

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

269

NADINE MAYHALL

Aufsicht und Staatshaftung

Schulthess § 2008

Inhaltsverzeichnis

<i>Dank</i>	V
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	VII
<i>Literaturverzeichnis</i>	XXI
<i>Materialien und Quellen</i>	XXXI
1. Botschaften	XXXI
2. Amtliche Veröffentlichungen und Expertenberichte	XXXII
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXXV
Einleitung	1
TEIL I: STAATLICHE AUFSICHT	3
1. Kapitel: <i>Staatliche Verantwortung</i>	5
§ 1 Staatsaufgaben als Verantwortungssphäre	7
I. <i>Staatsaufgaben im Kontext von Staatszielen und -zwecken</i>	8
1. Dogmatische Grundlagen	8
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen	11
II. <i>Staatsaufgaben und Staatskompetenzen</i>	12
III. <i>Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben</i>	13
§ 2 Aufgabenerfüllung	16
I. <i>Grundzüge des Organisationsrechts</i>	16
1. Rechtsgrundlagen	16
2. Organisationsgrundsätze	17
3. Zentralverwaltung und dezentrale Verwaltung	17
A. Dogmatische Abgrenzung	17

B. Gesetzliche Abgrenzung	18
a) Auf Bundesebene	18
b) Auf Kantonebene	18
<i>II. Die Zentralverwaltung</i>	<i>19</i>
1. Zentralisierung als Organisationsgrundsatz	19
2. Instrumente zur Führung der zentralen Bundesverwaltung	19
A. Die Dienstaufsicht	19
a) Kontrollrechte	20
b) Weisungs- und Selbsteintrittsrechte	21
B. Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget (FLAG)	22
a) Instrumente zur politischen Führung	23
b) Instrumente zur betrieblichen Führung	24
C. Dienstaufsicht und NPM	25
3. Organisationsformen der Zentralverwaltung	26
<i>III. Die dezentrale Verwaltung</i>	<i>26</i>
1. Autonomie als Organisationsgrundsatz	26
2. Instrumente zur Führung der dezentralen Bundesverwaltung	27
A. Verbandsaufsicht	27
B. Verbandsaufsicht und NPM	27
3. Dezentrale Organisationsformen	28
A. Behördenorganisationen	28
B. Andere administrativ zugewiesene Einheiten	29
C. Selbständige Anstalten und Betriebe	29
4. Würdigung und weiteres Vorgehen	30
5. Institutionelle Beispiele dezentraler Aufgabenerfüllung auf Bundesebene	31
A. ETH-Bereich	31
a) Steuerung der Aufgabenerfüllung	32
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement	32
bb) Durch den ETH-Rat	34
B. Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE)	35
a) Organisation	35
b) Steuerung der Aufgabenerfüllung	36
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement	37
bb) Durch den Institutsrat	38
C. Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV)	39
a) Organisation	39
b) Aufgabensteuerung	39
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement	40

D. Schweizerisches Heilmittelinstitut (Swissmedic).....	40
a) Organisation.....	40
b) Aufgabensteuerung	41
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement.....	42
bb) Durch den Institutsrat	43
6. Ausblick	44
A. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)	44
a) Organisation.....	44
b) Aufgabensteuerung	44
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement.....	45
bb) Durch den Verwaltungsrat	46
B. Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde.....	47
a) Organisation.....	47
b) Aufgabensteuerung	48
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement.....	49
bb) Durch den Verwaltungsrat	50
<i>IV. Privatisierung</i>	50
1. Einführung von wettbewerblichen Massnahmen	50
2. Der Privatisierungsbegriff	52
3. Formen der Privatisierung	53
A. Übersicht	53
B. Materielle Privatisierung (Aufgabenprivatisierung).....	55
C. Organisationsprivatisierung und Vermögensprivatisierung	55
D. Public Private Partnership (PPP).....	57
E. Privatisierung der Aufgabenerfüllung (Aufgabenübertragung).....	58
a) Voraussetzungen.....	58
b) Übertragungsformen	59
c) Konzession und Beleihung.....	60
aa) Wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Verwaltungsaufgaben	61
bb) Die Übertragung wirtschaftlicher Verwaltungsaufgaben	61
cc) Die Übertragung nicht-wirtschaftlicher Verwaltungsaufgaben	63
dd) Die Abgrenzung der Konzession von der Beleihung im Einzelfall.....	64
d) Die mittelbare Übertragung von Verwaltungsaufgaben	65
<i>V. Die «privatisierte» Verwaltung auf Bundesebene</i>	67
1. Organisationen des öffentlichen und des privaten Rechts ausserhalb der Bundesverwaltung	67

