
Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
von G. Biaggini, C. Kaufmann, T. Gächter, A. Griffel, T. Jaag, H. Keller, A. Kley, G. Müller,
H. Rausch, M. Reich, D. Thürer, F. Uhlmann und B. Weber-Dürler

Urs Achermann

Privatisierung im öffentlichen Verkehr

Voraussetzungen der Privatisierung und Steuerung
des privatisierten Vollzugs am Beispiel des
öffentlichen Verkehrs

Schulthess § 2008

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XXIII
Abkürzungs- und Rechtsquellenverzeichnis	XXXVII
Materialienverzeichnis	XLIX
Abbildungsverzeichnis	LIII
1. Teil: Grundlagen	1
§ 1 Gegenstand, Abgrenzungen und Aufbau der Arbeit	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Abgrenzungen	2
A. Öffentlich-rechtliche Sichtweise	2
B. Personenverkehr auf Strasse und Schiene	2
III. Aufbau der Arbeit	3
§ 2 Privatisierung im Allgemeinen	4
I. Begriffsbestimmungen	4
A. Privatisierung und andere Entstaatlichungserscheinungen	4
1. Privatisierung	4
2. Liberalisierung	6
3. Deregulierung	7
4. Auslagerung – parastaatliche Organisationen	8
5. Dezentralisierung	9
6. New Public Management (NPM)	10
7. Public Private Partnership (PPP)	11
8. Übersicht	12
a) Ordnungspolitische Zurückbindung des Staates: Liberalisierung – Deregulierung – Privatisierung	12
b) Organisation der Aufgabenerfüllung: Auslagerung – Dezentralisierung – Privatisierung	13
B. Öffentlicher Verkehr	13
II. Arten der Privatisierung	14
A. Vermögensprivatisierung	15
1. Begriff	15
2. Beispiele	16

B.	Organisationsprivatisierung	16
1.	Begriff	16
2.	Beispiele	18
C.	Aufgabenprivatisierung	19
1.	Begriff	19
a)	Aufgabenprivatisierung im engeren Sinn	20
b)	Funktionale Privatisierung	20
2.	Beispiele	22
D.	Finanzierungsprivatisierung	23
1.	Begriff	23
2.	Beispiele	24
E.	Würdigung	24
III.	Grade der Privatisierung	25
A.	Formelle Privatisierung	25
B.	Teilprivatisierung	26
C.	Vollprivatisierung	27
D.	Aufgabenverzicht	28
IV.	Verhältnis der Privatisierungsarten und -grade	29
V.	Motive für Privatisierungen	30
A.	Betriebswirtschaftliche Motive	30
B.	Finanzpolitische Motive	32
C.	Ordnungspolitische Motive	34
D.	Staatspolitische Motive	35
VI.	Privatisierungsakte	37
A.	Allgemeines	37
B.	Privatisierung durch Rechtssatz	38
C.	Privatisierung durch Verfügung	39
D.	Privatisierung durch Vertrag	40
E.	Insbesondere: Privatisierung mittels Konzessionierung im öffentlichen Verkehr	41
1.	Allgemeines zur Konzession	41
2.	Personenbeförderungskonzession	42

VII. Staatsaufgaben	43
A. Staatsaufgaben als Gegenstand der Privatisierung	43
B. Begriff der Staatsaufgabe	44
1. Staatszweck	44
2. Öffentliche Interessen und Staatsziele	45
3. Öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben	46
a) Öffentliche Aufgaben	46
b) Staatsaufgaben	47
4. Kompetenzen	49
5. Übersicht	50
C. Arten von Staatsaufgaben	51
D. Erfüllung von Staatsaufgaben durch Private	52
E. Zwecke, Ziele und Aufgaben in der Schweiz	54
F. Öffentlicher Verkehr als Staatsaufgabe	55
§ 3 Rechtsgrundlagen des öffentlichen Verkehrs	58
I. Entwicklung des Verkehrsrechts	58
A. Fehlen eines integralen Verkehrsrechts	58
B. Sektorales Verkehrsrecht	60
II. Kompetenzordnung	63
A. Umfassende Bundeskompetenz	63
B. Kompetenzdelegation an die Kantone	65
C. Konzessionierung	66
2. Teil: Voraussetzungen der Privatisierung	69
§ 4 Verfassungsrechtliche Voraussetzungen	70
I. Verfassungsgrundlage	70
II. Gewaltenteilung	72
A. Begriff	72
B. Selbständigkeit der Gewalten	73
C. Organisatorische Gewaltenteilung	73
D. Gewaltenhemmung	74
E. Personelle Vermischung („Personelle Gewaltenteilung“)	75

