

Finanzdelegation

Délégation des finances

Delegazione delle finanze

Joint Committee on Finance



100 ans

Eidgenössische Finanzkontrolle

Contrôle fédéral des finances

Controllo federale delle finanze

Swiss Federal Audit Office



125 Jahre

Haftung für Dritte als "wachsendes Risiko"

**Frau Dr. Barbara Schaerer,
Vizedirektorin der Eidgenössischen Finanzverwaltung**

Einleitende Bemerkungen

Eigentlich habe ich heute eine schwierige, wenn nicht gar unmögliche Aufgabe. Ich spreche über ein Risiko, das sich, soweit ich das beurteilen kann - und ich bin doch schon eine gewisse Zeit im Amt -, noch nie verwirklicht hat. Gleichzeitig muss ich Ihnen weismachen, dass es sich um ein grosses Risiko für den Bund handelt. Zudem versteckt sich dieses Risiko hinter einer komplizierten, für Nichtjuristinnen und -juristen gar unverständlichen gesetzlichen Bestimmung. Diese gesetzliche Bestimmung stammt aus dem Jahre 1958 und ich masse mir an, zu behaupten, es handle sich hier um ein stetig "wachsendes Risiko". Wie Sie sehen, nicht ganz einfach! Es wäre auch nicht das erste Mal, dass ich auf mitleidiges bis gelangweiltes Schulternzucken stossen würde. Ich habe nämlich schon vor ein paar Jahren versucht, das Interesse der Direktion der Finanzverwaltung an diesem ominösen Art. 19 des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG)¹ zu wecken und dem Parlament dessen Aufhebung zu beantragen. Bis anhin - wie figura zeigt - ohne sichtlichen Erfolg ... Umso mehr hat es mich erstaunt, dass dieser Artikel im Rahmen der Risikoanalyse des Bundes plötzlich zu einem Thema wird und dass sich sogar die Eidg. Finanzkontrolle (EFK) dafür stark macht. Das potentielle Risiko wurde erkannt und die entsprechenden Untersuchungen laufen. Als ich dann noch für dieses Referat angefragt wurde, war ich endgültig verblüfft. Jedenfalls ergreife ich hiermit gerne die Gelegenheit, mein altes Anliegen vor einem so prädestinierten Publikum präsentieren zu dürfen. Worum geht es?

¹ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32)

1 Gesetzliche Grundlage

Art. 19 VG² besagt zusammengefasst und auf die für uns in diesem Zusammenhang relevanten Aussagen beschränkt folgendes: Fügt eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes befasste Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit einem Dritten widerrechtlich Schaden zu, haftet in erster Linie die Organisation. Soweit die Organisation diese Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag. Schliesslich folgen Bestimmungen über den Regress auf die fehlbaren Organe, die uns hier weniger interessieren.

Wichtig sind folgende vier Grundsätze: (1) Es handelt sich um eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung. (2) Sie ist mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut. (3) Jemand in dieser Organisation handelt widerrechtlich, d. h. er verstösst gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnorm (Verhaltensunrecht) oder verletzt ein absolutes Rechtsgut (Erfolgsunrecht). (4) Es entsteht bei einem Dritten ein Schaden, den die Organisation nicht zu decken vermag. Als Folge davon: Der Bund haftet subsidiär für den ungedeckten Schaden.