2. Institutionelle Beispiele «privatisierter» Aufgabenerfüllung auf Bundesebene	68
A. Schweizerische Post	68
a) Organisation	68
b) Aufgabensteuerung	69
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement	72
bb) Durch die Regulationsbehörde (PostReg)	73
cc) Durch den Verwaltungsrat	74
B. Swisscom	74
a) Organisation	74
b) Aufgabensteuerung	75
aa) Durch die Bundesversammlung, den Bundesrat und das zuständige Departement	77
bb) Durch die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom)	81
<i>VI. Die Verwaltung im Vier-Kreise-Modell</i>	<i>82</i>
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede dogmatischer, rechtlicher und wirkungsorientierter Verwaltungsmodelle	82
2. Parlamentarische Impulse zur Weiterentwicklung	85
3. Künftige Richtlinien für die Auslagerung von Aufgaben und für die rechtliche Verselbständigung von Verwaltungseinheiten	87
§ 3 Ergebnisse	88
<i>2. Kapitel: Staatliche Aufsicht über Verwaltungsträger</i>	<i>91</i>
§ 1 Gegenstand, Begriff und Funktion	93
I. Gegenstand der Aufsicht	93
II. Der Aufsichtsbegriff	93
III. Aufsichtsrechtliche Kontrollfunktion	94
1. Zweck der aufsichtsrechtlichen Regelung	94
2. Aufsicht als «Kontrollinstrument»	94
A. Der Kontrollbegriff	94
B. Die Doppelnatur der Kontrolle: Überwachung und Lenkung	96
a) Aufsicht über zentrale Verwaltungseinheiten	96
b) Aufsicht über ausgelagerte Verwaltungseinheiten	96

§ 2 Die Verbandsaufsicht im besonderen.....	97
I. <i>Typologie</i>	97
1. Spezialgesetzliche Regelung.....	97
2. Ausrichtung an der Autonomie des Verwaltungsträgers	98
A. Autonomie und Aufsicht als sich wechselseitig bedingende Grössen... 98	
B. Die Bestimmung des Autonomiegrades	99
3. Zwischenergebnis.....	100
A. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen der Autonomieeinräumung.....	100
B. Die Autonomieverletzung insbesondere.....	100
a) Differenzierung nach dem aufsichtsrechtlichen Kontrollkriterium: Rechtmässigkeits- versus Zweckmässigkeitskontrolle.....	100
b) Kritik.....	100
c) Präzisierung	101
C. Vorrang der spezialgesetzlichen Regelung.....	101
II. <i>Unbestimmtheit und Unvollständigkeit der aufsichtsrechtlichen Regelung</i>	102
1. Auslegung	102
A. Auslegungsbedürftigkeit von aufsichtsrechtlichen Regelungen.....	102
B. Methodenpluralismus und Dezentralisierungsgründe	103
C. Die Autonomie als Schranke der Auslegung.....	103
a) Arten von Aufsichtsmitteln.....	104
aa) Übersicht.....	104
bb) Überwachungs- und Mitwirkungsrechte.....	105
cc) Konsequenzen der Unterscheidung hinsichtlich der Auslegung.....	106
b) Aufsichtsbefugnisse ausserhalb des Autonomiebereichs	107
2. Lückenfüllung	108
3. Die polizeiliche Generalklausel als Surrogat?.....	109
§ 3 Ergebnis	111
3. Kapitel: <i>Staatliche Aufsicht über privatwirtschaftliche Tätigkeiten</i>	115
§ 1 Gegenstand, Begriff und Funktion	117
I. <i>Gegenstand</i>	117
1. Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit von Privaten.....	117
A. Begriff.....	117
B. Die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit als grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit	117

2. Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit des Gemeinwesens?.....	118
A. Wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens.....	118
B. Privatwirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens	118
a) Begriff.....	118
b) Voraussetzungen	119
C. Grundsätzlicher Ausschluss einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit des Staates.....	119
D. Neuere Tendenzen.....	119
a) Die Anerkennung der Zulässigkeit rein gewinnorientierten Staatshandelns.....	120
aa) Durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung	120
bb) Durch die Lehre	121
b) Schutzfunktion der Wettbewerbsneutralität anstelle nicht- fiskalischem Interessensvorbehalt?	122
aa) Mögliche Ursachen von Wettbewerbsverzerrung durch staatliche Wirtschaftstätigkeit: Das Beispiel der Post.....	122
bb) Grundrechtlicher Individualanspruch zur Durchsetzung der institutionellen Komponente der Wirtschaftsfreiheit?.....	124
cc) Fehlender Grundrechtsadressat?	127
dd) Grundrechtsberechtigte öffentliche Unternehmen?.....	128
E. Würdigung	129
<i>II. Begriff</i>	<i>130</i>
1. Verwaltungsrechtliche Regelung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten.....	130
A. Der Vorbehalt der Rechtsordnung.....	130
B. Die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Regelung insbesondere.....	131
a) Grundsatzkonforme und grundsatzwidrige Massnahmen	131
b) Zuständigkeit	132
c) Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit.....	132
2. Aufsicht als unmittelbarer Vollzug der verwaltungsrechtlichen Ordnung.	132
<i>III. Funktion</i>	<i>133</i>
1. Gefahrenabwehr	133
2. «Systemschutz»	134
A. Historische wirtschaftspolitische Zielsetzung	134
B. Vertrauens- und Rufschutz.....	135
C. Funktionsschutz	136
D. Systemschutz im engen Sinn.....	137
E. Zusammenfassung: Individual- und Kollektivschutz	138
3. Neuausrichtung auf Risikovorsorge?.....	138

4. Würdigung und weiteres Vorgehen	139
A. Ausgangslage	139
B. Entwicklungen	140
C. Weitere Vorgehensweise	141
§ 2 Die wirtschaftspolizeiliche Aufsicht.....	142
I. <i>Das Polizeirecht</i>	142
1. Das Polizeirecht als imminente Schranke der Freiheitsrechte	142
A. Freiheitsrechte als Grundlage individueller Selbstentfaltung und Selbstentwicklung	142
B. Schutz der Polizeigüter als Freiheitssschranke	142
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an polizeiliches Handeln	143
II. <i>Polizeirechtliche Instrumente</i>	145
1. Dogmatische Übersicht	145
A. Auf der Ebene der Rechtsetzung	145
B. Vollzug der verwaltungsrechtlichen Ordnung	145
2. Wirtschaftspolizeiliche Instrumente insbesondere	146
A. Die Aufsicht im System des Wirtschaftspolizeirechts	146
B. Wirtschaftspolizeiliche Regelungs- und Aufsichtsinstrumente	146
§ 3 Von der Gefahrenabwehr zur Steuerung der Gesellschaft	148
I. <i>Das Grundrechtsverständnis im Kontext gesellschaftlicher Umbrüche</i>	148
1. Das Bonner Grundgesetz und seine Auswirkungen	148
2. Grundrechtliche Unterstützungspflichten	149
3. Grundrechtliche Leistungsansprüche	151
II. <i>Steuerung der Gesellschaft</i>	151
1. Staatliche Steuerungsinstrumente	152
2. Steuerung durch das Medium des Rechts	153
3. Staatliche Regulierung	154
§ 4 Regulierung im Dienste der Risikovorsorge	156
I. <i>Hintergründe</i>	156
1. Die Entwicklung zur Risikogesellschaft	156
2. Abgrenzung des Risikobegriffs von der polizeilichen Gefahr	157
3. Der Begriff des Restrisikos	158

<i>II. Risikoorientierte Regulierung – Das Beispiel der Bankenaufsicht.....</i>	<i>158</i>
1. Risiken als öffentliches Interesse hinsichtlich Regulierung und Aufsicht über Banken	158
2. Rechtliche Erfassung von bankengeschäftlich relevanten Risiken	161
3. Ansatzpunkte der Regulierung und Aufsicht	162
A. Marktzutritt	162
a) Organisatorische Anforderungen	163
b) Kapitalmässige Anforderungen	164
c) Personelle Anforderungen	164
B. Verwaltungsaufsicht	164
C. Finanzwirtschaftliche Anforderungen	165
a) Eigenkapitalregulierung	165
b) Liquiditätsvorschriften	166
c) Risikoverteilung und Klumpenrisiken insbesondere	166
D. Rechnungslegungsvorschriften	167
E. Revision	168
a) Nach geltendem Recht	168
b) Ausblick auf das FINMAG	170
F. Aufsichts- und Sanktionenordnung	171
a) Einschreitenspflicht	171
b) Massnahmen	172
c) Ausblick auf das FINMAG	173
G. Andere Ansatzpunkte	174
4. Würdigung	175
<i>III. Kooperative Regulierungsansätze</i>	<i>176</i>
1. Herausforderungen risikorechtlicher Regulierungen	176
2. Kooperative Rechtsetzung	177
A. Technik Klauseln	178
a) Begriff	178
b) Offene Normen und Legalitätsprinzip	178
B. Verweise	179
a) Begriff	179
b) Zulässigkeit	179
c) Rechtsnormqualität des Verweisungsobjekts?	180
C. Allgemeinverbindlichkeitserklärung	181
a) Begriff	181
b) Der Sonderfall der Anerkennung von Selbstregulierungserlassen als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard	181
c) Rechtsnormqualität der als allgemeinverbindlich erklärten Kollektivvereinbarungen?	182

D. Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen oder rechtsetzungsähnlichen Befugnissen auf Private.....	184
a) Staatlich gesteuerte oder unechte Selbstregulierung	184
b) Rechtsnatur der privaten Regelungswerke?	185
c) Methodische Anmerkungen zum Qualifikationsvorgang.....	186
d) Zur Figur der «Gesetzesdelegation» insbesondere.....	187
e) Private Rechtsetzung als (teil-)privatisierte Verwaltungsaufgabe.....	189
3. Kooperativer Vollzug.....	191
A. Unterlagenprüfverfahren	191
B. Kontrollierte Eigenüberwachung	192
C. Fremdüberwachung durch Dritte.....	192
D. Gemeinwohlausrichtung der Organisationsstruktur	193
E. Selbständige Erfüllungsorganisation	194
4. Wandel zu neokorporativem System?	194
IV. Selbstregulierung	196
§ 5 Ergebnisse.....	197
TEIL II: HAFTPFLICHTRECHTLICHE FOLGEN AUF SICHTSRECHTLICHER TÄTIGKEITEN	199
1. Kapitel: Grundlagen.....	201
§ 1 Einführung	203
I. Die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitsrechts.....	203
II. Weiteres Vorgehen	205
§ 2 Das Legalitätsprinzip.....	206
I. Funktionen des Haftpflichtrechts	206
II. Casum sentit dominus.....	206
III. Spezifisch öffentlich-rechtliche Funktionen des Legalitätsprinzips....	207
1. Rechtsstaatliche Funktion.....	207
2. Die Gesetzmässigkeit als Beurteilungsmaßstab staatlichen Verhaltens insbesondere	208
3. Würdigung.....	208

§ 3 Rechtsgrundlagen	210
I. <i>Verfassungsrechtliche Grundlage</i>	210
II. <i>Gesetzliche Grundlagen</i>	210
1. Abgrenzung der Anwendungsbereiche des öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitsrechts vom Bundeszivilhaftpflichtrecht.....	211
A. Art. 59 Abs. 1 ZGB und Art. 61 OR als Zuständigkeitsnormen.....	211
B. Die privatrechtliche Haftpflicht des Bundes nach Art. 11 VG	212
2. Die Abgrenzungskriterien im Einzelnen.....	213
A. Dogmatischer Hintergrund	213
B. Amtliche und gewerbliche Verrichtungen.....	214
C. Hoheitliche und nicht-hoheitliche Tätigkeiten insbesondere.....	215
D. Der Bund als «Subjekt des Zivilrechts» im Sinne von Art. 11 Abs. 1 VG	216
3. Spezialgesetzliche Sonderregelungen.....	218
A. Bundesebene	218
B. Kantonale Ebene	219
4. Würdigung.....	220
§ 4 Kausal- und Verschuldenshaftung	222
I. <i>Verschulden und Widerrechtlichkeit im Privatrecht</i>	222
II. <i>Motive der Ausgestaltung öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeitsnormen als Kausalhaftung</i>	224
III. <i>Der öffentlich-rechtliche Widerrechtlichkeitsbegriff</i>	225
1. Die Definition der Widerrechtlichkeit gemäss herrschender Lehre und Praxis	226
A. Nach Schadensart	226
a) Vermögensschäden: Handlungsunrechtstheorie.....	226
b) Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter: Erfolgsunrecht.....	227
B. Nach Schädigungsakt	227
a) Realakte	227
b) Individuell-konkrete Rechtsakte	228
aa) Nicht rechtskräftige Rechtsakte	228
bb) Formell rechtskräftige Rechtsakte	229
c) Generell-abstrakte Rechtsakte.....	229
2. Abweichende Lehrmeinungen.....	230
3. Identität des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Widerrechtlichkeitsbegriffs?	231
A. Der Qualifikationsvorgang bei Vermögensschäden	231

