriterien für juristische Personen auf Verwaltungsstufe zu erarbeiten. Diese Kriterien sind auf Verordnungsstufe festzuhalten und der Anhang zur RVOV ist entsprechend anzupassen. Die RVOV und deren Anhang sind so auszugestalten, dass man eindeutig feststellen kann, ob eine rechtlich selbstständige Verwaltungseinheit der Bundesverwaltung angehört oder nicht. Gegebenenfalls sind auch die Organisationsverordnungen des Bundesrates für die Departemente und die Bundeskanzlei entsprechend anzupassen.

2. Organisationsrechtliche Grundlagen Die Bundesverfassung legt nur wenige organisationsrechtliche Grundsätze fest. Sie beschränkt sich darauf, die Bundesverwaltung als Exekutivverwaltung darzulegen (Art. 178 Abs. 1 BV) und deren oberste Gliederungseinheiten zu bezeichnen (Art. 178 Abs. 2 und 179 BV). Sie regelt zudem die Voraussetzungen, unter denen Verwaltungsaufgaben auf ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden können (Art. 178 Abs. 3 BV). Artikel 178 BV wird durch Gesetz (Art. 2 RVOG) und Verordnung (Art. 6-8 RVOV) präzisiert. Danach wird unterschieden zwischen der Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1-3 RVOG) und externen Trägern von Verwaltungsaufgaben (Art. 2 Abs. 4 RVOG). Die Organisationsgesetzgebung gibt somit die Struktur der Bundesverwaltung in den Grundzügen vor. Sie ist in die zentrale und

3 AS 1999 1258. 4 Zwar war der Anhang der RVOV nach ursprünglicher Konzeption konstitutiv für die zentrale und die dezentrale Verwaltung. Gemäss Antrag der BK vom 17.

Juli 2002 ist mit der Änderung von Art. 6 RVOV der Anhang der RVOV nur noch für den Bestand der zentralen Bundesverwaltung konstitutiv. 5 AS 2002 2827.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 69

die dezentrale Bundesverwaltung gliedert (Art. 2 Abs. 2 und 3 RVOG). Auf Verordnungsebene werden diese Vorgaben konkretisiert (Art. 6 RVOV) und bilden die Grundlage für die Liste der Verwaltungseinheiten im Anhang zur RVOV sowie in den entsprechenden Organisationsverordnungen der Bundeskanzlei und der Departemente.

Im Folgenden werden die organisationsrechtlichen Grundlagen analysiert, mit dem Ziel herauszuarbeiten, welche Bereiche klar geregelt sind und in welchen Bereichen Unklarheit herrscht.

E. 2

Organisationsrechtliche Grundlagen 68

E. 2.1

Die Bundesverwaltung Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) liess offen, was alles der Bundesverwaltung angehört. Die Festlegung wurde dem Gesetzgeber überlassen.⁶ Das VwOG⁷ ging im Grundsatz davon aus, dass soweit die "Obliegenheiten der Bundesverwaltung" nicht durch den Bundesrat oder die Bundeskanzlei wahrgenommen werden, sie auf die Departemente zu verteilen sind (Art. 42 Abs. 1 aBV). Vorbehalten blieb die gesetzliche Zuweisung von Verwaltungsaufgaben an eidgenössische Anstalten und Betriebe sowie an gemischtwirtschaftliche und privatrechtliche Organisationen (Art. 42 Abs. 2 aBV). Mit diesem Vorbehalt war die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf einen ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Rechtsträger gemeint.⁸

Die geltende Bundesverfassung vom 18. April 1999 verzichtet auf eine Definition des Begriffs "Bundesverwaltung". Art. 178 Abs. 2 BV bestimmt allerdings, dass "die Bundesverwaltung" in Departementen gegliedert werde. Daraus könnte der Rückschluss gezogen werden, die BV betrachte nur die in Departementen gegliederte Zentralverwaltung als "Bundesverwaltung". Dieser Rückschluss entspricht jedoch nicht dem Willen des Verfassungsgebers.⁹ Die Verfassung macht bezüglich der Erfüllung von Bundesaufgaben einfach eine grobe Zweiteilung: Entweder erfüllt "die Bundesverwaltung" eine Bundesaufgabe (Art. 178 Abs. 1 und 2), oder die Erfüllung der Bundesaufgabe wird auf einen externen Träger übertragen (Art. 178 Abs. 3 BV). Diese Unterscheidung fragt offensichtlich nach dem effektiven "Träger" einer Bundesaufgabe (verwaltungsinterner oder -externer Träger), nicht aber nach den (unter der Departementsstufe angesiedelten) Organisationsformen der Verwaltung. Deshalb steht sie auch nicht im Gegensatz zur Organisationsgesetzgebung des Bundes, die von einem etwas differenzierten dreigliedrigen Schema ausgeht (vgl. Ziff. 2.2.4). Danach wird die Erfüllung von Aufgaben des Bundes der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung oder dem verwaltungsexternen Bereich zugeordnet (vgl. Art. 2 RVOG und Art. 6-8 RVOV), wobei die zentralen und dezentralen Einheiten zur unter der Leitung des Bundesrates stehenden Bundesverwaltung im Sinne von Art. 178 Abs. 1 BV gezählt werden.

E. 2.1.1

Die zentrale Bundesverwaltung Die zentrale Bundesverwaltung setzt sich zusammen aus der Bundeskanzlei und den Departementen mit ihren weiteren Untergliederungen: den Generalsekretariaten, den Ämtern und den FLAG-Ämtern sowie den Gruppen von Ämtern (Art. 2 Abs. 1 und 2 RVOG). Diese Gliederung der Verwaltung wird erst auf Verordnungsstufe explizit als zentrale Bundesverwaltung definiert (Art. 6 Abs. 1 Bst. a-d und Abs. 3 RVOV). Die unterstellten Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung werden bis auf Stufe Amt im Anhang zur RVOV für jedes Departement einzeln aufgelistet (Art. 6 Abs. 4 RVOV). Dabei spielt die Bezeichnung der Verwaltungseinheiten (wie z.B. Büro, Direktion oder Staatssekretariat) keine Rolle. Einheiten unterhalb der Amtsstufe wie die schweizerischen Vertretungen im Ausland oder FLAG-Einheiten, die einem Amt unterstellt sind, werden nicht aufgeführt.

Zur zentralen Bundesverwaltung gehören auch ständige Stabs-, Planungs- und Koordinationsorgane (Art. 55 RVOG) sowie überdepartementale Projektorganisationen (Art. 56 RVOG).

E. 2.1.2

Die dezentrale Bundesverwaltung Organisation und Aufgaben der Bundesverwaltung werden durch das RVOG geregelt, soweit nicht spezialgesetzliche Regelungen bestehen. Dies gilt namentlich für die dezentrale Verwaltung (Art. 2 Abs. 3 RVOG). Es handelt sich dabei um Verwaltungseinheiten, die den Departementen zwar admi-

6 Vgl. Eichenberger, Art. 102, Rz. 181 ff.

E. 2.1.3

Bisherige organisationsrechtliche Abgrenzungen Wie bereits ausgeführt (Ziff. 2.1.2), gehören nach Art. 2 Abs. 3 RVOG die dezentralisierten Verwaltungsträger zur Bundesverwaltung, soweit aus ihren Organisationserlassen nichts Gegenteiliges hervorgeht. Auf Verordnungsstufe werden die rechtlich selbstständigen Anstalten der dezentralen Bundesverwaltung zugewiesen (Art. 6 Abs. 1 Bst. f RVOV). Im Anhang der RVOV wird nur ein Teil der Anstalten der dezentralen Bundesverwaltung zugewiesen²², andere hingegen nicht (Post, SUVA). Zwar sieht Art. 6 Abs. 4 RVOV vor, dass nur die wichtigsten Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung im Anhang aufgeführt werden. Die Post und die SUVA würden aufgrund ihrer Bedeutung aber zweifellos dazu gehören. Da zudem weder die organisationsrechtlichen Bestimmungen zur SUVA im UVG noch das POG diese Anstalten der dezentralen Bundesverwaltung zuordnen, kann deren Nichtberücksichtigung im Anhang der RVOV so verstanden werden, dass die Post und die SUVA nicht zur dezentralen Bundesverwaltung gehören. Nach diesem Verständnis bestimmt der Bundesrat de facto mittels Verordnung, welche rechtlich selbstständigen Anstalten der (dezentralen) Bundesverwaltung angehören und welche ganz aus der Bundesverwaltung ausgegliedert sind.

E. 2.1.4

Die ausserparlamentarischen Kommissionen Die ausserparlamentarischen Kommissionen besitzen keine Rechtspersönlichkeit, obwohl dies auch denkbar wäre. Die Aufgabenerfüllung durch ausserparlamentarische Kommissionen (Behörden- und Verwaltungskommissionen) ist dann angezeigt, wenn ein besonderes Fachwissen erforderlich ist, das in der Bundesverwaltung nicht vorhanden ist, der frühzeitige Einbezug der Kantone oder weiterer integrierter Kreise dies verlangt oder die Aufgabe durch eine

weisungsungebundene Einheit der dezentralen Bundesverwaltung erfolgen soll.²³

a) Die Behördenkommissionen Die Behördenkommissionen wie z. B. die Wettbewerbskommission²⁴, die Eidg. Kommunikationskommission²⁵ und die Eidg. Elektrizitätskommission²⁶ sind im Gegensatz zu den Verwaltungskommissionen Entscheidungsgremien (neuer Art. 57a Abs. 2 RVOG²⁷). Bei den übertragenen Aufgaben kann es sich um solche der Eingriffsverwaltung handeln²⁸. In erster Linie können Behördenkommissionen Ver-

E. 2.1.5

Die anderen administrativ zugeordneten Verwaltungseinheiten Zur dezentralen Bundesverwaltung werden nach der Literatur neben den ausserparlamentarischen Kommissionen auch andere administrativ zugewiesene Einheiten ohne Rechtspersönlichkeit, wie der EDÖB, die Bundesanwaltschaft, die UBI³⁶, der Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, das Büro für Flugunfalluntersuchung und das Büro für Eisenbahnunfalluntersuchungen (heute "Unfalluntersuchungsstelle Bahnen und Schiffe") gezählt.³⁷ Diese Verwaltungseinheiten sind rechtlich nicht verselbstständigt und müssen im Anhang aufgenommen werden.

E. 2.1.6

Die selbstständigen Anstalten und Betriebe

a) Begriff Nach Art. 6 Abs. 3 RVOV gehören insbesondere auch die selbstständigen Anstalten und Betriebe zur dezentralen Bundesverwaltung.

Der Begriff "Betrieb" wird in der RVOV nicht präzisiert, aber im öffentlichen Recht des Bundes oft verwendet, z.B. im Arbeitsgesetz³⁸ oder im Bundesgesetz über die Unfallversicherung³⁹. Er bezeichnet jedoch keine besondere Rechts- oder Organisationsform. Historisch lässt er sich in Bezug auf die früheren Rüstungs- und Regiebetriebe des Bundes (z.B. SBB, PTT) verstehen. Heute kommt dem Begriff keine eigenständige Bedeutung mehr zu.⁴⁰

E. 2.2

Die externen Träger von Verwaltungsaufgaben

E. 2.2.1

Auslegung nach dem Wortlaut Nach Art. 178 Abs. 3 BV können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwal-

⁵² Der Fonds für Verkehrssicherheit ist mit zwei Vollzeitstellen die kleinste Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit; vgl. Art. 3 Unfallverhütungsbeitragsgesetz . ⁵³ Vogel, a.a.O. S. 282. ⁵⁴ Vgl. Gutzwiller, §51. ⁵⁵ Art. 1 IGEG und Art. 68 HMG. ⁵⁶ Vogel, S. 74 äussert sich kritisch zur "hybriden Rechtsform" der Anstalten im Grenzbereich von zentraler und dezentraler Verwaltung: "Die Betitelung einer Einheit als Anstalt, Stiftung, Institut oder Unternehmen sagt kaum etwas über deren Unabhängigkeitsgrad aus. (...) Gründet der Staat eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ohne daran irgend jemand zu beteiligen, bleiben die körperschaftlichen Strukturen – mangels Mitgliedern – faktisch suspendiert und es liegt materiell eine öffentlich-rechtliche Anstalt vor." Als Beispiel dazu nennt er die SBB, bei der bis heute keine Privatbeteiligung besteht (Art. 10 Abs. 2 SBBG).

tung stehen. Mit dieser Vorschrift hat die BV offensichtlich den beinahe gleich lautenden Art. 2 Abs. 4 RVOG auf Verfassungsstufe gehoben. Der Wortlaut in der Verfassung unterscheidet sich allerdings in einem entscheidenden Punkt vom Wortlaut im RVOG: Wo dieses sagt, dass eine solche Übertragung durch die "Bundesgesetzgebung" geschehen könne, mithin also auch durch Verordnungsrecht, sagt die Verfassung "durch Gesetz". Die Verfassung statuiert mit dieser Bestimmung für die Aufgabenübertragung an Verwaltungsexterne einen Gesetzesvorbehalt: Wenn man verwaltungsexterne Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts mit Verwaltungsaufgaben betrauen will, dann muss das der Gesetzgeber vorsehen.