2 Auslegung von Art. 19 VG

2.1 Welche Organisationen sind gemeint?

Als erstes stellt sich die Frage: Was sind das überhaupt für Organisationen, für die der Bund subsidiär die Haftung übernehmen soll? Blenden wir zurück. Die Norm wurde im Jahr 1956 kreiert. In der Botschaft steht Folgendes: "Wie bereits ... ausgeführt, wird mit dieser Bestimmung eine Lücke des geltenden Rechts ausgefüllt und ausdrücklich auch die Verantwortlichkeit ausserhalb der Bundesverwaltung stehender Organisationen geregelt, insoweit diese Organisationen vom Bunde mit der Durchführung bestimmter Aufgaben (z. B. Durchführung von Kontingentierungen) betraut sind. Unter Organisationen sind sowohl Anstalten, wie die Schweizerische Unfallversicherungs-Anstalt, als auch öffentlich- und privatrechtliche Körperschaften und Organisationen der Wirtschaft (Verrechnungsstelle, Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, Syndikate) zu verstehen. ..." ³ An einer anderen Stelle lesen Sie: "Wichtig ist dagegen, dass in den Geltungsbereich auch alle Organisationen, Verbände, Syndikate usw. und deren Personal einbezogen werden, die der Bund mit besonderen Aufgaben betraut, obgleich sie ausser-

² "1 Fügt ein Organ oder ein Angestellter einer mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit Dritten oder dem Bund widerrechtlich Schaden zu, so sind folgende Bestimmungen anwendbar:

- a. Für den einem Dritten zugefügten Schaden haftet dem Geschädigten die Organisation nach den Artikeln 3–6. Soweit die Organisation die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag. Der Rückgriff des Bundes und der Organisation gegenüber dem fehlbaren Organ oder Angestellten richtet sich nach den Artikeln 7 und 9.
- b. Für den dem Bund zugefügten Schaden haften primär die fehlbaren Organe oder Angestellten und subsidiär die Organisation. Artikel 8 und 9 sind anwendbar.

² Auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit finden die Artikel 13 ff. entsprechend Anwendung.

³ Über streitige Ansprüche von Dritten oder des Bundes gegen die Organisation sowie der Organisation gegen fehlbare Organe oder Angestellte erlässt die Organisation eine Verfügung. Diese unterliegt der Beschwerde an die zuständige eidgenössische Rekurskommission nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und in letzter Instanz der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach dem Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943."

³ BBl 1956 I 1402

halb der ordentlichen Verwaltung stehen. Wir erinnern an den Beizug solcher Organisationen für die Durchführung kriegswirtschaftlicher Aufgaben ..."4 Es wird schnell klar, wir sind hier in einer anderen Welt. Diese Welt war geprägt von landwirtschaftlichen und genossenschaftlichen Organisationen, die für den Bund öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnahmen. Wenn Sie damals jemandem sagten, dass der Bund für die Tätigkeit dieser Organisationen subsidiär haften soll, war das auf den ersten Blick vielleicht erstaunlich, aber es entstand noch nicht unbedingt eine Panikreaktion. Schienen doch die Risiken, die von solchen Organisationen ausgehen, für den Bund noch einigermaßen tragbar. Hellhörig hätte man vielleicht schon damals bei der Erwähnung der SUVA werden können: Der Bund als "lender of last resort" der SUVA?

Viele dieser Organisationen bestehen auch heute noch in der einen oder anderen Form. Ich bin auf diesem Gebiet nicht so bewandert. Bekannt sind mir aber zum Beispiel die Proviande (ehemals Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung) sowie der Schweiz. Brauvieh-zuchtverband. Ich wage zu behaupten, dass niemand die genaue Anzahl dieser landwirtschaftlichen Organisationen kennt, geschweige denn, einen Überblick über deren Tätigkeiten hat. Das ist beunruhigend. Im Klartext heisst das nämlich, dass uns nicht bekannt ist, wofür der Bund überhaupt haftet. Kommt einem das Reizwort "Genversuche" in den Sinn, ist man schon nicht mehr so sicher, ob von solchen auf den ersten Blick "harmlosen" landwirtschaftlichen Organisationen für den Bund nicht doch auch relativ grosse Risiken ausgehen könnten.