B. Kritische Würdigung	235
C. Der Qualifikationsvorgang bei Rechtsgutverletzungen	236
D. Kritische Würdigung	236
E. Widerrechtliche Grundrechtsverletzung?	237
a) Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des BVerfG zur Staatshaftung	237
aa) Art. 10 Abs. 2 BV	237
bb) Art. 5 Ziff. 5 EMRK	238
b) Kritische Würdigung	239
c) Konsequenzen einer Anerkennung der Widerrechtlichkeit von Grundrechtsverletzungen	240
F. Fazit	242
4. Widerrechtlichkeit infolge Sorgfaltspflichtverletzung?	244
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Haftung des Gemeinwesens für medizinische Behandlung in staatlichen Spitälern	245
B. Die Staatshaftung als «objektivierte Verschuldenshaftung»?	247
a) Gleichsetzung der Sorgfaltspflicht mit den Amtspflichten?	248
b) Würdigung ex ante insbesondere	250
c) Fehlende Normierung einer öffentlich-rechtlichen Vertragshaftung	252
d) Fazit	252
<i>IV. Die Staatshaftung als Organisationshaftung</i>	253
1. Der Begriff der Organisationshaftung	253
2. Organisationsversagen	254
A. Mangelhafte Organisation	254
B. Fehlendes Erfordernis der individuellen Zurechenbarkeit	255
3. Kollektive Unorganfalt	256
<i>2. Kapitel: Staatshaftung für staatliche Aufsichtstätigkeit</i>	259
§ 1 Die gesetzlichen Grundlagen der Haftung	261
I. <i>Aufsicht über Verwaltungsträger</i>	261
1. Amtliche Tätigkeit	261
2. Gewerbliche Tätigkeit	261
A. Privatrechtliche Aufsichtsmittel	261
B. Die Haftung des staatlichen Vertreters in privatrechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften insbesondere	262
II. <i>Aufsicht über privatwirtschaftliche Tätigkeiten</i>	263
1. Amtliche Tätigkeit	263

2. Der Anwendungsbereich von Art. 19 VG insbesondere.....	264
A. Öffentlich-rechtliche Organisationen	264
B. Privatrechtliche Organisationsformen	265
§ 2 Die Haftungsvoraussetzungen.....	267
I. <i>Personeller Anwendungsbereich</i>	267
1. Allgemein.....	267
2. Auf Bundesebene	267
3. Auf kantonaler Ebene	268
II. <i>Funktioneller Zusammenhang</i>	268
1. Begriff.....	268
2. Inhalt	269
3. Amtlich/privat und amtlich/gewerblich.....	270
III. <i>Schaden</i>	270
1. Schadensbegriff.....	271
2. Schadensberechnung	272
3. Substantiierungspflicht insbesondere	272
IV. <i>Widerrechtlichkeit</i>	273
1. Begriff.....	273
2. Schädigendes Verhalten	273
A. Rechtsakte.....	273
a) Generell-abstrakte.....	273
b) Individuell-konkrete.....	274
B. Realakte.....	274
a) Arten	275
b) Ausgangspunkt: Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörden.....	275
c) Amtspflichtverletzung.....	276
d) Der Qualifikationsvorgang im Einzelnen.....	277
C. Fazit	281
3. Schutznormrichtung	282
A. Grundsätze	282
B. Schutzzwecke aufsichtsrechtlicher Regelungen betreffend Aufgabenträger.....	283
C. Schutzzwecke aufsichtsrechtlicher Regelungen betreffend privatwirtschaftlichen Tätigkeiten.....	284

<i>V. Adäquater Kausalzusammenhang</i>	286
1. Natürliche Kausalität	286
A. Grundsatz	286
B. Unterlassung	286
C. Rechtmässiges Alternativverhalten	286
2. Die Adäquanz	287
A. Begriff	287
B. Bei Unterlassungen insbesondere	288
3. Mehrzahl von Haftpflichtigen	289
A. Komplexe Formen der Kausalität	289
B. Solidarität	290
C. Solidarhaftung und öffentliches Verantwortlichkeitsrecht	290
4. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs	292
<i>VI. Verjährung und Verwirkung</i>	294
1. Bund	294
A. Die Verwirkungsfristen von Art. 20 Abs. 1 VG	294
B. Spezialgesetzliche Regelungen	295
2. Kantone	295
§ 3 Ergebnisse	296
TEIL III: ZUSAMMENFASSUNG	
DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE	303
A. Aufsicht über Aufgabenerfüllung	303
B. Aufsicht über privatwirtschaftliche Tätigkeiten	306
C. Haftung des Staates für Aufsichtstätigkeit	307