III.	Grundrechte	76
	A. Grundrechtsverständnis	77
	B. Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot	78
	C. Gleichbehandlung der Konkurrenten und Wettbewerbsneutralität	80
	1. Teilgehalte der Wirtschaftsfreiheit	80
	2. Erscheinungsformen	82
	a) Schaffung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	82
	b) Auswahl der interessierten Aufgabenträger	83
	c) Modalitäten der Aufgabenerfüllung	86
IV.	Demokratie	87
	A. Ausgangspunkt	87
	1. Begriff	87
	2. Demokratie bei Privatisierungen	87
	B. Verfassungsreferendum	88
	1. Funktion des Verfassungsreferendums	88
	2. Verfassungsreferendum bei Privatisierungen im öffentlichen Verkehr	89
	C. Gesetzesreferendum	90
	D. Finanzreferendum	91
	1. Funktion des Finanzreferendums	91
	2. Finanzreferendum beim Privatisierungsakt	92
	a) Vermögensprivatisierung	92
	b) Organisationsprivatisierung	93
	c) Aufgabenprivatisierung	95
	d) Zusätzliche Finanzmittel	96
	3. Finanzreferendum als Privatisierungsschranke	97
V.	Föderalismus	98
	A. Begriff	98
	B. Privatisierungszuständigkeit	99
	C. Föderative Staatsstruktur	101
VI.	Sozialstaatsprinzip	102
	A. Begriff und Erscheinungsformen	102
	B. Öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche bei Privatisierungen	104

§ 5	Verwaltungsrechtliche Voraussetzungen	106
I.	Legalitätsprinzip	106
A.	Inhalt und Geltungsbereich des Legalitätsprinzips	106
1.	Inhalt des Legalitätsprinzips	106
2.	Geltungsbereich des Legalitätsprinzips	108
B.	Rechtssatz	109
C.	Normstufe und Normdichte des Gesetzes	110
1.	Art der Aufgabe, Art und Bedeutung des Aufgabenträgers	110
2.	Rechtsstaatlichkeit	112
3.	Demokratie	112
4.	Wichtigkeit	113
a)	Intensität der Betroffenheit	114
b)	Zahl der Betroffenen	115
c)	Bedeutung für das politische System	116
d)	Finanzielle Tragweite	117
e)	Akzeptierbarkeit	117
5.	Bedürfnis nach Flexibilität, Fachkenntnis	118
6.	Wirtschaftsverfassung	118
7.	Subventionsersatz	119
D.	Übertragung der Privatisierungskompetenz	119
E.	Inhaltliche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage	120
1.	Vollzugsbestimmungen	121
2.	Betriebsbestimmungen	122
F.	Zulässigkeit von Einzelfallgesetzen	123
II.	Öffentliches Interesse	123
A.	Begriff	123
B.	Zielkonflikte bei Privatisierungen	125
C.	Öffentliches Interesse an der Privatisierung: Strukturfrage	126