Neben diesen landwirtschaftlichen Organisationen sind aber heute noch ganz andere Organisationen mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut. Wir leben in einer globalisierten, computerisierten, weltweit vernetzten Welt - wie alle diese Schlagworte so schön heissen. Aber nicht nur die Welt und die Wirtschaft haben sich bewegt und sind beweglicher geworden, auch der Staat hat ein anderes Gesicht bekommen. Der Staat lagert aus, der Staat privatisiert, der Staat begibt sich in den Wettbewerb. Die Strukturen der staatlichen Tätigkeit haben sich somit massiv verändert. Art. 19 VG ist dabei unverändert geblieben. Vielleicht ist er sogar mangels spektakulärer Fälle in Vergessenheit geraten. Der Bund haftet aber nach wie vor subsidiär für keine geringeren als SBB, Post, Skyguide (ehemals Swisscontrol), Eidg. Technische Hochschule (ETH), Paul Scherrer Institut (PSI), Schweiz. Elektrotechnischen Verein (SEV), Schweiz. Heilmittelinstitut (Swissmedic) usw. Bei dieser Aufzählung wird einem doch etwas mulmig. Im Übrigen könnte ich Sie mit hunderten von Namen langweilen. Beim Personalamt ist eine letztmals im Dezember 1993 aufdatierte Liste der halbstaatlichen Organisationen vorhanden. Darauf finden Sie ganze 233 Organisationen. Sofern diese Organisationen organisatorisch und finanziell vom Bund unabhängig sind und öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen, haftet der Bund somit gestützt auf Art. 19 VG für alle diese Organisationen als "lender of last resort". Er übernimmt eigentlich eine Art Versicherungsfunktion, sobald diese Organisationen einen von ihnen angerichteten Schaden nicht mehr aus eigener Kraft finanzieren können. Deshalb auch der Telefonanruf von einem für den Aufbau von Swissmedic Verantwortlichen. Er hat mir die sehr richtige Frage gestellt, ob die Swissmedic nicht auf den Abschluss einer Versicherung verzichten könne, da ja der Bund ohnehin hafte. Vorerst war ich sprachlos und hatte sogar ein gewisses Verständnis für die Frage. Anschliessend brauchte es einige Überredungskünste, um ihn davon zu überzeugen, dass es für das neue Institut besser sei, eine Versicherung abzuschliessen als abzuwarten, bis alles aufgebraucht ist und der Bund den Ausfall trägt. Der Abschluss einer Versicherung kostet zwar etwas, diese Kosten können aber problemlos überwältigt

⁴ BBl 1956 I 1399

werden. Die subsidiäre Haftung des Bundes dagegen ist gratis und stellt damit eine unzulässige Quersubventionierung dar. Sollte der Bund nicht zumindest dafür entschädigt werden?

Einerseits trägt der Bund ein immenses Risiko, ohne dass er sich dessen wirklich bewusst ist und ohne je einmal eine umfassende Risikoanalyse vorgenommen zu haben. Andererseits kann er aber in den meisten Fällen auch nicht Einfluss nehmen auf die Geschäftsführung dieser Organisationen. Er haftet also blind, ohne grössere Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten. Die in Angriff genommene Risikoanalyse sollte den ersten Teil des Problems etwas mildern. Das vom Bund getragene Risiko wird zumindest einmal offen gelegt. Den zweiten Teil des Problems löst sie aber nicht. Die Frage, soll der Bund weiterhin haften und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Einflussmöglichkeiten, bleibt nach wie vor offen. Ich komme darauf zurück.

2.2 Was ist eine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes?

Im Weiteren stellt sich die Auslegungsfrage: Wann handelt es sich eigentlich um eine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes?

Viele dieser Unternehmen haben neben den öffentlich-rechtlichen auch noch andere Aufgaben, bei denen sie im Wettbewerb stehen und die nicht als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden können. Typisches Beispiel einer solchen Verquickung ist die Post. Die Sicherstellung der Grundversorgung ist dabei sicher öffentlich-rechtlich. Wo aber liegt die Grenze? Wie muss diese Abgrenzung vorgenommen werden? Auch auf diese Fragen gibt es kaum verlässliche Antworten.

