

---

# Verwaltung durch Private: Ordnungskonzepte in der Schweiz

Pierre Tschannen

---

Verwaltung durch Private

Innsbruck, 12./13. Mai 2016

## Ordnungskonzepte in der Schweiz

1. Einleitung
2. Ordnungsbegriffe in der Schweiz: Wenig bedeutsam
3. Mögliche Gründe der Begriffsarmut
4. Statt begriffsgesteuerter Ordnung:  
Aspektbezogene Betrachtungsweise
5. Schluss

Pierre Tschannen

*u*<sup>b</sup>

---

UNIVERSITÄT  
BERN

## 1. Einleitung

### ❖ **Private**

Gemeint sind «echte» Private, d.h.:

- i.d.R. vorgefundene Subjekte der Zivilgesellschaft,
- nicht hingegen staatlich beherrschte Privatrechtssubjekte.

### ❖ **Dominanz der Privatisierungsdiskussion**

Die Schweizer Lehre befasst sich vorab mit Voraussetzungen und Schranken der Auslagerung auf Private bzw. der Einbindung Privater.

- Primär Verfassungsfragen, relativ übersichtlich.

### ❖ **Vernachlässigung der bewirkten Rechtslage**

Das «Hinterher» gilt als lästige und wenig interessante Restanz.

- Primär Fragen des einfachen Rechts, kaum noch zu erfassen.

## **2. Ordnungsbegriffe in der Schweiz: Wenig bedeutsam**

Leitfragen:

- Sind die in Österreich gängigen Begriffe auch in der Schweiz bekannt?
- Falls nein: Wie werden die jeweiligen Erscheinungen erfasst?

### **2.1 Altbekannt: «Konzession»**

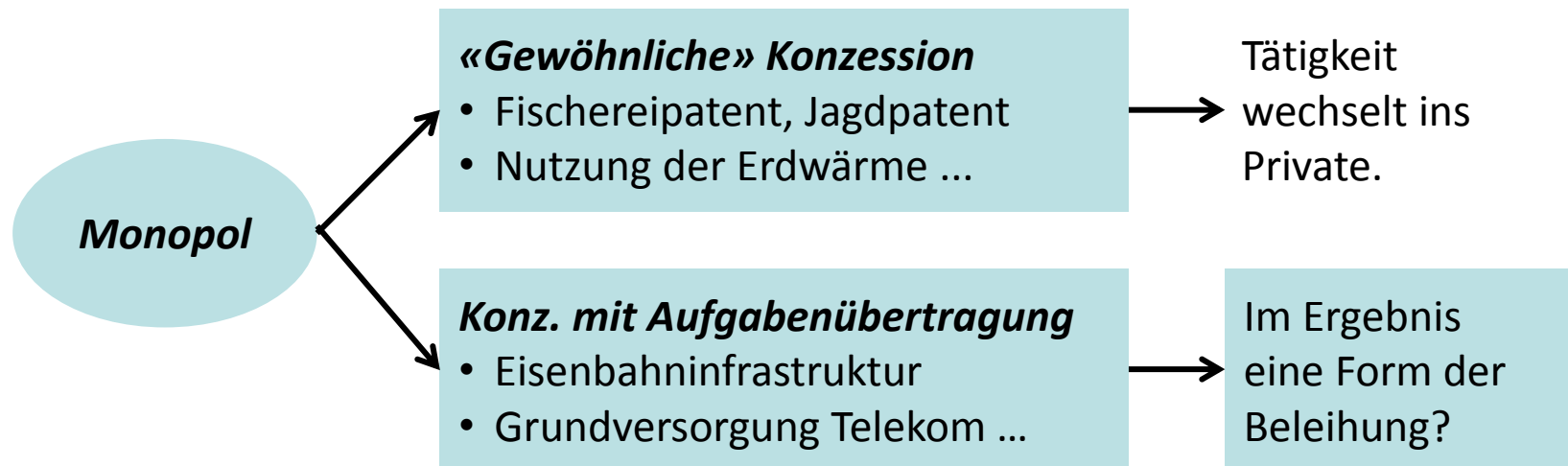
### **2.2 Flüchtig bekannt: «Beleihung»**

### **2.3 Kaum bekannt: «Verwaltungshelfer»**

### **2.4 Unbekannt: Alle übrigen**

## 2.1 Altbekannt: «Konzession»

- ❖ **Verbreiteter Gesetzesbegriff**
  - Personenbeförderungskonzession, Wassernutzungskonzession usw.
- ❖ **Keine Konzession ohne dahinter stehendes Monopol**
  - Konzession = Ermächtigung zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die nach der Grundordnung dem Gemeinwesen vorbehalten ist.
- ❖ **Konzession und «Verwaltung durch Private»**



## 2.2 Flüchtig bekannt: «Beleihung»


### ❖ Als Begriff selten vorkommend

- Bundesgericht/Bundesverwaltungsgericht: Wenige Nennungen.
- Lehrbücher: Eher nebenher verwendet, Konturen unklar.
- In der Westschweiz: «Délégation».