D.	Öffentliches Interesse an der Beibehaltung einer Staatsaufgabe:	
	Substanzfrage	127
	1. Allgemeines	127
	2. Mögliche Interessen	128
	a) Sozialpolitische Interessen	128
	b) Umweltpolitische Interessen	129
	c) Raumordnungspolitische Interessen	130
	3. Privatisierungsschranke	131
III.	Verhältnismässigkeit	131
	A. Begriff	132
	B. Eignung	133
	C. Erforderlichkeit	134
	D. Angemessenheit der Relation von Zweck und Wirkung (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn)	135
	E. Insbesondere: Kosteneinsparung durch Privatisierung	137
	F. Privatisierungsschranke	139
IV.	Treu und Glauben	139
	A. Rechtsgrundlage und Ausprägung	139
	B. Verbot des Rechtsmissbrauchs	140
	C. Verbot widersprüchlichen Verhaltens	141
	D. Vertrauensschutzprinzip	141
	1. Vorbemerkung: Verhältnis von Vertrauensschutz und Eigentumsgarantie	142
	2. Arbeitsverhältnisse	143
	3. Pensionskasse	145
	a) Deckungslücken	145
	b) Leistungsabbau	146
	4. Gläubigerschutz/Gesellschafterschutz	149
	5. Konzession/Beleihung	150
	6. Rechtsschutz?	152
	E. Privatisierungsschranke	152

§ 6	Verkehrsrechtliche Voraussetzungen	154
I.	Absoluter Kernbestand staatsbedürftiger Aufgaben	154
II.	Relativer Kernbestand staatsbedürftiger Aufgaben	155
A.	Begriff	155
B.	Sachbereichsspezifische Privatisierungsschranken im öffentlichen Verkehr	156
1.	aBV 1874	157
2.	BV 1999	158
3.	Gesetzgebung	160
§ 7	Betriebswirtschaftliche Voraussetzungen	161
I.	Funktionsfähigkeit des Aufgabenträgers	161
II.	Kontinuität der Aufgabenerfüllung	162
3. Teil: Steuerung des privatisierten Vollzugs		165
§ 8	Grundrechte	166
I.	Adressaten	166
A.	Erfüllung staatlicher Aufgaben	166
1.	Staatsaufgaben	166
2.	Erscheinungsformen	167
3.	Intensität der Grundrechtsbindung	168
4.	Öffentlicher Verkehr	171
B.	Erfüllung nicht-staatlicher Aufgaben	171
1.	Nicht-staatliche Aufgaben	171
2.	Erscheinungsformen	172
II.	Angesprochene Rechte	173
A.	Rechtsgleichheit und Willkürverbot	174
B.	Neutralitätspflicht	176
1.	Begriff	176
2.	Positive Neutralität	176
3.	Negative Neutralität	177
a)	Öffentliche Unternehmen	177
b)	Parastaatliche Unternehmen	178
C.	Treu und Glauben	180

D.	Freiheitsrechte	181
1.	Ideelle Freiheitsrechte	181
2.	Gleichbehandlung der Konkurrenten	182
3.	Eigentumsgarantie	185
§ 9	Politische Rechte	186
I.	Gesetzliche Grundlage	186
II.	Finanzreferendum	188
A.	Zukünftige Ausgaben	188
1.	Ausgaben des Staates im Zusammenhang mit der ausgelagerten Aufgabenerfüllung	188
2.	Ausgaben des privatisierten Aufgabenträgers	188
B.	Ausdehnung der Geltung des Finanzreferendums	189
1.	Staatsqualität des Privaten	189
2.	Gesetzliche Unterstellung unter das Finanzreferendum	190
3.	Durchgriff	192
§ 10	Legalitätsprinzip	194
I.	Vorrang des Rechts	194
II.	Vorbehalt des Rechts	194
A.	Echte private Aufgabenträger	195
B.	Staatliche Aufgabenträger	195
§ 11	Gemeinwohl-Interessen	198
I.	Gewährleistungspflicht	198
A.	Inhalt	198
B.	Regelungsbedarf	199