Einmal wurde die Frage an mich herangetragen, ob die Tätigkeit der Swiss nicht zu einer öffentlich-rechtlichen werde, wenn der Bund sich an der Swiss zu einem Drittel als Aktionär beteilige. Der Bund bekunde doch mit seiner Beteiligung und Wahl eines Bundesvertreters in den Verwaltungsrat das öffentliche Interesse an dieser Tätigkeit und es bestehe zudem im Luftfahrtgesetz⁵ eine gesetzliche Grundlage für diese Beteiligung. Ich war entsetzt und habe die Frage sofort verneint. Die Tätigkeit der Swiss bleibt klar eine privatrechtliche und wird durch die Beteiligung des Bundes nicht zu einer öffentlich-rechtlichen. Dasselbe müsste beispielsweise auch für die Expo.02 gelten. Um ein zweites prominentes Beispiel zu erwähnen ...

Für mich ist diese Auslegung an sich klar; leider gibt es nie eine Garantie dafür, dass die Gerichte diese Auffassung teilen. Auch Prof. Wiegand scheint da als Privatrechtler etwas weiterzugehen. Er geht nämlich von grundsätzlichen Haftungsrisiken des Kantons für seine Kantonalbank auch nach Abschaffung der Staatsgarantie aus, und zwar solange eine Kantonalbank im öffentlichen Auftrag betrieben wird⁶. Wann und unter welchen Voraussetzungen liegt ein solcher Auftrag vor? Wie Sie sehen, auch hier stehen wir vor einer "black box", die noch zu zahlreichen Überraschungen führen könnte.

⁵ Art. 102 Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0)

⁶ W. Wiegand, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, in recht 1999, Heft 1, S. 16.

Meines Erachtens müsste sich die Auslegung von Art. 19 VG nach folgenden Leitlinien richten: Eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung handelt anstelle des Bundes. Das kann sie aber nur, wenn sie sich dafür auf eine klare gesetzliche Grundlage stützt. Es reicht nicht, wenn lediglich eine gesetzliche Grundlage für die Finanzierung bzw. Subventionierung einer bestimmten Organisation vorhanden ist. Es braucht eine gesetzliche Grundlage, die die ausgelagerte Tätigkeit explizit definiert. Dabei habe ich keine geringere als die Verfassung im Rücken: "Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen."⁷ Bei einer einfachen Subventionsnorm besteht zwar ein öffentliches Interesse, es wird aber noch keine öffentlich-rechtliche Aufgabe im Sinne des VG delegiert und wahrgenommen (z. B. Swiss und Expo.02). Zum Glück hat sich auch das Bundesgericht im Falle der Schweiz. Zentrale für Handelsförderung schon in diesem Sinne geäussert⁸.

3 Weitere Garantien und Haftungen des Bundes

Wenn der Bund nur aus Art. 19 VG haften würde, wäre das noch eins. Dann wüsste man zumindest genau, wo das Problem lokalisiert werden muss. Nun ist es aber so, dass der Bund auch noch aufgrund zahlreicher anderer Bestimmungen zur Verantwortung gezogen werden kann.

Gewisse Betriebe verfügen über eine Staatsgarantie des Bundes, so zum Beispiel die Post. Im Gesetz werden Sie eine entsprechende Norm vergeblich suchen. Die Staatsgarantie stützt ihre rechtliche Daseinsberechtigung nämlich auf eine Aussage von Bundesrat Leuenberger in den Räten. Dieser äusserte sich wie folgt: "... Bei Zahlungsunfähigkeit im Zahlungsverkehr würde zunächst einmal das Vermögen der Post, insbesondere das Dotationskapital, zur Deckung herangezogen. Sollte dies zur Schuldendeckung nicht ausreichen, dann haftet der Eigner, und der Eigner ist der Bund. Er haftet also ohnehin, so dass der Ausdruck "Staatsgarantie" und das Festschreiben dieser Staatsgarantie tatsächlich eher deklaratorischer und psychologischer Art sind. ..."⁹ So schnell geht es, und der Bund trägt wenn auch nur aus psychologischen Gründen ein enormes, rechtlich nicht mehr wegzudiskutierendes Risiko ...