### ❖ Statt dessen: «Übertragung von Verwaltungsaufgaben»

**Art. 178 BV** *Bundesverwaltung*

<sup>3</sup> Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.



### ❖ Teilweise wohl weiteres Begriffsverständnis

- Juristische Person des Privatrechts (seltener natürliche Person).
- Eigenständiger Verwaltungsträger (mittelbare Staatsverwaltung).
- Hoheitlichkeit nicht zwingend (Handlungsform somit irrelevant).

## 2.3 Kaum bekannt: «Verwaltungshelfer»

### ❖ **Wiederum: Seltener Begriff**

- In der Gerichtspraxis soweit ersichtlich inexistent (bzw.: «Verwaltungshilfe» gleichbedeutend mit «Amtshilfe» verwendet).
- In Lehrbüchern nur vereinzelt erwähnt.
- In der Westschweiz: «Auxiliaire».

### ❖ **In der Sache kein Unterschied**

- Verwaltungshelfer als «Werkzeug» der Behörde.
- Leistet «unselbständige Teilbeiträge» an die Erfüllung einer fremden Aufgabe.
- Handelt *für* die Verwaltung, nicht *als* Verwaltung.

## 2.4 Unbekannt: Alle übrigen

Unbekannt als Kategorie, nicht aber unbekannt als Thema/als Erscheinung.

### ❖ «Inpflichtnahme»

- CH: Erfüllung gesetzlicher Leistungspflichten zuhanden der Behörde (Inpflichtgenommene verwalten nicht, sie befolgen nur).

### ❖ «Private als Exekutivorgane»

- CH: Funktional zugeordnete Privatpersonen mit Zwangsbefugnissen (sie sind amtlich in Dienst zu nehmen).

### ❖ «Private in der Privatwirtschaftsverwaltung»

- CH: Frage der zulässigen Handlungsform im Rechtsverkehr mit Dritten (Privatrecht bei Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private?).

### ❖ «Privater Befehl und Zwang»

- CH: Kontrolltätigkeiten Privater im öffentlichen Raum u.a. (wie weit tragen die Jedermannsrechte, die vertragliche Einwilligung?).



### 3. Mögliche Gründe der Begriffsarmut

- ❖ **Verwaltung durch Private: Üblich seit je**
  - Private in der Verwaltung bereits im 19. Jh.
  - Bedeutung des Milizprinzips.
- ❖ **Lehre und Rechtsprechung: Geringer Output**
  - Kleine und sprachlich fragmentierte Wissenschaftsszene.
  - Späte Entwicklung eines nationalen Verwaltungsrechts, spätes Aufkommen der Verwaltungsjustiz.
- ❖ **Gängige Problemlösungsstrategie:  
Pragmatik vor Dogmatik**
  - Seit den 1960er Jahren Übergang zu vermehrt fallbezogenem Denken.
  - Personell bedingte Durchdringung von Theorie und Praxis.

## **4. Statt begriffsgesteuerter Ordnung: Aspektbezogene Betrachtungsweise**

Leitfragen:

- Gelten Private in der Verwaltung als Staat?
- Falls ja: Inwiefern und in welchem Mass?

### **4.1 Überforderung der Begriffe**

### **4.2 Was sollen Ordnungskonzepte leisten?**

### **4.3 Ausgangspunkt: Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben**

### **4.4 Ausgewählte Aspekte: Grundrechtsbindung, Handlungsform, Aufsicht**

## 4.1 Überforderung der Begriffe

- ❖ **Begriffe zunächst als Verständigungshilfe**
- ❖ **Begriffe auch zur Bündelung von Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen?**
  - Problem 1: Es gibt keine autoritativen Begriffsdefinitionen.
  - Problem 2: Vielgestaltigkeit und Komplexität der Verhältnisse erschweren standardisierte Lösungen.
  - Problem 3: Der Sachgesetzgeber ist kaum zu bändigen.
- ❖ **Übergang zu einem beweglicheren System?**
  - Chance: Reduktion von Komplexität, Zuwachs an Argumentationsspielräumen.
  - Gefahr: Prinzipienlosigkeit, Entscheidung von Fall zu Fall.