E. 2.2.2

Entstehungsgeschichte Die Auslegung nach dem Wortlaut wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt: Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass zu Art. 178 Abs. 3 BV eine engagierte Debatte stattfand, während die beiden ersten Absätze vom damaligen bundesrätlichen Entwurf (Art. 166 E-BV)⁵⁷ in den Räten diskussionslos angenommen wurden. Die von den zuständigen Kommissionen beantragte, aber verworfene Lösung hätte es ermöglicht, in einem allgemeinen Gesetz wie dem RVOG die Voraussetzungen für eine Aufgabenübertragung generell zu umschreiben. Im Unterschied dazu verlangt nun die geltende Fassung, die dem bundesrätlichen Entwurf entspricht, eine bereichsspezifische formell-gesetzliche Ermächtigung zur Aufgabenübertragung.⁵⁸ Aufgaben werden folglich jeweils durch einen auf den Einzelfall zugeschnittenen spezialgesetzlichen Erlass übertragen.

E. 2.2.3

Der Begriff der Verwaltungsaufgabe Der Begriff der Verwaltungsaufgabe wird in der Verfassung nicht näher definiert. Die Verwaltungsaufgabe kann in einem engeren Sinn als eine im öffentlichen Interesse stehende und in der Verfassung oder in der Gesetzgebung verankerte Aufgabe definiert werden, die von der Verwaltung umgesetzt werden muss. In diesem Sinne ist sie Vollzugsaufgabe.⁵⁹ Für die Verwaltungstätigkeit der Verwaltungsträger ist der Begriff der "Verwaltungsaufgabe" geläufig geworden.⁶⁰ Dabei kann es sich um hoheitliche und nicht hoheitliche Aufgaben handeln. Man kann sie z.B. in die folgenden Kategorien⁶¹ einteilen:

a) Ordnungsaufgaben wie die der Sicherheits- und Verkehrspolizei, der Gewerbeaufsicht, der Gewerbepolizei, der Baupolizei und die Abwehr von Naturgefahren aller Art; b) sozialpolitische Aufgaben wie der Arbeitnehmerschutz, der Mieter- und Konsumentenschutz, der soziale Wohnungsbau, das Stipendienwesen, die Sozialversicherung und die öffentliche Fürsorge; c) Lenkungsaufgaben wie die Raumplanung, die Eigentumspolitik des bäuerlichen Bodens, die Energie- und Verkehrspolitik sowie die Wirtschaftspolitiken (Beschäftigungs-, Konjunktur-, Geld-, Regional- und Landwirtschaftspolitik); d) Infrastrukturaufgaben wie der Bau- und Betrieb von Verkehrsnetzen (Schiene, Strasse, Luftfahrt) oder von Anlagen der Versorgung und Entsorgung (Wasser, Strom, Gas, Kehrichtsabfuhr).

Unklar ist jedoch, ob der Begriff der Verwaltungsaufgabe in Art. 178 Abs. 3 BV nicht auch weiter auszulegen und darunter zudem der Erlass von rein sekundären Regelungen zu

verstehen ist, wenn dies durch die Bundesverfassung selbst nicht ausgeschlossen ist (Art. 164 Abs. 2 BV). Nach diesem Verständnis wäre die Verwaltungsaufgabe keine blosser Vollzugsaufgabe.

Nicht zu den Verwaltungsaufgaben gehören jene Tätigkeiten des Gemeinwesens, die vom Begriff der "Bedarfsverwaltung" erfasst werden.⁶²

57 BBl 1997 I 589, 626. 58 Biaggini, Rz. 1, 32 mit Verweisen; AB 1998 N. 112, 366f. 59 Vgl. Biaggini, Rz. 29 f.; Sägesser, Bundesbehörden, zu Art. 178 BV, Rz. 813-816; Sägesser, RVOG, zu Art. 2, Rz. 130. 60 Tschannen/Zimmerli, §1, Rz. 18. 61 Tschannen/Zimmerli, §3. 62 VPB 60.1, Ziff. 4. In der Literatur gibt es in diesem Bereich keine klaren Definitionen und Abgrenzungen. So werden die Begriffe «Bedarfsverwaltung» und «administrative Hilfstätigkeit» weitgehend identisch verwendet, zum Teil wird ihnen eine unterschiedliche Bedeutung zuerkannt, zum Teil überschneiden sich die vorgeschlagenen Begriffsinhalte. Unter administrativer Hilfstätigkeit wird heute nach vorherrschender Lehre jene privatrechtliche Tätigkeit des Staatswesens verstanden, durch die es die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen beschafft. Diese Tätigkeiten des Gemeinwesens gehören nicht zu dessen Verwaltungsaufgaben bzw. Vollzugsaufgaben. Eine gesetzliche Grundlage ist hierfür nicht erforderlich. Als Bei-

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 76

E. 2.2.4

Aufgabenübertragung auf externe Verwaltungsträger Art. 178 Abs. 3 BV handelt von der Übertragung von Verwaltungsaufgaben. Die Verfassungsbestimmung äussert sich nur sehr allgemein zu den möglichen Organisations- und Rechtsformen von ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Aufgabenträgern.⁶³ Der Verfassungswortlaut geht zwar davon aus, dass die Organisationen und Personen, denen der Gesetzgeber Aufgaben überträgt, "ausserhalb der Bundesverwaltung stehen". Damit sind externe Verwaltungsträger gemeint. Ein Bezug zur Bundesverwaltung ergibt sich nur insoweit, als solche Organisationen und Personen Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.⁶⁴ Dennoch zählt die herrschende Lehre typische Organisationen bzw. Träger übertragener Aufgaben zur dezentralen Verwaltung. Nach Häfelin/Haller gehören dazu "vor allem die öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes. Diese sachlich und personell verselbstständigten Verwaltungsträger besorgen einen bestimmten Kreis von Bundesaufgaben und geniessen dabei in gewissem Umfang Autonomie. Die sogenannten selbstständigen öffentlichen Anstalten (...) haben eine eigene Rechtspersönlichkeit. Die SBB, früher eine unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes, ist heute eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (Art. 2 SBBG). In Frage kommt auch die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an öffentlich-rechtliche Körperschaften oder an öffentlich-rechtliche Stiftungen des Bundes (Beispiel: Stiftung "Schweizerischer Nationalpark)".⁶⁵ Und selbst Biaggini, der Art. 178 Abs. 3 BV nur auf die "eigentliche" Aufgabenübertragung bezieht (und darunter fällt nach seiner Auffassung namentlich nicht die Aufgabenübertragung an Anstalten⁶⁶) räumt ein, dass Art. 178 Abs. 3 BV jedenfalls weniger weitgehende Formen der Aufgabenauslagerung nicht ausschliesst⁶⁷. Art. 178 Abs. 3 BV bietet insofern keine Hinweise für die Beantwortung der Frage, welche Träger von Verwaltungsaufgaben zur dezentralen Bundesverwaltung gehören und welche als verwaltungsextern zu betrachten sind.

Die Tatsache allein, dass eine Organisation über eine sehr weitreichende Autonomie verfügt, ist noch kein Grund, an deren Verwaltungszugehörigkeit zu zweifeln. Massgebend ist vielmehr, ob der Staat der Organisation ihre Endziele direkt und rechtlich verbindlich aufgibt.⁶⁸

Das Bundesverwaltungsrecht kennt eine Vielzahl von organisatorisch aus der zentralen Bundesverwaltung ausgeschiedenen Verwaltungseinheiten. Genau betrachtet lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden:

a) In der ersten Fallgruppe überträgt der Bund eine Aufgabe an eine bestehende Organisation, die er weder selbst geschaffen hat noch an deren Kapital er beteiligt ist. Dies ist z.B. der Fall bei der EnAW. Rechtsgrundlage für die Aufgabenübertragung dazu ist Art. 17 des EnG. Als analoge Fälle sind zu nennen: das Eidg. Rohrleitungsinspektorat nach Art. 17 Abs. 1 des RLG und das Eidg. Starkstrominspektorat nach Art. 22 des ElG (beide werden von privaten Fachverbänden betrieben). In diesen Fällen hat man es gewissermassen mit einer "echten" oder "vollständigen" Aufgabenübertragung an externe Verwaltungsträger zu tun, denn charakteristisch ist hier, dass der Bund in keiner Weise an der Aufgabenerfüllung durch den externen Träger partizipiert.

b) In der zweiten Fallgruppe überträgt der Bund eine Aufgabe an eine von ihm geschaffene und verselbstständigte Organisationseinheit. Beispiele hierfür sind die schon mehrfach genannten Anstalten, aber auch etwa die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften Swisscom und SBB⁶⁹ sowie die privatrechtlich konzipierte Skyguide AG.⁷⁰ In solchen Fällen liegt

Beispiele können genannt werden: Erwerb von Fremdleistungen und Sachen, die in der Administration, Werken und Betrieben benötigt werden (z.B. Büromaterial, Energie, Fahrzeuge); verwaltungsinterne Leistungen zur Herstellung oder Instandhaltung der Infrastruktur (z.B. Putzarbeiten oder Reparatur- und Sanierungsarbeiten in Büroräumlichkeiten); Verhalten des Bundes als Arbeitgeber gegenüber den in der Bedarfsverwaltung tätigen Angestellten, soweit es nicht die hoheitlichen Beziehungen im Rahmen der Dienstpflicht betrifft; die Schaffung oder Unterstützung einer Kinderkrippe durch den Bund für Bundesangestellte. ⁶³ Vgl. Biaggini, Rz. 30 f.; zum Begriff vgl. Müller, S. 114, Ziff. II/A. ⁶⁴ Sägesser, Bundesbehörden, zu Art. 178 BV, Rz. 829. ⁶⁵ Häfelin/Haller, S. 487, Rz. 1700. ⁶⁶ Biaggini, Rz. 27. ⁶⁷ Biaggini, Rz. 35. ⁶⁸ Vogel, §6, 1.4, S. 188. ⁶⁹ Art. 1-3 TUG; Art. 1-4 und 8 SBBG. ⁷⁰ Skyguide ist der Form nach eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, welche jährlich eine ordentliche GV durchführt. An dieser GV werden die Aktionärsrechte des Bundes jeweils von einem durch die Vorsteher UVEK

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 77

keine Aufgabenübertragung auf bestehende Dritte vor; der Bund partizipiert an der Aufgabenerfüllung weiter, sei es als alleiniger Träger der Organisation, was bei allen Anstalten und z.B. bei der Skyguide mit einem Aktienkapital zu 99,94 % im Eigentum des Bundes und bei der SBB mit einem Aktienkapital zu 100 % im Eigentum des Bundes zutrifft, oder sei es als (Mit-)Träger der Organisation mit einem entsprechenden finanziellen Risiko, z.B. bei der Swisscom mit einem Aktienkapital zu ca. 52 % im Eigentum des Bundes.