Weiter führt der Bund gestützt auf Art. 35 Abs. 2 des Finanzhaushaltgesetzes¹⁰ die zentrale Tresorerie der SBB und der Post und sorgt für deren ständige Zahlungsbereitschaft. Im Ergebnis läuft das auf eine mittelbare Bundesgarantie hinaus. Sollten Post oder SBB einmal ihren Verpflichtungen nicht nachkommen können, müsste der Bund gestützt auf diese Bestimmung einspringen.

Im Übrigen kann auch von unserer Jubilarin, der EFK, Ungemach auf den Bund zukommen. Übt sie doch nicht nur Revisionsaufgaben für den Bund, sondern auch für zahlreiche Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung aus, wie z. B. die ETH, das Institut für Geistiges Eigentum oder gar die Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO). Sollte ihr dabei einmal ein Fehler unterlaufen, könnten sich auch heikle Haftungsfragen stellen, die bis hin zu einer Organ-

⁷ Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁸ BGE 107 Ib 6f.

⁹ Amtl. Bull. NR 1996 2345

¹⁰ Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 6. Oktober 1989 (Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0)

haftung reichen. Dasselbe gilt für alle Behörden, die Aufsichtsaufgaben erfüllen. Es sei hier nur die Eidg. Bankenkommission (EBK) erwähnt, deren Fälle ich auch schon vor Gericht vertreten musste. Bis jetzt sind wir immer - wenn auch im letzten Fall mit einem blauen Auge - davon gekommen, aber das könnte sich einmal ändern und dann wird es teuer ...

Ich könnte diese Liste von Risiken für den Bund noch lange weiterführen. Es gibt zahlreiche gesetzliche Regelungen der unterschiedlichsten Art und in den unterschiedlichsten Bereichen, die eine Haftung des Bundes begründen. Jede Regelung hat ihre eigenen Gesetzmässigkeiten. Den Überblick hat niemand.

4 Schlussfolgerungen

Es ist dringend nötig, dieses Dickicht zu entwirren. Dabei verspreche ich mir von der Risikoanalyse recht viel. Zumindest wird sie uns einen Schritt weiterbringen, indem wir einige Risiken bewusster wahrnehmen und erkennen, an die wir heute noch gar nicht denken. Anschliessend muss der Bund handeln und seine Risiken managen.

Ein erster Schritt könnte die Aufhebung von Art. 19 VG sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb die öffentliche Hand gestützt auf eine "black box" haften soll. Als Ersatz von Art. 19 VG sollte in jedem Einzelfall die richtige Lösung gesucht werden. Dies kann auf vertraglicher oder gesetzlicher Stufe geschehen. Ein solches Vorgehen hätte den Vorteil, dass der Bund Risiken nur bewusst eingeht und massgeschneiderte Lösungen trifft. Es ist Ihnen sicher schon aufgefallen, dass ich die Swisscom noch mit keinem Wort erwähnt habe. Dort hat man diesen Weg beschritten und im Telekommunikationsunternehmungsgesetz¹¹ die Anwendung des VG ganz bewusst und gewollt ausgeschlossen. Geht man von einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise aus, stellt die Aufhebung von Art. 19 VG wie gesagt erst einen ersten Schritt dar. Anschliessend müssen auch noch alle übrigen Bestimmungen, die eine Haftung des Bundes auslösen, hinterfragt werden.

Ich weiss, ich provoziere jetzt etwas und blende dabei die Probleme, die bei zahlreichen Betroffenen entstehen könnten, aus. Es gibt vielleicht solche, die mit der subsidiären Bundeshaftung rechnen und darauf angewiesen sind. Die öffentliche Hand hat eben gewisse Verpflichtungen, die Private nicht haben ... Keine Angst, wir sind noch weit von der von mir propagierten Radikallösung entfernt. Vorerst müssen wir auf die Risikoanalyse warten, um zumindest einmal die Betroffenen zu kennen. Anschliessend werden die Diskussionen erst so richtig losgehen ...

¹¹ Art. 18 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11)