II.	Verhaltenssteuerung	201
A.	Regulierung	201
1.	Begriff	201
2.	Form	202
3.	Regulierungsinstrumente	203
a)	Marktzutrittsschranken	203
b)	Standards bezüglich Qualität und Sozialleistungen	204
c)	Preisgestaltung	205
d)	Leistungspflichten	206
e)	Verhältnis der Instrumente	207
B.	Schaffung von Anreizen	207
1.	Generelle Anreize	207
2.	Individuelle Anreize	208
a)	Subventionen	208
b)	Lenkungsabgaben	209
C.	Information	209
III.	Aufsicht	210
§ 12	Aufsicht und Kontrolle	212
I.	Begriffliches	212
II.	Aufsicht und Kontrolle über privatisierte Aufgabenträger	213
A.	Allgemeines	213
B.	Aufsicht der Regierung über die Verwaltung	214
1.	Allgemeines	214
2.	Verfassungsunmittelbare Aufsicht	216
3.	Statuierte Aufsicht	217
a)	Gesetzliche Grundlage	217
b)	Dimension	218
aa)	Grundzüge	218
bb)	Dimension bei Organisationsprivatisierungen im öffentlichen Verkehr	221
cc)	Dimension bei Aufgabenprivatisierungen im öffentlichen Verkehr	223
c)	Aufsichtsmittel	224
aa)	Organisationsprivatisierung	224
bb)	Aufgabenprivatisierung	226

C.	Oberaufsicht des Parlaments über die Exekutive	227
1.	Allgemeines	227
2.	Oberaufsicht über privatisierte Institutionen	229
D.	Finanzaufsicht	231
1.	Allgemeines	231
2.	Finanzaufsicht über privatisierte Institutionen	232
E.	Technische Aufsicht	233
III.	Sanktionen	234
A.	Begriff und Voraussetzungen	234
B.	Sanktionsmittel	235
1.	Allgemeines	235
2.	Verwaltungsstrafen (Ordnungsbussen)	237
3.	Administrative Rechtsnachteile	238
4.	Unmittelbarer Zwang	240
5.	Ersatzvornahme	240
6.	Erfüllungsklage	242
4. Teil: Rechtsschutz und Haftung		245
§ 13	Rechtsschutz	246
I.	Einleitung	246
II.	Rechtsschutz gegen den Privatisierungsakt	247
A.	Anfechtung des Rechtssatzes	248
1.	Abstrakte Normenkontrolle	248
a)	Privatisierungserlasse des Bundes	248
b)	Privatisierungserlasse der Kantone und Gemeinden	248
2.	Akzessorische Normenkontrolle	250
B.	Anfechtung des Rechtsanwendungsaktes	250
1.	Verfügungen	251
2.	Verträge	254
3.	Ausgabenbeschlüsse des Gemeinwesens	255
a)	Ausgabenbeschlüsse des Bundes	255
b)	Ausgabenbeschlüsse der Kantone und Gemeinden	255
aa)	Kantonale/kommunale Rechtsmittel	256
bb)	Bundesrechtliche Rechtsmittel	256
4.	Rechtsschutz gegen Anwendungsakte bei Privatisierungen im öffentlichen Verkehr	257
a)	Konzessionierung	257
b)	Bestellverfahren und Abgeltung	258

III.	Rechtsschutz bei privatisierter Aufgabenerfüllung	260
A.	Rechtsschutz bei Streitigkeiten aus dem Benutzungsverhältnis	260
1.	Zivilrechtlicher Rechtsschutz	260
2.	Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz	261
a)	Vorbemerkung: Öffentlich-rechtliche Anfechtungsmöglichkeit parastaatlicher Akte	261
b)	Rechtsschutz im Allgemeinen	264
c)	Insbesondere: Grundrechtsverletzungen	267
aa)	Vorgehen gegen Realakt	267
bb)	Persönlichkeitsschutz	269
d)	Ausgabenbeschlüsse Privater	270
3.	Aufsichtsbeschwerde	271
4.	Rechtsschutz gegen parastaatliche Akte im öffentlichen Verkehr	272
B.	Rechtsschutz bei Streitigkeiten aus dem Leistungsverhältnis	273
1.	Hoheitlich begründete Verpflichtungen	273
2.	Vertraglich begründete Verpflichtungen	274
§ 14	Haftungsrecht	275
I.	Haftung des Staates im Allgemeinen	275
II.	Haftung für den Privatisierungsakt	277
A.	Allgemeines	277
B.	Entscheid zur Privatisierung: Haftung für legislative Akte	278
C.	Durchführung der Privatisierung: Haftung für Rechts- und Vollzugsakte	279
1.	Grundsatz	279
2.	Haftungsvoraussetzungen	279
a)	Schaden und Geschädigte	280
aa)	Gläubiger	280
bb)	Kunden	283
cc)	Konkurrenten	283
b)	Widerrechtlichkeit	285
III.	Haftung des parastaatlichen Aufgabenträgers	286
A.	Allgemeines	286
B.	Haftungssubjekt	286