Keine Übertragung auf einen externen Aufgabenträger liegt dagegen vor, wenn sich der Bund an Unternehmen, die Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen, welche aber nicht zu den gesetzlich geltenden Verwaltungsaufgaben gehören, bloss beteiligt. Beispiele dafür sind der Verein PPP Schweiz⁷¹ und das Hotel Bellevue Palace in Bern.⁷²

3. Auswirkungen der Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung oder zum externen Bereich Verschiedene Erlasse verbinden mit der Zugehörigkeit einer Organisation zur dezentralen Bundesverwaltung konkrete Rechtsfolgen (vgl. dazu ausführlich die Tabelle im Anhang). So kann der Geltungsbereich eines Erlasses an dieser Zugehörigkeit festgemacht sein, oder wichtige materielle Bestimmungen operieren mit dem Begriff der Bundesverwaltung oder dezentralen Bundesverwaltung. Allfällige Umteilungen von Organisationen vom verwaltungsexternen Bereich zum dezentralen Bereich oder umgekehrt können demnach mit erheblichen Konsequenzen verbunden sein. Dies sei anhand folgender Beispiele aufgezeigt:

und VBS instruierten Vertreter wahrgenommen. Der Bund ist Eigentümer von 99,94% der Aktien, die verbleibenden 0,06% der Aktien gehören u.a. den Flughafenkantonen, Luftfahrtverbänden und Personalverbänden (vgl. Art. 2 Abs. 2, 5 und 6 VFSD, SR 748.132.1; <http://www.skyguide.ch>). ⁷¹ Beim "Private Public Partnership" erfolgt die Aufgabenerfüllung durch Verwaltungseinheiten mit privaten Partnern im Rahmen einer vertraglich geregelten längerfristigen Zusammenarbeit (<http://pppschweiz.ch>). ⁷² Das BELLEVUE PALACE ist das einzige Fünf-Sterne-Hotel in der Schweizer Hauptstadt und gehört zu 99,7 Prozent der Eidgenossenschaft; dazu: http://www.victoria-jungfrau-collection.ch/desktopdefault.aspx/tabid-121/305_read-444.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 ⁷⁸

a) Finanzhaushaltsgesetz (FHG; SR 611.0) Art. 2 Bst. f Dieses Gesetz gilt für: f. die Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung, die keine eigene Rechnung führen.

Art. 5 Bst. b Die Staatsrechnung des Bundes umfasst: b. die Jahresrechnungen von Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung und der Fonds des Bundes, die eine eigene Rechnung führen, wenn diese durch die Bundesversammlung zu genehmigen ist (Sonderrechnungen).

Art. 55 Abs. 1 Bst. c sowie Abs. 2 Bst. a⁷³ 1 Für die Beratung der Staatsrechnung werden nach dem Grundsatz der Vollkonsolidierung rechnungsmässig zusammengefasst: c. die Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung, die eine eigene Rechnung führen. 2 Der Bundesrat kann durch Verordnung: a. Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung, die eine eigene Rechnung führen, von der Vollkonsolidierung ausnehmen oder diesen die Grundsätze der Rechnungslegung vorschreiben;

Art. 61 Abs. 1 1 Die EFV kann Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung, die eine eigene Rechnung führen, für die Verwaltung ihrer liquiden Mittel der zentralen Tresorerie anschliessen, soweit andere Bundesgesetze nichts Abweichendes vorsehen.

Würde z.B. die Stiftung "Pro Helvetia", die heute zum verwaltungsexternen Bereich gehört, neu den Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung zugeordnet werden, so hätte dies aufgrund des FHG folgende Konsequenzen: - Da die Stiftung eine eigene Rechnung führt, würde sie auch als dezentrale Verwaltungseinheit nicht unter den

Geltungsbereich des FHG fallen (Art. 2 Bst. f). - Anders als bisher wäre aber ihre Rechnung zu konsolidieren (Art. 55 Abs. 1 Bst. c) es sei denn der Bundesrat würde sie ausdrücklich von der Vollkonsolidierung ausnehmen (Art. 55 Abs. 2 Bst. a). - Die Eidg. Finanzverwaltung könnte die Verwaltung der liquiden Mittel der Stiftung schliesslich der zentralen Tresorerie anschliessen (Art. 61 Abs. 1).

b) Bundespersonalgesetz (BPG; SR 172.220.1) Art. 2 Abs. 1 Bst. c und e 1 Dieses Gesetz gilt für das Personal: c. der Schweizerischen Post nach dem Postorganisationsgesetz vom 30. April 1997;74 e. der dezentralisierten Verwaltungseinheiten nach Artikel 2 Absatz 3 RVOG, sofern die spezialgesetzlichen Bestimmungen nichts anderes vorsehen;

Art. 3 Abs. 2 2 Die Departemente, die Bundeskanzlei, die Gruppen und Ämter sowie die dezentralisierten Verwaltungseinheiten gelten als Arbeitgeber, soweit ihnen der Bundesrat die entsprechenden Befugnisse überträgt.

Art. 6a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 1 Der Bundesrat erlässt Grundsätze über: a. den Lohn (einschliesslich Nebenleistungen) des obersten Kaders sowie desjenigen Personals, das in vergleichbarer Höhe entlohnt wird:

73 FHG seit dem 1. Mai 2006 in Kraft unter folgendem Vorbehalt: Art. 55 wird auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt und der verbleibende Art. 41 zu einem späteren Zeitpunkt. (AS 2008 6453). Die Art. 37a und 37b in der Fassung vom 7. Oktober 2005 sind seit dem 1. Januar 2008 in Kraft (AS 2008 321). 74 SR 783.1

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 79

2. von andern Unternehmen und Anstalten des Bundes, die als dezentralisierte Verwaltungseinheiten diesem Gesetz unterstehen;

Art. 32a Abs. 2 2 Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung, die gestützt auf ein Spezialgesetz ein von diesem Gesetz abweichendes Personalstatut oder gemäss Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 37 Absatz 3 eigene personalrechtliche Arbeitgeberbefugnisse haben, versichern ihre Angestellten ebenfalls bei PUBLICA. Sie können ihr Personal bei einer anderen Vorsorgeeinrichtung versichern, wenn der Bundesrat sie dazu ermächtigt und die spezialgesetzlichen Bestimmungen nichts anderes vorsehen.

Art. 32b Abs. 2 2 Die Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung sind Arbeitgeber für ihre Angestellten.

Art. 32d Abs. 2 2 Die Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung mit eigener Rechtspersönlichkeit und mit eigener Rechnung, die ohne spezialgesetzliche Abweichungen und ohne eigene personalrechtliche Arbeitgeberbefugnisse nach den Artikeln 3 Absatz 2 und 37 Absatz 3 diesem Gesetz unterstellt sind, bilden mit dem Arbeitgeber Bundesrat ein gemeinschaftliches Vorsorgewerk (Vorsorgewerk Bund), sofern die spezialgesetzlichen Vorschriften nichts anderes vorsehen. Jeder Arbeitgeber des Vorsorgewerks Bund ist Vertragspartei des gemeinschaftlichen Anschlussvertrages.

Im BPG ist der Begriff des Arbeitgebers von zentraler Bedeutung. Eine Verschiebung der Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung oder umgekehrt vom dezentralen zum externen Bereich hat somit wesentliche Konsequenzen für das Anstellungsverhältnis des Personals der betreffenden Organisationseinheit (Unterstellung unter das BPG oder nicht).

Mit einer Zuordnung von Pro Helvetia als dezentrale Verwaltungseinheit käme das BPG integral zur Anwendung. Zusätzlich müsste um den personalrechtlichen Status quo beizubehalten, ein Spezialgesetz die Unterstellung unter das BPG (personalrechtlicher Teil) ausschliessen. Auf der Vorsorgeseite hätte eine Zuweisung zu den dezentralen Verwaltungseinheiten im Wesentlichen einen gewissen Autonomieverlust zur Folge: Dies gilt für den Erlass eines eigenen Vorsorgereglements⁷⁵, die alleinige Verhandlungskompetenz mit der PUBLICA über den Verbleib bzw. den Austritt aus der Pensionskasse des Bundes⁷⁶ sowie die Bestimmung der Beitragshöhe unabhängig von der Bandbreite der Finanzierung der Vorsorge nach Art. 32g BPG und die freie Verhandlungskompetenz mit der PUBLICA betreffend der Austrittsmodalitäten bei Auflösung des Anschlussvertrags⁷⁷. Diesem Autonomieverlust der Pro Helvetia stünde auf der anderen Seite eine entsprechende Zunahme des Einflusses des Bundes gegenüber.

Wenn andererseits beispielsweise die RUAG Holding AG als externes Unternehmen, für welches das OR anwendbar ist, dem BPG unterstellt würde, hätte dies in verschiedenen Bereichen Folgen: Die Kündigung von Angestellten wäre nur noch nach den Gründen von Art. 12 Abs. 6 BPG möglich, was einer enormen Einschränkung entspräche, da im OR in der Regel keine Gründe für eine Kündigung verlangt werden (unter Vorbehalt der missbräuchlichen Kündigung sowie der Kündigung zur Unzeit). Betreffend Höhe der Entlohnung wäre die RUAG ebenfalls nicht mehr frei. Sie müsste zumindest Grundsätze und Eckwerte der Entlohnung in einem Personalreglement durch den Bundesrat genehmigen lassen. Auch hinsichtlich Arbeitszeiten und Nebenleistungen wäre neu eine Definition der Eckwerte in einem vom Bundesrat genehmigten Personalreglement notwendig.

Eine dezentrale Einheit mit öffentlich-rechtlichem Personalstatut, die dem BPG unterstellt ist, könnte demgegenüber aufgrund einer Gesetzesänderung durch eine Zuordnung zum externen Bereich mit privatrechtlichem Statut wesentlich an Freiheit gewinnen (z.B. die Schweizerische Post). Sie müsste im Unterschied zu einer dezentralisierten Verwaltungseinheit nur die Rahmenbedingungen des OR einhalten. Es bestünde nicht einmal die Pflicht zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags. Der Bundesrat hätte lediglich die Möglichkeit, gewisse personalpolitische Vorgaben im Rahmen der Festlegung der unternehmensspezifischen Ziele zu machen.

75 Art. 32c Abs. 2 BPG. 76 Art. 4 Abs. 2 PUBLICA-Gesetz und Art. 32a Abs. 2 BPG. 77 Art. 32f BPG.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 80

4 Das 4-Kreise-Modell – ein betriebswirtschaftliches Modell Beim 4-Kreise-Modell handelt es sich um eine organisatorische und führungsmässige Leitvorstellung des Bundesrates zur Verwaltungsführung. Der Bundesrat umschreibt Funktion und Bedeutung seines Modells in seinem Evaluationsbericht FLAG vom 19. Dezember 2001⁷⁸ als zweckmässigen pragmatischen Denkansatz zur Systematisierung von Grundsatzfragen der Verwaltungsführung.

Das 4-Kreise-Modell gibt einen guten Überblick über die verschiedenen Unabhängigkeitsgrade der Einheiten des Bundes. Jedoch ist es ein rein beschreibendes Modell, welches die einzelnen Kreise nach unterschiedlichen Kriterien definiert: Im ersten Kreis stehen die Aufgaben der Politikvorbereitung und -formulierung im Vordergrund. Im

zweiten Kreis, der ebenfalls zur zentralen Verwaltung zu zählen ist, werden die FLAG-Verwaltungseinheiten zusammengefasst. Im dritten und vierten Kreis schliesslich werden die Organisationseinheiten nach ihrer Rechtsform gruppiert: Die rechtlich selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes, die weitgehend Monopolaufgaben wahrnehmen, gehören zum dritten Kreis, die spezialgesetzlichen und privatrechtlichen Aktiengesellschaften zum vierten Kreis.⁷⁹

In seinem Bericht vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht)⁸⁰ bemängelt der Bundesrat, dass die Verwaltungseinheiten im zweiten Kreis unter FLAG über ein homogenes Instrumentarium gesteuert werden, was auch bei den marktnahen Unternehmen im vierten Kreis zutrifft. Demgegenüber fasst der dritte Kreis Organisationseinheiten zusammen, die unterschiedlichste Aufgaben wahrnehmen. Als weitere Schwachpunkte des Modells werden die relativ scharfe Trennung zwischen dem ersten und zweiten Kreis genannt, sowie die zu wenig scharfe Trennung zwischen dem zweiten, noch zur zentralen Bundesverwaltung gehörenden Kreis und dem dritten, bereits zur dezentralen Bundesverwaltung zu zählenden Kreis. Vor diesem Hintergrund wurde der Corporate-Governance-Bericht mit dem Ziel erstellt, ein Modell zu entwickeln, das einerseits Entscheidungshilfe leistet in der Frage, ob eine Aufgabe ausgelagert werden oder ob sie in der zentralen Bundesverwaltung verbleiben soll, und andererseits Hinweise auf die Art und Weise gibt, wie eine verwaltungsexterne Organisationseinheit über die ausgelagerte Aufgabenerfüllung gesteuert werden soll. Für die Frage nach der Eignung zur Auslagerung einer Organisationseinheit ersetzte darum der Corporate-Governance-Bericht das 4-Kreise-Modell durch eine Aufgabentypologie.⁸¹ (Vgl. 5.2.2.)