## 4.2 Was sollen Ordnungskonzepte leisten?

### ❖ **Beantwortung der Grundfrage**

Auf den Staat gemünzte Sonderbefugnisse/Sonderbindungen auch bei Verwaltung durch Private?

### ❖ **Daraus zwei Teilfragen**

- [1] Unter welchen Voraussetzungen gelten die staatlichen Sonderbefugnisse/Sonderbindungen grundsätzlich?
- [2] Bei erfüllten Voraussetzungen: Inwieweit und in welchem Mass gelten sie auch für Private in der Verwaltung?

### ❖ **Diese Fragen stellen sich ...**

- für jedes Rechtsverhältnis im Dreieck Staat – Privater – Dritter,
- für verschiedene Aspekte innerhalb dieser Rechtsverhältnisse.

### ❖ **Dabei vorweg: Konsultation des Sachgesetzes**

## 4.3 Ausgangspunkt: Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben

### ❖ **Funktionaler Ansatz**

Entscheidend für die Geltung der staatlichen Sonderbefugnisse und Sonderbindungen: Allein die «Wahrnehmung» von Verwaltungsaufgaben,

- weder die Natur des handelnden Subjekts,
- noch die Art der eingesetzten Handlungsform.

### ❖ **«Verwaltungsaufgabe»**

Gängige Umschreibung in CH:

- Ein Ausschnitt aus den Staatsaufgaben, nämlich die sachgesetzlich vermittelten Einzelaufträge an die Adresse des Gemeinwesens.
- Impliziert eine an das Gemeinwesen gerichtete gesetzliche Pflicht, bestimmte Sachergebnisse tätig zu bewirken.

### ❖ **Abgrenzung zwar nicht immer einfach,** aber bei sorgfältiger Auslegung der Sachgesetzgebung machbar.

## 4.4 Ausgewählte Aspekte: Grundrechtsbindung, Handlungsform, Aufsicht

### a. Grundrechtsbindung

#### ❖ Private in der Verwaltung

- Private *als* Verwaltung («Beliehene»): Unmittelbar verantwortlich.
- Private *für* die Verwaltung («Verwaltungshelfer»): Verantwortlichkeit der dahinter stehende Behörde.

#### ❖ Handlungsform grundsätzlich irrelevant

- Bei hoheitlichem Handeln: Volle Grundrechtsbindung.
- Bei zivilrechtlichem Handeln: Mindestens Bindung an Gleichheitssatz und Willkürverbot.

**Art. 35 BV**     *Verwirklichung der Grundrechte*

<sup>2</sup> Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden ...

## **b. Handlungsform**

### ❖ **Primär gemäss Sachgesetz**

### ❖ **Private in der Verwaltung**

- Die Frage der Verfügungsbefugnis stellt sich praktisch nur für Private, die nach aussen hin *als* Verwaltung handeln.
- Die Verfügungsbefugnis ist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage gegeben, wenn die Aufgabe hoheitliches Handeln erfordert.

#### **Art. 1 VwVG** *Geltungsbereich*

<sup>2</sup> Als Behörden [im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes] gelten: ...

- e. andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen.

## c. Aufsicht

### ❖ **Wiederum: Primär gemäss Sachgesetz**

### ❖ **Private in der Verwaltung**

- Die Frage der Aufsicht stellt sich auch hier praktisch nur für Private, die nach aussen hin *als* Verwaltung handeln.
- Private, die nur *für* die Verwaltung handeln, werden unmittelbar der dahinter stehenden Behörde zugerechnet.

### ❖ **Art der Aufsicht**

- Die Verfassung verlangt keine bestimmte Art der Aufsicht.
- Gegenüber externen Verwaltungsträgern genügt die Verbandsaufsicht.

**Art. 187 BV** *Weitere Aufgaben und Befugnisse [des Bundesrats]*

<sup>2</sup> Der Bundesrat [die Regierung] hat zudem folgende Aufgaben und Befugnisse:

- a. Er beaufsichtigt die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes ...



## 5. Schluss

- ❖ **Eine gewisse Ratlosigkeit**
  - Trotz immer neuer Formen der Verwaltung durch Private:
  - Nicht noch mehr Begriffe!
  
- ❖ **Notwendigkeit eines Rahmengesetzes?**
  - Die Schwierigkeiten einer brauchbaren Typisierung verschieben sich nur auf die Gesetzgebung.
  - Der Sachgesetzgeber kann später jederzeit eigene Regeln schaffen.
  
- ❖ **Fürs erste: Lösungssuche von Fall zu Fall**
  - Auf der Grundlage der Sachgesetzgebung, und
  - im Rahmen der – wenigen – Verfassungsvorgaben.