C.	Haftungsordnung	287
1.	Haftung der privatisierten Organisation resp. des privaten Aufgabenträgers im Allgemeinen	288
a)	Sachbereichsspezifische Regelung	288
b)	Privatisierungsrechtliche Regelung	288
c)	Verantwortlichkeitsrechtliche Regelung	290
d)	Charakter der Aufgabe	291
2.	Haftung der privatisierten Organisation resp. des privaten Aufgabenträgers im öffentlichen Verkehr	293
a)	Personen- und Sachschäden	294
b)	Vermögensschäden	295
IV.	Haftung des Staates für den parastaatlichen Aufgabenträger	296
A.	Allgemeines	297
B.	Öffentlich-rechtliche Haftungsgrundlagen	298
1.	Gesetzliche Drittschadenshaftung	298
a)	Im Allgemeinen	298
b)	Im öffentlichen Verkehr	298
2.	Haftung für Organe	299
a)	Im Allgemeinen	299
b)	Im öffentlichen Verkehr	300
3.	Haftung für mangelhafte Aufsicht	300
a)	Im Allgemeinen	300
b)	Im öffentlichen Verkehr	301
C.	Privatrechtliche Haftungsgrundlagen	301
1.	Vorbemerkung: Widerrechtlichkeit	301
2.	Organhaftung nach Gesellschaftsrecht	303
a)	Haftung des Staates für Organe	303
b)	Haftung des Staates als Organ (faktische Organstellung)	304
3.	Durchgriff	306
4.	Geschäftsherrenhaftung	307
5.	Haftung des Staates für Delegierte	307

5. Teil: Zusammenfassung, Würdigung und Ausblick	309
§ 15 Zusammenfassung	309
I. Allgemeines	309
A. Begriffliches	309
B. Privatisierungsarten und -grade	309
C. Motive für Privatisierungen	310
D. Privatisierungsakte	310
E. Staatsaufgaben	310
F. Kompetenzordnung im öffentlichen Verkehr	311
II. Voraussetzungen der Privatisierung	311
A. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen	311
1. Verfassungsgrundlage	311
2. Gewaltenteilung	312
3. Grundrechte	312
4. Demokratie	312
5. Föderalismus	313
6. Sozialstaatsprinzip	313
B. Verwaltungsrechtliche Voraussetzungen	313
1. Legalitätsprinzip	313
2. Öffentliches Interesse	314
3. Verhältnismässigkeit	314
4. Treu und Glauben	315
C. Verkehrsrechtliche Voraussetzungen	315
D. Betriebswirtschaftliche Voraussetzungen	315
III. Steuerung des privatisierten Vollzugs	316
A. Grundrechte	316
B. Politische Rechte	317
C. Legalitätsprinzip	317
D. Gemeinwohl-Interessen	317
E. Aufsicht und Kontrolle	318
1. Aufsicht der Regierung	318
2. Obergericht des Parlaments	319
3. Finanzaufsicht	319
4. Technische Aufsicht	320
5. Sanktionen	320

IV. Rechtsschutz und Haftung	321
A. Rechtsschutz	321
1. Rechtsschutz gegen den Privatisierungsakt	321
2. Rechtsschutz bei privatisierter Aufgabenerfüllung	322
a) Benutzungsverhältnis	322
b) Leistungsverhältnis	323
B. Haftungsrecht	324
1. Haftung für den Privatisierungsakt	324
2. Haftung des parastaatlichen Aufgabenträgers	324
3. Haftung des Staates für den parastaatlichen Aufgabenträger	325
§ 16 Würdigung und Ausblick	327
Stichwortregister	329