Die Einteilung nach dem 4-Kreise-Modell deckt sich weder mit den einzelnen Grundtypen organisatorischer Rechtsformen noch mit den Begriffen des RVOG. Das Modell erfasst weder die Behördenkommissionen, noch die weiteren administrativ zugewiesenen Einheiten (Art. 6 Abs. 1 Bst. e RVOG), welche aufgrund der erforderlichen Autonomie nicht zur zentralen Bundesverwaltung gehören, aber aufgrund ihrer Aufgaben auch nicht in den vierten Kreis ausgelagert werden können (z.B. EFK, EDÖB, UBI). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich das 4-Kreise-Modell für die normative Festlegung der Grenzen zwischen der dezentralen Bundesverwaltung und den externen Trägern von Verwaltungsaufgaben nicht eignet.⁸²

5 Mögliche Kriterien für eine neue Abgrenzung

78 BBl 2002 3535. 79 Botschaft zum Finanzhaushaltsgesetz, BBl 2005 5, 42. 80 BBl 2006 8233; 8249 f. 81 Für die Steuerung von ausgelagerten Einheiten führt der Bericht 28 Leitsätze zu den folgenden acht Steuerungselementen auf: Rechtsform, Organe, Bundesvertreter, Haftungen, besondere Kompetenzen, strategische Ziele, Kontrolle, Oberaufsicht, Finanzen und Steuern. Ein erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates setzt sich vertieft mit der Bedeutung der einzelnen Steuerungselemente und ihrer heutigen Ausprägung auseinander, leitet die einzelnen Leitsätze her und begründet sie BBl 2006 8233 f., 8266. Der Bericht der EFV ist unter <http://www.efv.admin.ch/d/news/index.php> abrufbar. 82 In seiner Botschaft vom 24. November 2004 zur Totalrevision des Finanzhaushaltsgesetzes führt der Bundesrat (BBl 2005 5, 44) betreffend die Stossrichtung der Weiterentwicklung des dritten Kreises aus: "Eine Auslagerung kann ferner auch dann angebracht sein, wenn eine Aufgabe weitgehend weisungsungebunden vollzogen wird (z.B.

Finanzmarktaufsicht). Im Unterschied zu den Unternehmungen des vierten Kreises werden im dritten Kreis aber weitgehend staatliche Monopolaufgaben erfüllt. Somit können hier auch keine Gewinne erzielt, sondern bestenfalls die Kosten gedeckt werden, wobei diesbezüglich recht grosse Unterschiede bestehen. Der ETH-Bereich deckt heute ungefähr zehn Prozent seines Bedarfs aus selbst erwirtschafteten Mitteln, andere Betriebe des dritten Kreises arbeiten praktisch kostendeckend (z.B. Institut für geistiges Eigentum). Der Kostendeckungsgrad kann neben anderen ein Ansatzpunkt für die Ausgestaltung des Steuerungsmodells sein."

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 81

E. 3

Auswirkungen der Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung oder zum externen Bereich..... 77

E. 4

Das 4-Kreise-Modell – ein betriebswirtschaftliches Modell 80

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 61

E. 5

Mögliche Kriterien für eine neue Abgrenzung 80

E. 5.1

Das Abgrenzungskriterium der Rechtspersönlichkeit Die Literatur befasst sich nur wenig mit der Frage, wie eine Organisationsform ausgestaltet sein muss, damit ihr Aufgaben übertragen werden können. Allein bei Sägesser findet sich ein präzises Abgrenzungskriterium: Eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 178 Abs. 3 BV setzt gemäss Sägesser voraus, dass der die Aufgaben Wahrnehmende selber rechts- und handlungsfähig ist, im Rechtsverkehr selbstständig als Träger von Rechten und Pflichten auftreten, klagen und beklagt werden kann. Bei fehlender Rechtspersönlichkeit liegt gemäss Sägesser hingegen keine Aufgabenübertragung an Personen oder Organisationen des privaten oder öffentlichen Rechts vor. Statt dessen verbleibt die Aufgabe in der Bundesverwaltung.⁸³ Biaggini lehnt hingegen das Abstellen auf die Rechtspersönlichkeit als Abgrenzungskriterium ab; entscheidend sei ein materielles Kriterium (Herauslösen aus der Leitungsverantwortung des Bundesrates).⁸⁴

Wie bereits erwähnt (Ziff. 2.1.6), sind rechtlich selbstständige Anstalten des Bundes organisations- rechtlich von der zentralen Bundesverwaltung getrennte Unternehmen des Bundes. Dies trifft aber auch für alle anderen spezialgesetzlich geregelten juristischen Personen und Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie auf externe Organisationen und Personen zu, denen eine Verwaltungsaufgabe übertragen worden ist. Mit Blick auf diese Gemeinsamkeit zieht Sägesser die Trennlinie zwischen Bundesverwaltung und externen Trägern von Verwaltungsaufgaben wie folgt: Zur Bundesverwaltung zählen alle Einheiten ohne Rechtspersönlichkeit. Verfügen die Einheiten hingegen über Rechtspersönlichkeit, liegt ein Fall von Aufgabenübertragung an ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisationen vor. 85

Dazu ist anzumerken, dass der vermeintlich klare Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts in der Literatur nicht unangefochten geblieben ist, obwohl kaum eine Abhandlung auf ihn verzichten kann.⁸⁶ Wesensmerkmal einer juristischen Person ist, dass sie mittelbar oder unmittelbar durch Rechtssatz entsteht und dass sie Trägerin eigener Rechte und Pflichten ist. Da aber die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen für juristische Personen des öffentlichen Rechts keine unmittelbare Gültigkeit haben, bedarf es für die Schaffung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts einer Grundlage in einem Erlass des öffentlichen Rechts. Im öffentlichen Recht wird indessen autonom über die Zuweisung von Rechten und Pflichten entschieden, weshalb Art. 53 ZGB, wonach die juristischen Personen grundsätzlich aller Rechte und Pflichten fähig sind, die nicht eine natürliche Eigenschaft des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben, nicht unmittelbar (bzw. ohne klaren Verweis z.B. im Gründungserlass der betreffenden juristischen Person) auf das Organisationsrecht des Staates zu beziehen ist.⁸⁷ Allein aus der Tatsache, dass eine öffentlich-rechtliche Organisationseinheit als juristische Person konzipiert wird, kann man bezüglich ihrer Rechte und Pflichten folglich nichts ableiten; es ist in erster Linie Sache des jeweiligen Gründungserlasses, den Wirkungskreis, den Autonomiegrad und die Organisation einer öffentlich-rechtlichen juristischen Person festzulegen. Unbestritten ist einzig, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts in eigenem Namen am Privatrechtsverkehr teilnehmen kann.⁸⁸

E. 5.2

Typologische Abgrenzungskriterien

E. 5.2.1

Wahl der Rechts- bzw. Organisationsform Die herrschende Lehre gesteht dem Staat eine weitgehende "Freiheit" bei der Wahl seiner Handlungs- und Organisationsformen zu.⁸⁹ Es gilt der Grundsatz der Formenwahlfreiheit, was bedeutet, dass das

83 Sägeser, RVOG, zu Art. 2, Rz. 100 f. 84 Biaggini (Rz. 10) hebt - mit Verweis auf die in Art. 44 RVOG geregelten FLAG-Verwaltungseinheiten, die vom Bundesrat über einen Leistungsauftrag und ein Globalbudget geführt werden - als materielles Kriterium allein den erhöhten Grad der Eigenständigkeit hervor. Indessen sei nicht zu übersehen (Rz. 11), dass die Grenze zwischen Verwaltungsflexibilisierung und Aufgabenauslagerung fließend sei, was eine nicht notwendig knapp und "holzschnittartig" formulierte Verfassungsbestimmung wie Art. 178 Abs. 3 BV naturgemäss nicht adäquat zum Ausdruck bringen könne. Es sei denn auch zu fordern, dass nicht nur für die Aufgabenauslagerung im Sinn von Art. 178 Abs. 3 BV, sondern auch für "blosse" Erhöhung des Grades der Eigenständigkeit (innerhalb der Bundesverwaltung) gewisse rechtliche Voraussetzungen erfüllt sein müssten. Biaggini geht aber in seinen weiteren Ausführungen (Rz. 28, 36) auf die eigentliche Frage der Abgrenzung von verwaltungsinternen zu verwaltungsexternen Verwaltungsaufgabenträgern mit Rechtspersönlichkeit nicht ein. 85 Sägeser, RVOG, zu Art. 2, Rz. 60-63. 86 Vogel, S. 185. 87 Vogel (S. 191) geht noch weiter, wenn er sagt, dass sich die genannte ZGB-Bestimmung einzig auf die Privatrechtsordnung beziehe. 88 Vgl. Vogel, S. 192 und S. 202. 89 Vogel, §3, 3.3.2., S. 78 ff. mit Verweisen.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 82

Gemeinwesen bei der Erfüllung einer Aufgabe nicht auf eine bestimmte Organisationsform beschränkt ist.⁹⁰

Die Wahl der Rechts- bzw. Organisationsform bildet nach dem Corporate-Governance-Bericht die Grundlage für die Steuerung verselbstständigter Einheiten des Bundes. Bei einer öffentlich-rechtlichen Rechtspersönlichkeit kann der Bund das Organisationsrecht der verselbstständigten Einheit festlegen, ausgerichtet auf seine spezifischen Bedürfnisse, insbesondere seine Informations- und Einflussrechte als Eigner. Dies wiederum ist weit weniger möglich bei den rein privatrechtlichen Rechtsformen wie z.B. bei der privatrechtlichen Aktiengesellschaft.

Nach den Schlussfolgerungen im Corporate-Governance-Bericht ist für die verselbstständigten Einheiten mit Aufgaben, die hoheitlichen Charakter oder Monopolcharakter aufweisen und entweder über allgemeine Steuermittel oder über Gebühren finanziert werden, die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt zu wählen. Die privatrechtliche Rechtsform der Aktiengesellschaft ist für Einheiten vorgesehen, die mehrheitlich preisfinanziert im allenfalls regulierten Markt tätig sind, keine hoheitlichen Leistungen erbringen, die Voraussetzung für ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit erfüllen und damit auch für die Beteiligung Dritter offen stehen. Andere Rechts- bzw. Organisationsformen, insbesondere spezialgesetzliche Mischformen, sollten mit Rücksicht auf die Aufgabenvielfalt des Bundes nur noch in begründeten Ausnahmefällen zulässig sein.⁹¹

Die zu wählende Rechtsform ist mithin für die Steuerung aus politisch-strategischer Sicht des Eigners wichtig⁹² und kann – wie das Beispiel der Anstalten zeigt – als formelles Kriterium für die Frage der Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung oder zum Bereich der externen Träger von Verwaltungsaufgaben durchaus in Betracht fallen. In den Anwendungsbereich des Steuerungsmodells fallen aber grundsätzlich alle rechtlich selbstständigen Einheiten, die Bundesaufgaben wahrnehmen und deren Eigentümer (wie bei den Anstalten) oder Haupt- bzw. Mehrheitsaktionär der Bund ist.⁹³ Der Corporate-Governance-Bericht äussert sich deshalb nicht zur Frage, welche Organisations- oder Rechtsformen zur dezentralen Verwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 3 RVOG zu zählen sind. Die Typologisierung der Bundesaufgaben im Corporate-Governance-Bericht kann jedoch für die Beantwortung dieser Frage herangezogen werden (vgl. Ziff. 5.2.2). Generell kann immerhin gesagt werden, dass Anstalten und öffentlichrechtliche Stiftungen aufgrund ihrer spezifischen öffentlich-rechtlichen Konzeption der zentralen Bundesverwaltung näher stehen als spezialgesetzliche oder privatrechtliche Aktiengesellschaften und privatrechtliche Stiftungen.

E. 5.2.2

Charakter der Verwaltungsaufgabe Aufgaben und Tätigkeiten der Verwaltung lassen sich nach unterschiedlichen Kriterien definieren. In der Lehre besteht kein Konsens über die Unterteilung der Verwaltungsaufgaben und Verwaltungstätigkeiten.⁹⁴ Im Folgenden soll daher von der Aufgabentypologie des Corporate-Governance-Berichts ausgegangen werden, die auf einheitlichen Kriterien basiert, welche die Entscheidungsgrundlage für die Auslagerung von Aufgaben an verselbstständigte Einheiten des Bundes bildet.⁹⁵ Der Bericht ordnet die einzelnen Aufgaben des Bundes vier Aufgabentypen zu:

a) Ministerialaufgaben Es sind dies Aufgaben, die einen ausgeprägt hoheitlichen Charakter haben (z.B. Vorbereitung der Gesetzgebung), sich wegen ihres primär politischen Gehalts

nicht zur Auslagerung eignen und die daher innerhalb der zentralen Bundesverwaltung zu erfüllen sind.

90 Vogel, a.a.O. Ziff. 3.4. 91 BBl 2006 8233, 8268. 92 Seit dem Bericht des Bundesrates vom 23. Juni 2004 zur "Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)" gilt der Grundsatz der Trennung von politischer und unternehmerischer Verantwortung. "Der Bund beschränkt sich in seiner Funktion als Eigner darauf, den Unternehmen strategische Ziele zu setzen, während die konkrete Umsetzung dieser Ziele Sache der unternehmerischen Organe ist. Die Unternehmen erhalten damit einen wesentlich grösseren unternehmerischen Handlungsspielraum als bisher, und der Bund nimmt im Wesentlichen die Rolle eines Eigentümers und eines Regulators wahr. Der Bund verfügt gemäss Gesetzgebung in seiner Funktion als Eigner über drei Instrumente: Die Festlegung der strategischen Ziele, die Wahl und Abwahl des Verwaltungsrates sowie die Genehmigung des Geschäftsberichtes und der Rechnung und damit die Entlastung des Verwaltungsrates" (BBl 2004 4569, 4584). 93 Vgl. dazu die Liste der rechtlich selbständigen Organisationen bzw. Unternehmen des Bundes im Anhang 1 des Corporate-Governance-Berichts (BBl 2006 8233, 8299f.). 94 Tschannen/ZimmerliS. 21. 95 Corporate-Governance-Bericht (BBl 2006 8233 f.,8251ff.).

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 83

b) Dienstleistungen mit Monopolcharakter Es sind Aufgaben, die zwar einen klaren Dienstleistungscharakter haben, für die jedoch ein funktionierender Markt fehlt wie z.B. in der Bildung, Forschung und Kultur, aber auch der Statistik oder Exportrisikoversicherung. Gemeinsam ist ihnen die Kundenausrichtung der mit der Aufgabenerfüllung zusammenhängenden Leistungen sowie, dass sie aufgrund von Marktversagen nicht in einem aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wünschbaren Ausmass bereitgestellt werden.⁹⁶ Trotz Auslagerung muss wegen der fehlenden Steuerung des Marktes und der Bedeutung der finanziellen Unterstützung durch den Bund ein adäquater politischer Einfluss erhalten bleiben. Diese Abhängigkeit schafft eine gewisse Bezugsnähe zur Bundesverwaltung.

⁹⁶ Bericht des Bundesrates zur Corporate-Governance des Bundes – Umsetzung der Ergebnisse der Beratungen im Nationalrat, Kapitel 7 (vorläufiger Entwurf der EFV).

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 84

c) Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht Hier geht es um Regulierungsaufgaben, die von Verwaltungsträgern wie der Eidg. Bankenkommision, der ComCom, der ElCom, der Swissmedic, der Weko oder der PostReg wahrgenommen werden. Die Erfüllung dieser Aufgaben erfordert ein grosses Mass an Unabhängigkeit. Andererseits trägt der Bund die Verantwortung, dass diese hoheitlichen Aufgaben korrekt erfüllt werden.

d) Dienstleistungen am Markt Dienstleistungen am Markt haben die Erbringung öffentlicher Dienste zum Gegenstand: Dazu gehören die Infrastrukturdienstleistungen der Post, der RUAG und der SBB. Es werden Einrichtungen aufgebaut und betrieben, welche von der Öffentlichkeit als unentbehrlich angesehene Dienstleistungen (Service public) eingestuft werden (z.B. der Bau und Betrieb von Verkehrsnetzen wie Schiene, Strasse, Luftfahrt).⁹⁷ Typisch für diese Aufgaben ist, dass sie zum Teil auch von (unter Umständen konzessionierten) Privaten erbracht werden.

Aufgrund dieser Typologie lässt sich schliessen, dass die Erfüllung von Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sowie die Erfüllung von Dienstleistungen mit Monopolcharakter eher dafür sprechen, die entsprechenden Aufgabenträger der dezentralen Bundesverwaltung (also nicht den externen Trägern von Verwaltungsaufgaben) zuzuordnen. Dies deshalb, weil diese Aufgaben – würden sie nicht durch verselbstständigte Einheiten erfüllt – eher durch Organe der Zentralverwaltung als durch externe Aufgabenträger erfüllt würden. Dies gilt erst recht für Ministerialaufgaben, die ausnahmsweise verselbstständigten Einheiten übertragen werden.

Dienstleistungen am Markt hingegen werden primär durch Angebot und Nachfrage gesteuert. Der Einfluss des Bundes fällt geringer aus. Es ist deshalb naheliegend, Organisationen welche Dienstleistungen am Markt erbringen, generell (unabhängig von der Rechtsform oder andern Kriterien) nicht zur dezentralen Bundesverwaltung, sondern zu den externen Trägern von Verwaltungsaufgaben zu zählen.

E. 5.2.3

Steuerung (finanzielle und organisatorische Trägerschaft; Anbindung an die Exekutive) Neben der gewählten Rechts- oder Organisationsform und dem Charakter der Aufgabe spielt es für die Zuordnung eines Aufgabenträgers auch eine Rolle, inwieweit der Bund als finanzieller Träger an der Aufgabenerfüllung partizipiert. Die finanzielle Trägerschaft zeigt sich namentlich bei Aktiengesellschaften in der Beteiligung am Aktienkapital. An der Swisscom z.B. hat der Bund nurmehr eine Beteiligung von 52 %, an Skyguide hingegen eine Beteiligung von 99,94 %. Auch bei Anstalten kann die finanzielle Trägerschaft variieren. Die EAV z.B. wird finanziell vollständig vom Bund getragen (und der Bund vereinnahmt auch ihren Rechnungüberschuss), während die Swissmedic von Bund und Kantonen gemeinsam getragen wird.

Abgesehen von der finanziellen Trägerschaft ist auch die organisatorische Trägerschaft in Betracht zu ziehen. Sie äussert sich z.B. darin, dass eine Anstalt sozialpartnerschaftlich organisiert und getragen wird. Dies ist z.B. der Fall bei der SUVA und bei der PUBLICA. Die mögliche Einflussnahme des Bundesrates als oberste vollziehende Bundesbehörde ist dementsprechend reduziert.

Von erheblicher Bedeutung ist schliesslich auch, ob die Exekutive (der Bundesrat oder ein Departement) eine Organisation steuert, indem sie ihre obersten Leitungsorgane wählt bzw. abberuft. In Betracht fallen dabei namentlich die strategischen Leitungsorgane (Verwaltungs- bzw. Institutsräte) sowie die operativen Leitungsorgane (Direktionen bzw. Direktoren oder Direktorinnen), welche die Exekutive insbesondere bei Anstalten aufgrund der massgeblichen Erlasse oder aufgrund ihrer Stellung als Generalversammlung einer Aktiengesellschaft besetzt. Dies ist z.B. der Fall beim SIR, bei der SERV, bei den ETH, bei EAV, ENSI, FINMA, Swissmedic, Skyguide, Identitas AG, Sapomp AG sowie Pro Helvetia (vgl. dazu Tabelle unter Ziff. 5.2.4). In Einzelfällen erhält die Exekutive darüber hinaus noch bestimmte Mitspracherechte bei der Aufgabenerfüllung. So kann der Bundesrat z.B. der SERV Anweisungen über ein Exportgeschäft von besonderer Tragweite erteilen.⁹⁸ Dieses Interventionsrecht ist offensichtlich dadurch begründet, dass der Bund das Versicherungsrisiko der SERV trägt.

Hält man sich die deutlichen Unterschiede in der finanziellen und organisatorischen Trägerschaft und in der Anbindung an die Exekutive von bundesnahen Organisationen vor Augen, so liegt es nahe, folgenden Schluss zu ziehen: Je stärker sich der Bund finanziell

und organisatorisch an einer Organisation beteiligt und je stärker die obersten Leitungsorgane einer Organisation an die Exekutive ge-

97 Tschannen/Zimmerli§3, Rz. 8. 98 Art. 34 SERV.G.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 85

bunden sind, um so näher liegt es, diese Organisation der dezentralen Bundesverwaltung und nicht den externen Trägern von Verwaltungsaufgaben zuzuordnen.

Mit der Frage nach der finanziellen und organisatorischen Trägerschaft des Bundes stellt sich zugleich die Frage nach der Autonomie bzw. Selbstständigkeit der Organisation. Der Grad an Selbstständigkeit der Organisation ist nicht nur abhängig davon, wie weit der Bund (ob als "Träger" oder als "Eigner") in organisatorischer oder in finanzieller Hinsicht eine Rolle spielt, sondern auch davon, wie weit er die konkrete Aufgabenerfüllung einerseits mitbestimmt, sei es durch Rechtsetzung oder durch individuelle Akte (z.B. Genehmigungsrechte des Bundesrates), und andererseits wie weit er die Aufgabenerfüllung kontrolliert. Indizien für diese Steuerungskompetenzen des Bundes sind:

- der Grad an finanzieller (Mit-)Trägerschaft; - der Grad an organisatorischer Mitbestimmung; - der Grad an Mitbestimmung in der Aufgabenerfüllung; - der Grad an Kontrolle der Aufgabenerfüllung.

E. 5.2.4

Kombination der typologischen Kriterien und Zuordnung In der folgenden Tabelle werden die Organisationen aufgrund einer Kombination von formellen und materiellen Kriterien in Typen eingeteilt und die daraus folgende Zuordnung zur dezentralen Verwaltung bzw. zum verwaltungsexternen Bereich vorgenommen. Dabei werden zum vornherein nur solche Organisationen in Betracht gezogen, die der Bund entweder durch Bundesrecht errichtet oder an denen er kapital- und stimmenmässig mehrheitlich beteiligt ist. Organisationen, die der Bund nur mit Subventionen unterstützt oder an denen er nur minoritär beteiligt ist, werden zu den externen Verwaltungsträgern gezählt. Denn in diesen Fällen sind die Steuerungskompetenzen des Bundes gering. Hingegen ist die Autonomie der Verwaltungsträger in der Organisation und bei der Aufgabenerfüllung gross. Beispiele hierfür sind etwa die OSEC99 oder der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.¹⁰⁰

Für eine Organisation, die der Bund errichtet oder kapital- und stimmenmässig beherrscht und die Dienstleistungen am Markt erbringt, spielen die andern Kriterien keine Rolle mehr (vgl. Ziff. 5.2.2 am Ende). Dasselbe gilt für paritätisch zusammengesetzte Organisationen (vgl. Ziff. 5.2.3, zweites Ali-nea). Im übrigen orientiert sich die Zuordnung aber primär (= erste Spalte) jeweils am formellen Kriterium der Rechts- und Organisationsform. Danach werden die unterschiedlichen Aufgabentypen (zweite Spalte) mit den Steuerungskompetenzen des Bundes (dritte Spalte mit der weiteren Unterteilung) kombiniert. Es werden in der Tabelle nur Kombinationen dargestellt, für die sich in der Praxis auch Beispiele finden lassen.

Rechts- und Organisationsform Aufgabentyp Steuerung Zuordnung Beispiel Trägerschaft (finanziell/organisatorisch) Wahl der obersten Leitungsorgane

Anstalt Markt

extern Post Aktiengesellschaft mit Mehrheit Bund Markt

extern Swisscom RUAG Holding SBB öffentlich-rechtliche Körperschaft Markt

extern Schweiz Tou- rismus öffentlich-rechtliche Genossenschaft Markt

extern SGH

99 Osec Business Network Switzerland (Schweizerische Zentrale für Handelsförderung) Subventionen in der Höhe von jährlich ca. CHF 17 Mio. machen mehr als 2/3 des Budgets aus; es besteht ein Leistungsauftrag (vgl. Art. 3-5 Exportförderungsgesetz). 100 vgl. Art. 5 und 8 FG.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 86

Rechts- und Organisationsform Aufgabentyp Steuerung Zuordnung Beispiel Trägerschaft (finanziell/organisationsrechtlich) Wahl der obersten Leitungsorgane

Anstalt Markt paritätisch

extern SUVA101 Anstalt Markt paritätisch

extern PUBLICA102

Anstalt DL mit Mono- polcharakter Bund Bundesrat dezentral SIR103, IGE104, SERV105, ETH106 Anstalt Ministerial Bund Bundesrat dezentral EAV107 Anstalt Aufsicht Bund Bundesrat dezentral ENSI108 FINMA109 Anstalt Aufsicht Bund + Kantone Bundesrat dezentral Swissmedic110

Aktiengesellschaft Aufsicht Bund + Private GV dezentral Identitas AG111

101 Der vom Bundesrat gewählte Verwaltungsrat besteht aus 40 Mitgliedern: 16 Vertreter der bei der SUVA versicherten Arbeitnehmer, 16 Vertreter der Arbeitgeber, die bei der SUVA versicherte Arbeitnehmer beschäftigen sowie 8 Vertreter des Bundes (63 Abs. 2 und 3 UVG). 102 Paritätisch aus den Sozialpartnern zusammengesetzte Kassenkommission; der Bundesrat bestimmt deren Zusammensetzung und die Sitzverteilung (vgl. Art. 12-14 PUBLICA-Gesetz). 103 Einfluss des Bundes auf die obersten Leitungsorgane: Wahl des Institutsrates und des Direktors durch den Bundesrat. Das Institut untersteht der Aufsicht durch den Bundesrat. (Vgl. Art. 1, 5, 6, 8, 10, 14 SIR-G). 104 Einfluss des Bundes auf die obersten Leitungsorgane: Wahl der Mitglieder des Institutsrates, des Direktors und Bezeichnung der Revisionsstelle durch den Bundesrat. Der Direktor ist weisungsgebunden. Das Institut untersteht der Aufsicht des Bundesrates (vgl. Art. 3 Abs. 2, Art. 5 und 8 Abs. 1 sowie 9 Abs. 1 IGEG). 105 Schweizerische Exportrisikoversicherung. Einfluss des Bundes auf die obersten Leitungsorgane: Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle durch den Bundesrat. Der Bundesrat bestimmt zudem den Verwaltungsratspräsidenten. Steuerung über vom Bundesrat festgelegte strategische Ziele. (Art. 22-24 SERV-G). 106 Der ETH-Rat ist das strategische Führungsorgan des ETH-Bereichs. Er ist Aufsichtsorgan und verfügt über Entscheidungs- und Rechtsetzungsbefugnisse (vgl. Art. 4 Abs. 2, 25, 27 Abs. 2, 33a, 34c Abs. 2, 34d Abs. 3, 35, 35a, Abs. 1 und 2, 35b Abs. 2, 36 Abs. 4, 37a Abs. 5 und 39 Abs. 1 ETH-G). Der Bundesrat wählt die folgenden Mitglieder des ETH-Rates: Präsident, Vizepräsident, Direktor der Forschungsanstalt, ein vorgeschlagenes und 5 weitere Mitglieder. (Art. 24 Abs. 1 ETH-G). Die Eidgenössischen Räte haben am 3. Dez. 2007 beschlossen, dass gemäss ETH-G die

ETH nicht als dezentrale Verwaltungseinheit im Sinne von Art. 14 ParlG zu qualifizieren sei. Den Berichten der vorberatenden Büros lag ein Gutachten der Bundeskanzlei zugrunde, das vor allem darauf abstellte, dass die ETH eigene Rechtspersönlichkeit hätten. Die Frage der Auswirkungen der Beibehaltung der bisherigen Zuordnung der ETH zur dezentralen Bundesverwaltung im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht im Hinblick auf die Auslegung der Unvereinbarkeitsbestimmungen von Art. 14 ParlG müsste allenfalls anlässlich der Überprüfung der Unvereinbarkeiten in der kommenden Legislatur erneut beurteilt werden. Abzuklären wäre dabei gegebenenfalls auch, inwiefern eine Ausbildungsstelle überhaupt als Festanstellung zu qualifizieren ist. 107 Die Ministerialaufgaben der EAV beziehen sich auf deren Funktion als Steuerbehörde sowie auf deren Aufgabe zur Durchsetzung der alkoholrechtlichen Handels- und Werbebestimmungen (Präventionsaufgaben). Die EAV hat keinen Verwaltungsrat, nur eine Direktion (<http://www.efd.admin.ch/org/org/00582/00805/index.html?lang=de>); zur Organisation vgl. Art. 70 Abs. 2 und 71 Abs. 1 und 3 Alkoholgesetz. Demgegenüber orientiert sich Alcosuisse, eine wirtschaftlich weitgehend verselbstständigte Abteilung der EAV, am Markt: Sie ist für den Handel mit hochgradigem Alkohol bzw. Ethanol zuständig. Die Alcosuisse wird als FLAG-Einheit geführt. 108 Einfluss des Bundes auf die obersten Leitungsorgane: Wahl der Mitglieder des ENSI-Rates sowie dessen Präsidenten und Vizepräsidenten und der Revisionsstelle durch den Bundesrat. Der Direktor bzw. die Direktorin sowie die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung werden durch den ENSI-Rat gewählt. (Art. 1, 5, 6, 8). 109 Eidg. Finanzmarktaufsicht. Einfluss des Bundes auf das oberste Leitungsorgan: Wahl des Verwaltungsrats durch den Bundesrat; dieser genehmigt auch die Wahl des Direktors durch den Verwaltungsrat. (Art. 8, 9 Abs. 1 Bst. a-e, g-j, Abs. 2-5 Verordnung über die vorzeitige Inkraftsetzung von organisatorischen Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes). 110 Trägerschaft durch Bund und Kantone; Beteiligung der Kantone am Dotationskapital. Einfluss des Bundes auf das oberste Leitungsorgan: Der Bundesrat ernennt die Mitglieder des Institutrats (teilweise auf Antrag der Kantone), den Präsidenten, den Direktor und bezeichnet die Revisionsstelle (Art. 68-71 und 77 HMG; Art. 4 und 9 OV Swissmedic). 111 Die Identitas AG ist ein Unternehmen, das im Auftrag des Bundes schwergewichtig eine Tierverkehrsdatenbank und eine Fleischkontrolldatenbank betreibt. Dabei geht es um administrative Hilfstätigkeiten, weshalb für die Beteiligung des Bundes keine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Aktionäre sind der Bund (Mehrheitsaktionär) sowie 16 Organisationen und

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 87

Rechts- und Organisationsform Aufgabentyp Steuerung Zuordnung Beispiel Trägerschaft (finanziell/organisatorisch) Wahl der obersten Leitungsorgane

mit Mehrheit Bund öffentlich-rechtliche Stiftung Ministerial Bund Bundesrat dezentral Pro Helvetia 112

Firmen aus den Bereichen Viehwirtschaft, Veterinärmedizin, Fleischverwertung, Lebendviehhandel. Einfluss des Bundes auf die obersten Leitungsorgane im Rahmen der GV (vgl. www.identitas.ch). 112 Einfluss des Bundes auf das oberste Leitungsorgan: Wahl des Stiftungsrates und dessen Präsidenten durch den Bundesrat (Art. 5, 6, 8 Bundesgesetz betreffend die Stiftung "Pro Helvetia").

Bericht BK/Sektion Recht

6 Bewertung der beiden Modelle

E. 6

Bewertung der beiden Modelle 88

E. 6.1

Das Kriterium der Rechtspersönlichkeit Das Kriterium der Rechtspersönlichkeit führt zu einer einfachen Grenzziehung zwischen den Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung und den externen Trägern von Verwaltungsaufgaben. Der Anhang der RVOV bestünde neben der bestehenden Aufführung aller zur Zentralverwaltung zählenden Verwaltungseinheiten in einer möglichst vollständigen Auflistung aller Behördenkommissionen. Ferner wären noch die rechtlich unselbstständigen Anstalten aufzuführen. Wegfallen würden hingegen sämtliche Anstalten mit Rechtspersönlichkeit sowie alle öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Stiftungen. Dies hätte aber auch eine Änderung der RVOV zur Folge (Art. 6 Abs. 1 Bst. f, Abs. 3 und 4 sowie Art. 8 Abs. 3).

Für diese Lösung spricht ihre Einfachheit. Sie ist als abstraktes Abgrenzungskriterium eindeutig und klar.

Gegen sie spricht aber, dass sie eine organisationsrechtliche Eigenschaft, nämlich die Rechtspersönlichkeit, die für die effektive Autonomie einer öffentlich-rechtlichen Organisation von untergeordneter Bedeutung ist,¹¹³ zum massgebenden Kriterium erhebt. Da die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen für juristische Personen des öffentlichen Rechts zudem keine unmittelbare Gültigkeit haben, ergibt sich erst aus dem betreffenden Spezialgesetz, welche Rechte und Pflichten einer öffentlich-rechtlichen Organisation zukommen. Schliesslich sprechen gegen das einfache formelle Abgrenzungskriterium der Rechtspersönlichkeit auch praktische Überlegungen: Die faktisch wie ein Bundesamt geführte Eidg. Alkoholverwaltung oder die SERV wären bezüglich der Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung gleich zu behandeln wie die Energie-Agentur der Wirtschaft, das Eidg. Starkstrominspektorat, die RUAG Holding AG oder die Swisscom AG. Die offenkundige Verschiedenheit dieser Fälle bezüglich Verwaltungsnähe bzw. Autonomie fände keinen Niederschlag in der Zuordnung, was mit Art. 2 Abs. 3 RVOG kaum zu vereinbaren wäre.

E. 6.2

Bewertung der typologischen Kriterien Wie in Ziff. 5.2.4 dargestellt, lassen sich die heute bestehenden bundesnahen Organisationen zusätzlich zur gewählten Rechts- bzw. Organisationsform aufgrund der erwähnten typologischen Kriterien eindeutig der dezentralen Bundesverwaltung oder den ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Aufgabenträgern zuordnen. Dementsprechend müssten der Anhang der RVOV und die entsprechenden Organisationsverordnungen angepasst werden.

Für diese Lösung spricht, dass sie sich an der effektiven Autonomie orientiert, die den dezentralisierten Organisationen "nach Massgabe ihrer Organisationserlasse" (Art. 2 Abs. 3 RVOG) zukommt. Insofern ist sie als rechtlich korrekte Umsetzung dieser Gesetzesbestimmung zu betrachten. Durch deren Orientierung an der effektiven Autonomie bilden die typologischen Abgrenzungskriterien zudem die Praxis viel besser ab als das alleinige Kriterium der Rechtspersönlichkeit.

Gegen diese Lösung spricht, dass bei der Anwendung der typologischen Kriterien im Einzelfall unterschiedliche Auffassungen vertreten werden können.

7 Schlussfolgerungen Die Vorteile der Abgrenzung nach den typologischen Abgrenzungskriterien wiegen deutlich schwerer als ihre Nachteile. Hingegen wiegen die Nachteile des Abgrenzungskriteriums "Rechtspersönlichkeit" schwerer als der Vorteil der Einfachheit. Deshalb verdient die Abgrenzung nach den typologischen Kriterien den Vorzug.

Eine mögliche Anpassung der RVOV wäre nach erster Prüfung wie folgt denkbar: In der Verordnung könnten gestützt auf die typologischen Abgrenzungskriterien (Ziff. 5.2) direkt bestimmte Typen von Organisationen festgelegt werden, die zur "dezentralen Bundesverwaltung" nach Art. 6 Abs. 3 RVOV gehören. Im Anhang würden dann die einzelnen Organisationen, die diesen Typen entsprechen, aufgeführt. Die Typen, die nicht zur dezentralen Bundesverwaltung gehören, müssen weder in der RVOV noch im Anhang als solche bezeichnet werden.

Art. 6 RVOV könnte demgemäss etwa wie folgt angepasst werden (Abs. 1 und 1a):

113 Vgl. dazu Vogel, §5, Ziff. 2.1.2.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 89

1 Die zentrale Bundesverwaltung besteht aus den folgenden Verwaltungseinheiten: a. den Departementen und der Bundeskanzlei; b. den Generalsekretariaten; c. den Gruppen; d. den Ämtern sowie deren weiteren Untergliederungen.

1a Die dezentrale Bundesverwaltung besteht aus den folgenden Verwaltungseinheiten: a. den Behördenkommissionen (Art. 57a Abs. 2 RVOG)¹¹⁴; b. den durch Bundesrecht errichteten selbstständigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, sofern sie nicht Dienstleistungen am Markt erbringen oder sozialpartnerschaftlich getragen werden; c. den Aktiengesellschaften, an denen der Bund kapital- und stimmenmässig mehrheitlich beteiligt ist, sofern sie nicht Dienstleistungen am Markt erbringen.

Im Ergebnis würde mit einer derartigen Umschreibung der dezentralen Bundesverwaltung deutlich, dass alle Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, nicht zur dezentralen Bundesverwaltung gehören, dass aber alle andern Einheiten (ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform), die entweder "Dienstleistungen mit Monopolcharakter", "Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht" oder gar "Ministerialaufgaben" erfüllen, zur dezentralen Bundesverwaltung gehören, es sei denn, sie würden sozialpartnerschaftlich getragen. Das Abgrenzungskriterium "Steuerungsmöglichkeiten des Bundes" entspricht dabei jeweils dem Aufgabentypus der Einheiten: Wenn der Aufgabentypus "Dienstleistungen am Markt" zutrifft, dann bestehen weniger Steuerungsmöglichkeiten durch den Bund. Wenn es sich aber um die Aufgabentypen "Ministerialaufgaben", "Dienstleistungen mit Monopolcharakter", oder "Aufgaben der Wirtschafts- bzw. der Sicherheitsaufsicht" handelt, dann sind die Steuerungs- und Kontrollbefugnisse grösser, insbesondere unter Berücksichtigung der entsprechenden Rechtsetzung.

Der Anhang der RVOV ist im Bereich der dezentralen Verwaltung aufgrund des neuen Konzepts zur Abgrenzung der dezentralen Verwaltungseinheiten von den externen Trägern

von Verwaltungsaufgaben vollständig zu überarbeiten. Es wäre von Vorteil, wenn parallel dazu die Organisationsverordnungen des Bundesrates für die Departemente und die Bundeskanzlei auf ihre Übereinstimmung mit dem zu revidierenden Anhang der RVOV überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

* * *

114 Vgl. Ausführungen zu den Verwaltungskommissionen Ziff. 3.1.3 Bst. b.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2009.6 - Bericht zum Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV), Bericht vom 12. Dezember 2008 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2009 Année Anno Band - Volume Volume Seite 57-89 Page Pagina Ref. No 150 000 194 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

E. 7

AS 1979 114, 123.

E. 8

Furrer, Art. 42 mit weiteren Verweisen.

E. 9

Vgl. Biaggini, Rz. 9 am Ende.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 70

nistrativ zugeordnet sind.¹⁰ Im Übrigen haben sie aber durch ihre Organisationserlasse eine Stellung zugewiesen erhalten, die zudem von Einheit zu Einheit eine andere ist ¹¹.

Der Bundesrat legt in Art. 6 Abs. 3 RVOV fest, dass zur dezentralen Bundesverwaltung einerseits die Behördenkommissionen und andere administrativ zugewiesene Einheiten und andererseits die selbstständigen Anstalten und Betriebe zu zählen sind. Der Bestand der auf Verordnungsstufe der dezentralen Verwaltung zugewiesenen Organisationseinheiten ist also sehr heterogen wie auch deren nicht abschliessende Auflistung im Anhang der RVOV zeigt (Art. 6 Abs. 4 RVOV). Gemeinsam ist ihnen, dass sie zwar der Bundeskanzlei oder einem Departement administrativ zugeordnet sind, aber in der Erfüllung ihrer Aufgaben über eine grössere Autonomie verfügen als die Einheiten der zentralen Bundesverwaltung:

- Die dezentralen Einheiten erfüllen ihre Aufgaben weisungsungebunden (Art. 8 Abs. 2 RVOV). Für die Behördenkommissionen ist ausserdem festzuhalten, dass sie mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind; die Delegation der Entscheidungsbefugnisse bedarf einer gesetzlichen Grundlage (vgl. den neuen Art. 57a Abs. 2 RVOG)¹². - Die Aufsicht über die dezentralen Einheiten ist eingeschränkt; sie wird in Gegenstand, Umfang und Grundsätzen durch die Spezialgesetzgebung geregelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie (Art. 8 Abs. 4 RVOG und 24 Abs. 3 RVOV). Die Weisungsungebun-

denheit in der Aufgabenerfüllung setzt der Aufsicht durch die zuständige Behörde Grenzen. Eine inhaltliche Kontrolle ist sachlich ausgeschlossen, hingegen unterliegt der Geschäftsgang der Aufsicht, "worunter auch eine Erfolgs- und Effizienzkontrolle zu verstehen ist. Das schliesst nicht nur eine quantitative, sondern auch eine qualitative Überprüfung der Aufgabenerfüllung mit ein".¹³

Im Anhang zur RVOV sind namentlich folgende Einheiten der dezentralen Verwaltung aufgeführt:

- Präsenz Schweiz¹⁴ - Eidg. Bankenkommission - Wettbewerbskommission - Eidg. Kommunikationskommission (ComCom)¹⁵ - Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB) - Bundesanwaltschaft - Institut für Geistiges Eigentum (IGE) - Schweiz. Institut für Rechtsvergleichung (SIR) - Eidg. Technische Hochschulen und ihre Forschungsanstalten (ETH) - Swissmedic - Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) - Eidg. Alkoholverwaltung (EAV) - Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) - Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs¹⁶

E. 10

Von der in diesem Bericht verwendeten Terminologie klar zu unterscheiden ist der von Tschannen/Zimmerli (§ 5, Rz. 11 und 15) verwendete Begriff der "Dezentralisation". Darunter wird die Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben auf Verwaltungsträger ausserhalb der Zentralverwaltung verstanden. Ob diese Träger eigens geschaffen werden oder ob der Staat auf bereits bestehende Organisationen zurückgreift, spielt für den Begriff der Dezentralisation keine Rolle. Unerheblich ist auch, ob die Träger öffentlichrechtlicher oder zivilrechtlicher Natur sind. Gemäss dem Verständnis von Tschannen/Zimmerli wird die Gesamtheit der Verwaltungsträger ausserhalb der Zentralverwaltung als dezentrale Verwaltung oder mittelbare Staatsverwaltung bezeichnet.

E. 11

Botschaft vom 20. Oktober 1993 zum RVOG; BBl 1993 III 997, 1060.

E. 12

BBl 2008 2303. Die Revision des RVOG betreffend Ausserparlamentarische Kommissionen tritt voraussichtlich am 1. Januar 2009 in Kraft.

E. 13

Sägesser, RVOG, zu Art. 8, Rz. 49f.

E. 14

Präsenz Schweiz ist dem EDA als Einheit der dezentralen Bundesverwaltung zugeordnet und figuriert entsprechend im Anhang zur RVOV. Der Bundesrat hat indessen mit Beschluss vom 28. März 2007 die Aufhebung der Kommission Präsenz Schweiz und die Integration der Geschäftsstelle ins EDA beschlossen. Die entsprechende Änderung des RVOG wurde vom Parlament verabschiedet (BBl 2008 2303). Die Referendumsfrist ist am 10. Juli 2008 unbenutzt abgelaufen. Die Inkraftsetzung ist auf den 1. Januar 2009 vorgesehen.

E. 15

Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) ist die unabhängige Konzessions- und Regulatorbehörde im Fernmeldebereich und wurde durch FMG ins

Leben gerufen. Die Kommission besteht aus sieben vom Bundesrat ernannten Mitgliedern. Die Kommission unterliegt in ihren Entscheidungen keinen Weisungen von Bundesrat und Departement. Sie ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig und verfügt über ein eigenes Sekretariat.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 71

- Büro für Flugunfalluntersuchung und Büro für Eisenbahnunfalluntersuchungen¹⁷

Nicht im Anhang zur RVOV aufgeführt, jedoch aufgrund organisationsrechtlicher Bestimmungen als dezentrale Verwaltungseinheiten einem Departement zugeordnet sind etwa folgende Einheiten:

- Postregulationsbehörde (PostReg)¹⁸ - Eidgenössisches Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB)¹⁹ - Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV)²⁰ - Eidg. Elektrizitätskommission (ElCom)²¹

E. 16

Der Dienst für Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ist nach der OV-EJPD dem Generalsekretariat des EJPD zugeordnet (Art. 4 Abs. 3 OV-EJPD). Im Anhang RVOV wird der Dienst als dezentrale Verwaltungseinheit aufgeführt.

E. 17

Heute: Unfalluntersuchungsstelle Bahnen und Schiffe.

E. 18

Administrativ dem GS UVEK zugeordnet, Art. 40 VPG; Art. 13a OV-UVEK.

E. 19

Art. 15a der OV-EVD.

E. 20

Art. 15b der OV-EVD.

E. 21

Die ElCom ist die unabhängige staatliche Regulierungsbehörde im Elektrizitätsbereich. Sie überwacht die Einhaltung des Stromversorgungs- und Energiegesetzes, trifft die dazu nötigen Entscheidungen und erlässt Verfügungen.

E. 22

Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen, ETHZ, ETHL, PSI, WSL, EMPA, EAWAG, Swissmedic, SIR, EIGE, RAB, EAV, PUBLICA.

E. 23

Neuer Art. 57b RVOG (BBl 2008 2303). Die Bestimmung tritt voraussichtlich auf den 1. Januar 2009 in Kraft. Vgl. auch Botschaft vom 12. September 2007 über die Neuordnung der ausserparlamentarischen Kommissionen, BBl 2007 6641, 6652

E. 24

Art. 19 Abs. 1 KG.

E. 25

Art. 56 Abs. 2 FMG.

E. 26

Art. 8 Abs. 3, 21-23 StromVG.

E. 27

Vgl. Fn. 12.

E. 28

Tschannen/Zimmerli, § 4, Rz 3: Diese liegt vor, wenn der Verwaltungsträger Rechte und Freiheiten des Individuums beschränkt. Mittels Eingriffsverwaltung werden dem Bürger Verpflichtungen und Belastungen auferlegt; sie tritt befehlend auf und bedient sich in der Regel hoheitlicher Handlungsformen.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 72

fügungen nach Art. 5 VwVG erlassen; es stehen ihnen aber auch informelle Handlungsformen (z.B. Beratungstätigkeiten) offen.

Zur Schaffung einer Behördenkommission bedarf es einer formellen gesetzlichen Grundlage.²⁹ Die Kompetenz zur Schaffung und damit auch zur Änderung und Auflösung von Behördenkommissionen liegen somit beim Gesetzgeber. Er siedelt die Behördenkommissionen nicht direkt beim Bundesrat oder ausserhalb der departementalen Strukturen an, sondern weist sie in der Regel einer Verwaltungseinheit (z.B. Generalsekretariat oder Bundesamt) administrativ zu. Zu Recht sind sie daher Teil der dezentralen Bundesverwaltung³⁰ (Art. 6 Abs. 1 Bst. e und Abs. 3 RVOV), weshalb dieser Frage der Zuordnung im Folgenden nicht weiter nachgegangen werden muss.

b) Die Verwaltungskommissionen Die Verwaltungskommissionen beraten den Bundesrat und die Bundesverwaltung ständig bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben; es steht ihnen im Gegensatz zu den Behördenkommissionen keine direkte Entscheidungskompetenz zu (neuer Art. 57a Abs. 1 RVOG)³¹. Im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten für eine neue Entschädigungsregelung für die ausserparlamentarischen Kommissionen hat sich indessen gezeigt, dass trotz dieser formalen Unterschiede die Grenzen bei Behörden- und Verwaltungskommissionen bezüglich Kompetenzspielräume sowie der ökonomischen und gesellschaftlichen Wirkungsbereiche oft fliessend sind. Behördenkommissionen mit einer eng begrenzten Entscheidungskompetenz können Verwaltungskommissionen gegenüberstehen, die in gesellschaftlich brisanten Bereichen (z.B. Ethik³², Genetik³³ und Strahlenschutz³⁴) aufgrund von hochwertigem Spezialistenwissen einen sehr grossen Einfluss auf die Entscheidungsfindung besitzen. Die zu erarbeitende Entschädigungsregelung wird diesen Umständen Rechnung zu tragen haben. Über die definitive Zuordnung der Verwaltungskommissionen entweder zur dezentralen Bundesverwaltung oder zur zentralen Bundesverwaltung kann erst im Lichte der Ausführungsbestimmungen zum neuen Art. 57g RVOG³⁵ über die Entschädigungsregelung bei den ausserparlamentarischen Kommissionen entschieden werden.

E. 29

Statt vieler: Sägesser, RVOG, Art. 157, Rz. 26, 30.

E. 30

Vgl. dazu auch den Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233, 8268.

E. 31

Vgl. Fn. 12.

E. 32

Art. 23 GTG.

E. 33

Art. 35 GUMG; SR 810.12; Art. 30 ff. GUMV; SR 810.122.1.

E. 34

Art. 9 StSV.

E. 35

Vgl. Fn. 12.

E. 36

Die UBI ist gerichtsähnlich ausgestaltet und übt auch entsprechende Funktionen aus (Art. 86 Abs. 1 BGG).

E. 37

Sägesser, RVOG, zu Art. 2, Rz. 72f.

E. 38

ArG.

E. 39

UVG.

E. 40

Sägesser, RVOG, zu Art. 2, Rz. 117f.

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 73

Eine "Anstalt" wird in der Lehre als eine durch Gesetz geschaffene Organisation mit einem klar umrissenen Aufgabenbereich bezeichnet, in welchem sie über eine grosse Autonomie verfügt.⁴¹ Anstalten sind Organisationseinheiten des öffentlichen Rechts, die durch den Gesetzgeber errichtet und von der zentralen Bundesverwaltung organisatorisch abgesetzt werden.⁴² Anstalten haben – im Gegensatz zu den Behördenkommissionen (Ziff. 2.1.4) – in der Regel eigene finanzielle und personelle Ressourcen. Wie weit ihre Autonomie geht, hängt von der konkreten gesetzlichen Grundlage ab. Nicht begriffswesentlich ist dagegen, ob eine Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit hat.⁴³ In der Praxis, insbesondere in der Beziehung zu Kunden der Anstalt, ist dieser Faktor von untergeordneter Bedeutung, zumal der Bund subsidiär auch für die Verpflichtungen rechtlich selbstständiger Verwaltungsträger haftet.⁴⁴

Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit können in eigenem Namen auftreten und über eigenes Vermögen verfügen. Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit treten im Namen des Trägergemeinwesens auf und verfügen über Vermögenswerte des Trägergemeinwesens⁴⁵.

Im allgemeinen Sprachgebrauch werden die Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit als "selbstständige Anstalten" bezeichnet. Davon ist der Sprachgebrauch in der Gesetzgebung klar zu unterscheiden: Hier charakterisiert er nicht die rechtliche Selbstständigkeit im Sinne eigener Rechtspersönlichkeit, sondern die organisatorische Autonomie.⁴⁶

Die Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist organisationsrechtlich eine von der zentralen Bundesverwaltung getrennte Organisation des Bundes. Sie lässt sich aber abstrakt nicht nach dem Gegenstand ihrer Tätigkeit definieren. Als organisationsrechtlicher Typus ist sie zur Wahrnehmung und Erfüllung aller Arten von staatlichen Aufgaben geeignet. Die Rechtspersönlichkeit der Anstalt dient der rechtlichen Verselbstständigung eines Verwaltungsteils.⁴⁷ Trotz dieser Verselbstständigung ist die Anstalt aber Teil eines (höheren) Ganzen und kann im staatlichen Organisationsgefüge nicht die Stellung einer isolierten Einheit einnehmen. Sie trägt sich im Gegensatz zu einer juristischen Person des Privatrechts nicht selbst, sondern verfügt über eine externe Trägerschaft.⁴⁸ Ohne direkt der hierarchisch gegliederten Zentralverwaltung anzugehören, hängt die Anstalt rechtlich und finanziell doch vom Mutterwesen, d.h. hier vom Bund ab.⁴⁹ Mit Vogel⁵⁰ ist somit festzuhalten, "dass sich die Anstalt von ihrem Wesen her für die Einräumung von Autonomie besonders eignet, der Abnabelung aber gleichzeitig systemnotwendige Grenzen setzt. Trotz Rechts- und Handlungsfähigkeit bleiben wesentliche Entscheidungsbefugnisse der Anstalt bzw. ihren Organen entzogen. Die Zwecksetzung ist eine externe und erweist sich als relativ starr. (...) Letztlich ist diese zwingende Anbindung an den Anstalts-träger gerade Ausdruck des Grundsatzes der Einheit der Verwaltung. Der konkrete Einfluss des Mutterwesens kann jedoch im Einzelfall sehr unterschiedlich sein."

Die Anstalt als historisch gewachsenes Rechtsgebilde steht ausserhalb der Regelungen des Privatrechts; sie wird ausschliesslich vom öffentlichen Recht erfasst. So sind die öffentlich-rechtlichen Körperschaften⁵¹ und Anstalten des Bundes und der Kantone ausdrücklich im Zivilgesetzbuch vorbehalten (Art. 59 Abs. 1 und 3 ZGB).

E. 41

Vogel, §12, Ziff. 2.1., S. 281.

E. 42

Vgl. für diese Charakterisierung Tschannen/Zimmerli, § 7.

E. 43

Nach Art. 8 Abs. 3 RVOV verfügen die selbstständigen Anstalten und Betriebe "in der Regel" über eigene Rechtspersönlichkeit. Diese Bestimmung ist offensichtlich rein deklaratorischer Natur. In jüngerer Zeit werden die öffentlichrechtlichen Anstalten passend zu ihrer Autonomie immer mehr mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet (Tschannen/Zimmerli, § 7, Rz. 6,7, 9).

E. 44

Vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst a VG.

E. 45

Häfelin/Müller, Rz. 1320, 1323.

E. 46

So z.B. auch in Art. 2 POG; Art. 1. Abs. 1 Bundesgesetz über das SIR.

E. 47

Vogel, §12, Ziff. 2.2.

E. 48

Vogel, § 12, Ziff. 2.3. mit Literaturhinweisen.

E. 49

Vgl. BGE 105 Ib 348, 357.

E. 50

Vogel, §12, Ziff. 2.2. S. 283. 51 Die Rechtsform der Körperschaft ist eine juristische Person, deren „Körper“ aus einzelnen natürlichen oder juristischen Personen besteht. Die öffentlich-rechtliche Körperschaft wird definiert als eine durch staatlichen Erlass oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geschaffene, mitgliedschaftlich aufgebaute Organisationseinheit mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche mit einer öffentlichen Aufgabe betraut ist, bei deren Erfüllung die Mitglieder mitwirken. Die Struktur der Körperschaft ist im Gegensatz zur Anstalt demokratisch-genossenschaftlich geprägt. In diesem Sinne kann von einem Selbstverwaltungskörper gesprochen werden. Darunter fallen die altrechtlichen Korporationsgemeinden oder Alpgemeinden (vgl. Vogel, § 13, Ziff. 1.2., S. 307).

Bericht BK/Sektion Recht

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 10. Juni 2009 74

Die Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit verfügt in der Regel über eigene Organe und bildet einen eigenen Rechnungskreis (vgl. Art. 8 Abs. 3 RVOV). Die Anstalt erscheint nicht nur als Einrichtung des öffentlichen Rechts, sondern als ein rechtlich verselbstständigtes Zweckvermögen⁵², entsprechend der privatrechtlichen Stiftung als analoge Form des schweizerischen Privatrechts.⁵³ Dies gilt allerdings nicht unbedingt und ausschliesslich. So sind gewisse Anstalten wie die Eidg. Technischen Hochschulen Zürich und Lausanne sowie die Eidg. Forschungsanstalten ohne persönliches Substrat (als Gegensatz zum reinen Vermögenssubstrat) überhaupt nicht denkbar.⁵⁴

Die Anstalten werden in den sie konstituierenden Gesetzen manchmal auch als "Institute" und dergleichen bezeichnet. Dies trifft z.B. zu für das Institut für Geistiges Eigentum oder das Schweizerische Heilmittelinstitut "Swissmedic". Aus den massgebenden Rechtsgrundlagen⁵⁵ geht jedoch jeweils klar hervor, dass diese "Institute" rechtlich Anstalten sind und eigene Rechtspersönlichkeit haben.⁵⁶ Mit anderen Worten: Mit dem Ausdruck "Institut" wird nicht die Rechtsform umschrieben, sondern der Ausdruck ist Bestandteil des Namens der betreffenden Einheit.

b) Gehören die Anstalten und Betriebe zur dezentralen Bundesverwaltung? Richtet man den Blick auf Art. 2 Abs. 3 RVOG, wonach dezentralisierte Verwaltungseinheiten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse zur Bundesverwaltung gehören, so stellt sich die Frage, ob die Zuordnung der Anstalten und Betriebe zur dezentralen Bundesverwaltung (Art. 6 Abs. 3 RVOV) gesetzeskonform sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt in erster Linie davon ab, was der Gesetzgeber mit der Wendung "nach Massgabe ihrer Organisationserlasse" gemeint hat. Versteht man diese Wendung so, der Gesetzgeber müsse

positiv anordnen, dass eine Anstalt oder ein Betrieb (oder sonst eine Verwaltungseinheit) der dezentralen Bundesverwaltung angehöre, so müsste man feststellen, dass der Gesetzgeber in keinem einzigen dem RVOG vorangegangenen formellen Organisationserlass für seine Anstalten eine derartige Zuordnung vorgesehen hat. Dass der Gesetzgeber die fragliche Wendung beim Erlass des RVOG so gemeint haben könnte, ist deshalb höchst unwahrscheinlich. Auch in der Botschaft zum RVOG finden sich keine Hinweise in diese Richtung. Man kann die Wendung "nach Massgabe ihre Organisationserlasse" aber auch anders verstehen, nämlich im Sinne einer negativen Abgrenzung. Sie wäre dann etwa wie folgt zu lesen: "Dezentralisierte Verwaltungseinheiten gehören zur Bundesverwaltung, soweit aus ihren Organisationserlassen nichts anderes hervorgeht." Diese Interpretation erscheint wesentlich plausibler, gerade auch, wenn man noch den nachfolgenden Absatz 4 in Betracht zieht: Danach kann der Bund Organisationen und Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, mit Verwaltungsaufgaben betrauen. Im ersten Fall geht es um Aufgabenübertragungen an Einheiten, die der Bundesverwaltung angehören (und dazu gehören ganz wesentlich die Anstalten, die der Bund kreiert und trägt), im zweiten Fall geht es um Aufgabenübertragungen an externe Verwaltungsträger (die der Bund weder kreiert noch trägt).

Zwischen diesen beiden, gewissermassen idealtypischen Fallgruppen gibt es allerdings Zwischenformen, deren Zuordnung zur Bundesverwaltung deshalb Schwierigkeiten macht, weil der Bund manchmal einem externen Verwaltungsträger nicht nur eine Aufgabe überträgt, sondern sich zugleich an seinem Gesellschaftskapital beteiligt. Diese Problematik wird nachfolgend unter Ziff. 2.2 beleuchtet. An dieser Stelle kann im Sinne eines Zwischenergebnisses jedenfalls festgehalten werden, dass die in Art. 6 Abs. 3 RVOV vorgesehene Zuordnung der Anstalten und Betriebe zur dezentralen Bundesverwaltung, solange der jeweilige Grunderlass nichts anderes vorsieht, Art. 2 Abs. 3 RVOG nicht widerspricht.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.